



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**KECIA DANTAS DOS SANTOS**

**A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL: O ACESSO A JUSTIÇA**

Salvador

2018

**KECIA DANTAS DOS SANTOS**

**A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL: O ACESSO A JUSTIÇA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito como  
requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em  
Direito Processual Civil

Salvador

2018

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**KECIA DANTAS DOS SANTOS**

**A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL: O ACESSO A JUSTIÇA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018

Este trabalho é dedicado aos meus mestres, pelos ensinamentos e orientações constantes. A minha família por tudo que representam na minha vida e em especial a minha filha Beatriz que ainda no meu ventre me dá forças e certeza para caminhar.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela maestria de estar sempre presente em minha vida.

A minha mãe e ao meu pai (in memoriam), que sempre me deram tanto amor e mesmo tendo estudado tão pouco, em nenhum segundo deixaram de valorizar a educação formal e informal.

Aos meus colegas de trabalho por sempre incentivarem minha caminhada.

A todos da minha família, que confiam e acreditam em mim.

Aos mestres, que dedicam a sua vida a grande e perfeita tarefa de educar.

Ao meu marido pelo seu imenso amor.

E a todos, que de alguma forma fizeram e fazem parte da minha história.

*“Levanto os meus olhos para os montes e pergunto: De onde me vem o socorro?*

*O meu socorro vem do Senhor, que fez os céus e a terra.*

*Ele não permitirá que você tropece; o seu protetor se manterá alerta,*

*sim, o protetor de Israel não dormirá, ele está sempre alerta!*

*O Senhor é o seu protetor; como sombra que o protege, ele está à sua direita.*

*De dia o sol não o ferirá, nem a lua, de noite.*

*O Senhor o protegerá de todo o mal, protegerá a sua vida.*

*O Senhor protegerá a sua saída e a sua chegada, desde agora e para sempre*

*Salmos 121:1-8.”*

## RESUMO

Os métodos alternativos de resolução de conflito têm se mostrado essenciais para que ocorra de forma satisfatória o acesso à justiça e a duração razoável do processo protegidos pela CF/88. O NCPC/2015 deu especial destaque aos meios autocompositivos de solução de demandas, dedicando aos mesmos um capítulo inteiro, inclusive promovendo-os ao status de política pública e meio para o alcance da pacificação social. A resolução 125/2010 do CNJ e a Lei 13.140 de 2015 (lei da mediação) também buscaram dar destaque aos meios de autocomposição. O presente trabalho pretende oferecer uma visão geral sobre estes meios alternativos de solução de demandas que podem possibilitar maior acesso a justiça, redução de ações judiciais, maior celeridade, diminuindo a cultura de litigiosidade presente na sociedade brasileira e permitindo que o cidadão se torne sujeito ativo das suas decisões e alcance a pacificação social.

**Palavras-chave:** mediação, conciliação, acesso à justiça, pacificação social.

## ABSTRACT

Alternative methods of conflict resolution have proven to be essential if the access to justice and the reasonable duration of the process protected by CF / 88 are to be satisfactorily achieved. The NCPC/2015 gave special emphasis to the self-made means of solving demands, dedicating to them an entire chapter, including promoting them to the status of public policy and a means to achieve social pacification. Resolution 125/2010 of the CNJ and Law 13.140 of 2015 (law of mediation) also sought to highlight the means of self-composition. The present work intends to offer an overview on these alternative means of solution of demands that can allow greater access to justice, reduction of lawsuits, greater speed, reducing the culture of litigiousness present in the Brazilian society and allowing the citizen to become active subject of their decisions and reach social pacification.

**Keywords:** mediation, conciliation, access to justice, social pacification.

## SUMÁRIO:

<b>1. Introdução</b>	11
<b>2. O Acesso à Justiça</b>	14
2.1. O acesso á justiça brasileira	15
2.2. A autocomposição como política pública e efetivação de direitos	18
<b>3. A conciliação e a Mediação no novo CPC</b>	22
3.1. Conciliação x Mediação: conceitos, semelhanças e diferenças	22
3.2. Princípios que regem a mediação e a conciliação	25
3.2.1. Princípio da independência	26
3.2.2 Princípio da imparcialidade do mediador ou conciliador	27
3.2.3 Princípio da autonomia da vontade	28
3.2.4 Princípio da confidencialidade	29
3.2.5 Princípio da oralidade	30
3.2.6 Princípio da informalidade	31
3.2.7 Princípio da decisão informada	32
3.2.8 Princípio da busca do consenso	33
3.2.9 Princípio da boa-fé	33
3.2.10 Princípio da isonomia das partes	34
3.2.11 Princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes	34
3.2.12 Princípio do empoderamento	35
3.2.13 Princípio da validação	35
3.3. Modelo de triagem dos casos	35
<b>4. Da Audiência de Mediação e Conciliação</b>	37
4.1. Negociação processual do procedimento pelas partes	40
4.2 A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	40
<b>5. Da Mediação</b>	43
5.1. A implantação da Lei de Mediação	46
5.2. Conclusões sobre a mediação	51

<b>6. Da Conciliação</b>	52
6.1. A Conciliação e o Novo Código de Processo Civil	55
6.2. Ferramentas utilizadas para alcançar um resultado positivo nas sessões	59
<b>7. Os desafios trazidos pelo Código de Processo Civil</b>	62
<b>8. Conclusões</b>	67
<b>Referências</b>	72

## 1 – INTRODUÇÃO

O acesso à justiça tem sido uma busca constante, tanto no Brasil quanto no mundo. A CF/88 em seu artigo 5º, XXXV traz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, alçando a Justiça como um valor supremo da sociedade.

O mundo contemporâneo tem se mostrado bastante dinâmico e imediatista nas relações sociais, sejam elas de natureza comercial, política, financeira, entre outras. Nesta realidade não se têm mais espaço para uma justiça totalmente heterocompositiva, onde um terceiro estranho às partes toma as decisões que terão que ser acatadas pelas mesmas. Seja em razão do excesso de processos que vão se acumulando no judiciário, seja por conta da falta de celeridade e efetividade que ocorre, desgastando relações e muitas vezes fazendo com que o objeto do litígio perca o sentido, e que a parte vencedora tenha a sensação de que foi uma luta inglória.

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.140/2015, demorou anos para ser promulgada e trouxe muitas mudanças ansiadas tanto pela sociedade em geral, como pelos operadores do direito. Uma das grandes mudanças foi tornar os meios autocompositivos de solução de demandas como a mediação e a conciliação como Política Pública a ser implementada.

Este trabalho se propõe a analisar as mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. Mudanças estas que possibilitam um maior acesso à justiça e os desafios enfrentados para sua implantação. Analisa os institutos da Mediação e da Conciliação, seus avanços e principais características.

Registre-se que a consolidação de uma cultura de não judicialização de conflitos deve ser encarada não apenas como uma forma de desafogar o judiciário, mas principalmente como meio de conscientizar os cidadãos atuais e, as futuras gerações, que nem todos os problemas precisam ser resolvidos buscando o judiciário, muitos deles podem ser resolvidos com amadurecimento e diálogo entre as partes (conciliação), ou com auxílio de um terceiro que busque recuperar as relações desgastadas, possibilitando a reconstrução das relações (mediação).

Para a confecção deste trabalho, foi utilizado o método dialético, valendo-se do auxílio da pesquisa bibliográfica, especialmente do NCPC/2015, da Lei da Mediação (lei 13.140/2015) e da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que são os três documentos que regem os institutos de mediação e conciliação. No segundo capítulo damos destaque ao acesso à justiça e como o mesma vem sendo buscado ao longo dos anos, refletindo sobre a autocomposição e sua

implementação como Política Pública a ser perseguida pelo Estado e como os novos institutos de solução de litígios irão servir como instrumento para efetivação de direitos.

No terceiro capítulo trataremos dos conceitos, semelhanças e diferenças existentes entre a mediação e a conciliação, exemplificando que a lei tratou de especificar quando cada instituto é utilizado, sendo a conciliação adequada quando não existe vínculo anterior entre as partes e a mediação quando existe vínculo anterior entre as partes. Tanto o mediador quanto o conciliador devem ser imparciais, buscando fazer com que as partes cheguem a um consenso e resolvam suas demandas.

Os princípios que regem a mediação e conciliação são os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, decisão informada, busca do consenso, boa-fé, isonomia das partes, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e da validação. Tais princípios são bastante amplos, alguns regem tanto a mediação e a conciliação e outros só se aplicam a um dos institutos. Tais princípios estão contidos no NCPC/2015, Lei da Mediação (lei 13.140/2015) e Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, será demonstrado que nem todo litígio pode e deve ser submetido aos meios de autocomposição, o que pode acontecer por conta do objeto, por se tratar de um bem indisponível não passível de acordo entre as partes, entre outras possibilidades. Este modelo de triagem é próprio do NCPC e demonstra qual o caminho mais adequado a cada demanda.

No quarto capítulo reservamos um espaço para tratar da audiência de mediação e conciliação, seus trâmites e principais características, sendo que esta passou a ser obrigatória e anterior a apresentação da defesa com vistas a facilitar a existência de um acordo entre as partes. A audiência só não irá ocorrer se houver recusa de todas as partes, sendo que a falta injustificada é punível com multa, dada a valoração que a lei deu aos meios autocompositivos de resolução de conflito. Neste mesmo capítulo trataremos da possibilidade das partes acordarem o procedimento da conciliação ou mediação, sendo lícito às partes firmarem acordos, ajustando algumas especificidades da causa, como ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Entretanto, deverá o juiz controlar de ofício ou a requerimento das partes a validade das convenções e não abusividade de cláusulas que deixem uma das partes em situação de vulnerabilidade.

A resolução 125/2010 que sofreu alterações em 2016 para se adequar ao NCPC/2015 também será tratada neste trabalho, observa-se que esta resolução estabeleceu a mediação e a conciliação como política pública, antes mesmo do NCPC/2015. Ela traz em seus anexos a

necessidade do mediador e conciliador serem capacitados para exercerem tal função e estarem sempre se atualizando/reciclando.

Ademais, tratamos com um pouco mais de destaque nos capítulos cinco e seis da mediação e da conciliação, especificando como ocorreu a implantação da lei da mediação e fazendo algumas conclusões sobre este instituto, assim como trazemos alguns aspectos da conciliação frente ao Novo Código de Processo Civil.

Foram apresentadas algumas ferramentas de fundamental importância para que ocorra um resultado positivo nas sessões de conciliação ou mediação. Tais ferramentas devem ser dominadas tanto pelo conciliador quanto pelo mediador, pois conciliadores e mediadores precisam utilizar técnicas e ferramentas que estimulem às partes a encontrarem um entendimento recíproco e este é um dos grandes desafios enfrentados por estes profissionais.

No capítulo final apresentamos alguns desafios a serem enfrentados pelo Estado para a implantação dos meios de autocomposição como Política pública de promoção da pacificação social e como um meio para o efetivo acesso a justiça, com celeridade. O CPC/2015 apresentou algumas mudanças tardias e outras que deveriam ter sido implementadas faz muito tempo, traz mudanças que terão grande dificuldade para serem colocadas em prática seja em virtude da resistência dos profissionais de direito acostumados à cultura do litígio, cujas demandas demoram anos para serem resolvidas, tendo suas decisões recorridas até as últimas instâncias; seja por conta de vivermos em uma sociedade despreparada, sem educação básica e conhecimento suficiente para esta postura altamente politizada trazida pelo código.

Ademais, se faz necessária uma mudança nas faculdades/Universidades que precisam transformar a sua forma de ensinar, deixando de ser foco do ensino a cultura do litígio com decisões heterocompositivas, assim como uma mudança social, fazendo com que a sociedade entenda e aceite que ela pode alcançar a solução de um litígio através do diálogo e da autocomposição e que para se alcançar o acesso á justiça nem sempre é imprescindível a interferência do Estado de forma coercitiva, tendo seus litígios e problemas resolvidos por um terceiro e sendo obrigado a acatar a decisão.

## 2 – O acesso a Justiça

Segundo Nunes (2015), quando se usa a expressão “acesso à justiça”, esta serve para definir objetivos precípuos do sistema jurídico, destacando que este acesso deve pertencer a todos, indistintamente, além da viabilização para que os resultados da prestação sejam individual e socialmente adequados, não se restringindo ao acatamento das disposições do poder judiciário, como também abrangendo o respeito e a observância aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nos séculos XVIII e XIX, competia ao Estado disponibilizar maneiras que proporcionassem o acesso à justiça. Ocorre que naquele período tal pensamento era totalmente justificável, pois era o rei que criava as leis e instituíam os impostos e demais tributos, sem que houvesse qualquer consulta a sociedade.

Em todo o mundo a classe burguesa buscava mudar esta situação de intervenção estatal. Com a Revolução Francesa, a monarquia começa a entrar em colapso, havendo o surgimento da visada autonomia privada. No Brasil ocorria a abolição da escravatura em 1888, ao mesmo tempo em que começavam os esboços do Código Civil de 1916, que foi aprovado pelo Senado em 1912 com quase duzentas emendas.

Família, propriedade e contrato eram os grandes pilares do Código Civil de 1916. Observa-se que em virtude da sociedade que existia à época, formada por ex-escravos, fazendeiros, índios e senhores de engenho, este foi um código que muito pouco acrescentou no sentido de proporcionar acesso à justiça. A mulher continuava submissa ao pai e depois ao marido, não tendo nenhuma autonomia para contratar. Tal situação só se modificou com o Estatuto da Mulher casada em 1962.

Nesta época o que imperava era o *pacta sunt servanda*, sendo obrigatório o cumprimento das condições em que o negócio foi fechado, pois prevalecia a autonomia da vontade. Era desconsiderado que pudesse haver qualquer desequilíbrio entre as partes.

Com o passar dos anos, foi tomando força o conceito de direitos humanos, as sociedades do *laissez-faire*, onde o mercado deve funcionar livremente, sem interferências, possuindo apenas regulamentos que fossem suficientes para proteger os direitos de propriedade. Neste novo contexto, buscou-se impor limites à autonomia privada, voltando a ser necessária a intervenção estatal, visando garantir o bem-estar social e coibir abusos.

Durante um longo tempo, mecanismos de heterocomposição e autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo judicial representava uma conquista das civilizações mais avançadas. Hoje, fala-se em uma cultura de conciliação, que compreendem a mediação e a conciliação e que serve para desafogar o sistema judiciário, trazer celeridade a resolução dos conflitos, com menos custo, burocracia e satisfação por ambas às partes.

## 2.1 O acesso a Justiça Brasileira

A Constituição Federal de 1988 contemplou o acesso à justiça. Ela trouxe a Justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que deseja tornar-se pluralista e fraterna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Tal inciso representa o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e significa que a lei não pode retirar do Judiciário o poder de analisar e julgar lesão ou ameaça ao direito das pessoas. Sendo assim, todos podem pleitear as suas demandas junto ao poder judiciário, desde que obedeçam as regras estabelecidas pela legislação processual. O Juiz não pode se eximir, tem o poder-dever de prestar sua função jurisdicional. Ademais, o Processo deve observar as normas constitucionais.

A CF/88, também chamada de Constituição Cidadã, ampliou direitos e garantias individuais e coletivos, e como já dito, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garantiu a todos o acesso à justiça, provocando aumento constante e crescente de volume de demandas judiciais, provocando congestionamento de processos/ações no nosso sistema judiciário.

Em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, e os consumidores passaram a contar com maior proteção na sua relação com os fornecedores de bens, produtos e serviços. Em 1995, foi sancionada a Lei 9.099, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o que trouxe mais efetividade ainda ao preceito do amplo e livre acesso à Justiça.

Posteriormente, em 2001, veio a Lei 10.259 que criou os Juizados Especiais Federais, além de outras providências, o que já era regulamentado pelo artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

A criação dos juizados tinha como pilares trazer maior celeridade no julgamento das ações. Primando por princípios menos burocráticos, como oralidade e informalidade, dispensando excesso de formalidades. Inicialmente esperava-se que este trâmite mais simples trouxesse decisões mais rápidas, conferindo maior efetividade ao processo e à prestação jurisdicional, com encerramento do processo em até seis meses. Infelizmente, isto não ocorreu, seja pelo acúmulo de processos, seja pela falta de profissionais. Na maior parte das cidades do interior do Brasil o magistrado acumula mais de uma comarca e a primeira audiência, que é a de tentativa de conciliação, chega a ser marcada para um ano após a reclamação inicial.

O que se observa é que o brasileiro está com a “judicialização” dos conflitos arraigada na sua mente como a única forma de resolver seus conflitos e desavenças, sejam elas simples ou não, esquecendo-se de buscar o diálogo e dando a um terceiro estranho às partes, mas que possui legitimidade, o poder de decidir.

Toda esta situação levou a reflexão da necessidade de mais mudanças com relação aos ritos processuais da forma existente, alternativas que não dependessem somente e exclusivamente do sistema judiciário, através do pronunciamento de um magistrado. Entre as novas ferramentas encontram-se os métodos de autocomposição como a mediação e a conciliação e de heterocomposição como a arbitragem.

A autocomposição pode ser entendida como uma forma de resolução de conflitos em que as próprias partes conseguem chegar a um acordo/consenso, atingindo desta forma a pacificação social, seja através da renúncia, aceitação do direito do outro, concessões recíprocas. Já a heterocomposição, como a arbitragem regulada pela lei 9.307/1996, pode ser entendida pelo julgamento do conflito por terceiro imparcial escolhido pelas partes e com trâmites mais simplificados que o processo judicial, sendo que a sentença arbitral constitui quando condenatória, título executivo judicial. Ademais, a sentença arbitral não está sujeita a recursos ou homologação pelo poder judiciário.

Embora, a arbitragem não seja o foco deste trabalho, não se pode deixar de citá-la como meio de heterocomposição bastante utilizado, tendo lei (A lei da Arbitragem – 9.307/1996) e regramento próprio. Ela é uma antiga forma de resolução de conflitos que se baseia na decisão das partes de se submeterem a decisão de um terceiro, diferentemente do que ocorre com a

mediação e a arbitragem onde as partes constroem sua própria decisão/acordo com a ajuda de um terceiro imparcial que está ali para facilitar o diálogo.

Segundo Neves (2017, pg 77)

Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos:

- (i) As partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e,
- (ii) A decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes.

É preciso deixar claro que a Lei de Arbitragem, disciplina uma forma de solução privativa de direitos disponíveis. O próprio STJ (Superior Tribunal de Justiça) admite a arbitragem em contratos administrativos, envolvendo o Estado.

Para NEVES (2017, pg 77), também é elogiável o art 3º, caput, do Novo CPC ao prever que não será excluída de apreciação judicial a ameaça ou lesão a direito, salvo os conflitos de interesses voluntariamente submetidos à solução arbitral.

Na nova perspectiva de valorização dos meios de solução autocompositivos torna-se necessário um novo olhar do advogado. Este profissional ensinado desde os bancos da faculdade ao contencioso, precisa se conscientizar que o judiciário é incapaz de dar vazão ao volume de processos que existem e vão chegando dia após dia nos tribunais, sendo necessário buscar junto aos seus clientes soluções alternativas para a resolução dos conflitos, satisfazendo suas necessidades de forma célere. Tal observação é trazida no inciso VI, artigo 2º do seu Código de Ética e Disciplina: *“estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível a instauração de litígios”*, assim como deve dissuadir seu cliente de entrar com ações que possam ser consideradas lide temerária ou aventura jurídica (inciso VII do mesmo dispositivo).

Ewerton Z. Gonzalez (2016, pag 24) aborda a questão da seguinte forma:

Registre-se que a consolidação de uma cultura de não judicialização de conflitos deve ser encarada não apenas como uma forma de desafogar o judiciário (o que, como consequência natural, viria a acontecer), mas principalmente como meio de

conscientizar os atuais cidadãos e, por conseguinte, as futuras gerações, de que a solução de problemas passa pelo amadurecimento dos envolvidos e pela busca do diálogo entre as partes (conciliação), ou com o auxílio de terceiros (mediação) ou pela definição do que seja justo por outro tipo de jurisdição (arbitragem), e não apenas por intermédio do Judiciário.

## 2.2. A autocomposição como política pública e efetivação de direitos

O novo CPC de 2015 trouxe em seu âmago uma nova regra processual na qual se fundamenta todo o processo civil atual, consolidada no princípio da promoção pelo Estado da solução dos conflitos por meio da autocomposição, conforme NCPC/2015, art 3º, § 2º “*O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”. Passando a ser meta do Estado e consagrando uma política pública de solução consensual de conflitos.

Conforme Fredie Didier Jr (2015), “*No Brasil a preocupação e busca pelos meios alternativos de solução de litígios existem há muito tempo, claro que não da forma como foi trazido pelo código de 2015, como objetivo maior do Estado, Política Pública do mesmo*”.

Tal constatação vem da observação de dispositivos das Ordenações Filipinas (Livro III, Título XX), quando ainda éramos colônia de Portugal. Na Constituição do Império (1824) já havia a previsão da possibilidade de nomeação pelas partes de um árbitro. Ademais, era pré-requisito para ajuizamento de uma demanda judicial a tentativa de reconciliação.

No Código Civil de 1916, em seu artigo 1025, já existia a figura da transação, sem a necessidade da questão ser levada ao judiciário ou necessitar da intermediação de um terceiro. “CC/1916, Art. 1.025. *É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas*”. Ademais, conforme artigo 1028 do referido código, tal ajuste entre as partes podia ser realizado, mesmo que já houvesse controvérsia em juízo:

ART. 1.028. Se a transação recair sobre direitos contestados em juízo, far-se-á:  
 I - por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz;  
 II - por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou particular, nas em que ela o admite.

Observa-se que só podiam ser transacionados direitos disponíveis, conforme artigo 1035 e, os efeitos desse ajuste entre as partes tinham efeito de coisa julgada (art. 1030, CC/1916).

A partir da década de 90 aumentaram os estímulos à busca de soluções para os conflitos sem que fosse necessária a intervenção estatal, tendo como principal marco a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96).

O Código Civil de 2002 manteve a previsão da transação nos artigos 840 e 841 em capítulo próprio e assim como o código revogado manteve no seu art. 842 a possibilidade de serem transacionados direitos que já estivessem sendo discutidos em juízo.

#### CAPÍTULO XIX Da Transação

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

Diversos outros procedimentos foram sendo implementados para evitar a necessidade de que toda e qualquer conflito transite pelo judiciário, como a possibilidade de termo de separação consensual lavrado em cartório, desde que não hajam filhos menores.

O NCPC de 2015, como já dito, representou um enorme avanço na busca de soluções de litígios por meio da autocomposição, o próprio artigo 3º impõe que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do Processo Judicial.

O NCPC/2015 define de forma contundente o papel do conciliador e do mediador, de forma a não deixar margem para que se confundam os dois institutos. O conciliador atua nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes, o mediador atua nos casos em que já existe vínculo anterior entre as partes, com a função de restabelecer a comunicação entre elas, para assim poder tratar o conflito.

A adoção de uma solução integrada de litígios é essencial, vez que permite e torna mais efetivo e prático a garantia constitucional do Livre Acesso a Justiça, trazido na CF/88, art 5º, inciso XXXV. Segundo Andessa P. Moura (2017), tal adoção se faz necessária em um momento em que ocorre em nosso país uma hiperjudicialização dos conflitos. Para a mesma a solução integrada dos conflitos é uma solução que fará com que se modifiquem comportamentos, fazendo com que as partes venham a ter uma conduta mais cooperativa e menos agressiva, refletindo na elaboração de petições iniciais que busquem favorecer a autocomposição.

Sabendo que o uso das técnicas autocompositivas tende a pacificar mais rapidamente e de forma mais eficaz os conflitos, por ser um acordo construído pelas partes, acaba sendo uma forma de promover cidadania e o acesso pleno a justiça trazida pela CF/88. Ademais, vê-se que a justiça conciliativa, se consolida como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, com destaque para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que no Brasil, as formas de autocomposição estão se tornando mais conhecidas e tomando força:

No Brasil, a conciliação e a mediação vêm paulatinamente ganhando força, sobretudo através dessa movimentação estatal de dar corpo à autocomposição, regrando-lhe e promovendo-lhe. O que o Poder Legislativo parece ter proposto é que se absorva que o Estado, através do Poder Judiciário, não é o único caminho para se obter justiça: há outros meios mais adequados para garantir uma solução satisfatória, inclusive mais civilizadas e proporcionais, atendendo melhor às especificidades da causa, as conhecidas conciliação e mediação, por exemplo, servindo para diversificar e enriquecer a oferta da justiça, podendo vir a ocupar o Judiciário o posto de último recurso das partes para a solução de seus conflitos, quando não lograr êxito tentativas de acordo com o uso sistemático de técnicas alternativas.

Acrescente-se a isso que ao eleger e qualificar a autocomposição como política pública, o próprio legislador tratou de cuidar da matéria com a seriedade que o tema merece, estando o Judiciário também engajado na causa, como podemos ver com a implementação desta pelo CNJ. (Moura, 2017, pg 17)

Observa-se que até mesmo o Poder Executivo tem buscado soluções rápidas e pacíficas para seus conflitos, como estímulos para pagamento de tributos com a retirada de juros, parcelamento de dívidas fiscais e instalação de câmaras de conciliação. A justiça vem promovendo semanas de conciliação com a convocação de causas consumeristas que eles considerem de fácil resolução, chamando os maiores demandados para tentar conciliar com os demandantes e assim reduzir consideravelmente os processos judiciais.

Como disse o grande Ruy Barbosa em uma de suas frases mais famosas “(...) *justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”. O que podemos concluir desta observação é que quando a justiça tarda a solucionar um conflito, acaba ocorrendo prejuízos em várias esferas, podendo ser estes na esfera econômica, emocional, de saúde, entre outras.

Muitas vezes, mesmo sendo vencedora na disputa judicial, a parte pode sentir que aquele processo não valeu a pena, frente o custo e todo o desgaste sofrido durante anos.

É preciso deixar claro que a autocomposição não é obrigatória, vez que sua obrigatoriedade iria contra os próprios princípios que regem a conciliação e a mediação, principalmente o autogregramento das partes. A vontade das partes é o ponto básico a ser respeitado e tem que ser levado em consideração que a depender do tipo de demanda/litígio as partes podem não ser público alvo de um processo de autocomposição, devendo deixar o processo judicial seguir seu fluxo. Ademais, continua sendo assegurado o princípio da proteção judiciária, contido no art 5º, XXXV da CF/88 que declara que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

### **3 – A Conciliação e a mediação no novo CPC**

O novo código de Processo Civil trouxe como um dos seus objetivos a busca pela celeridade e uma tentativa de desafogar o Poder Judiciário que possui um número muito grande de processos a serem julgados, alguns dos quais poderiam ser resolvidos de forma muito mais tranquila e célere, vez que o que normalmente se busca em muitos destes processos é uma resolução pacífica. O objetivo maior não seria ganhar para o outro perder, mas sim ter seu problema resolvido.

Infelizmente, o que temos observado é uma verdadeira “judicialização de conflitos, sejam estes complexos ou não”. O brasileiro vê o Estado como a única e melhor forma de solucionar suas desavenças, esquecendo que às vezes o diálogo é um caminho satisfatório e eficaz, culminando com um acordo entre as partes.

Tal situação tem trazido um acúmulo de ações judiciais e um prazo bastante longo para a resposta a estas ações, culminando com a diminuição da sua credibilidade e muitas vezes ocasionando a sua ineficácia no cumprimento do propósito básico que é a pacificação social. Este panorama vivido se mostrou e ainda mostra um descompasso com o desejo de celeridade e agilidade da justiça moderna. Neste sentido o Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), buscou valorizar a conciliação e a mediação como meios eficazes e rápidos de resolução dos conflitos e estas foram promovidas ao status de política pública.

O atual NCPC/15 trouxe uma sessão inteira dedicada a regular a mediação e a conciliação, além de tratar em capítulo próprio da audiência de conciliação e mediação nos processos judiciais.

#### **3.1. Conciliação X Mediação: conceitos, semelhanças e diferenças**

A conciliação e a mediação não são novidades no nosso ordenamento jurídico, e em primeiro lugar precisamos diferenciá-los.

O ex Ministro do STJ, Athos Gusmão Carneiro assim leciona, com relação a definição jurídica da conciliação:

Em primeiro lugar, assinalamos que a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade (Giuseppe de Stefano, 'Contributo alla Dottrina del Componimento Processuale', p. 20; Carnelutti, ob. cit., p. 203; Cód. Proc. Civil de Portugal, art. 509, item 1; 'Aberta a audiência, o juiz procurará conciliar as partes, tendo em vista uma solução de equidade'), embora não possa por certo o magistrado fazer prevalecer sua concepção de equidade a ponto de recusar homologação ao acordo, relativo a direitos disponíveis e sem cláusula ilícita, avençado pelas partes (Liebman, 'Risoluzione convenzionale del processo', in Riv. Dir. Proc. Civile, 1932, I, 284). A doutrina tradicional e majoritária encara a conciliação como um negócio, confiado à autonomia privada; os autores mais modernos inclinam-se em considerá-la como forma de atuação da jurisdição contenciosa, pela analogia funcional entre conciliação e sentença: 'Il componimento chiude il processo e sostituisce la sentenza' (Liebman, rev. cit., p. 272 e seg.). Segundo o novo Código de Processo Civil – 'Art. 449: O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença'" (sic).

A conciliação, portanto permite que o conflito seja resolvido de forma amigável pelas próprias partes, tendo o apoio de um conciliador, que coopera para o alcance de um objetivo maior, que é a pacificação entre as partes, com a formalização de um acordo.

Dentre as principais vantagens da conciliação estão à informalidade, a oralidade, a celeridade e a primazia da realidade.

O conceito de mediação consta na Lei 13.140/2015, em seu artigo 1º, Parágrafo único: *"Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia"*.

Conforme prevê a lei de mediação, o mediador tem como função preponderante ajudar as partes a chegarem a um acordo, sem influenciá-las nem externar seu posicionamento, haja vista não ter poder decisório, este pertence às partes. Observa-se que a proposta da mediação é fazer com que as partes encontrem um meio de resolver seus conflitos, sendo reestabelecido o diálogo.

O art 165, § 2º e 3º do NCPC/2015 nos apresenta em sua redação os elementos necessários para distinguir a conciliação da mediação:

Art 165 (...)

§ 2º O **conciliador**, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo

vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 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. (grifo nosso)

Da leitura da letra da lei infere-se que ambas são formas de autocomposição e que não cabe ao terceiro resolver o problema, senão seria heterocomposição. O conciliador terá uma participação mais ativa, podendo sugerir soluções para o conflito, que podem ou não ser acatadas, já o mediador, viabiliza o diálogo entre as partes, de forma que sozinhas as mesmas consigam compreender o conflito e encontrar soluções que sejam boas para ambas as partes.

O CPC sugere que a mediação seja utilizada nos casos em que não existe vínculo anterior entre as partes e a conciliação nos casos em que houver. Assim, por exemplo, o conciliador pode atuar em questões versando sobre acidentes de trânsito, compra e venda de produtos, onde a relação entre as partes restringem-se ao acontecido. Já o mediador estaria mais apto a casos versando sobre direito de vizinhança, família, situações que impliquem convivência e relacionamento entre as partes.

Observa-se que mesmo o conciliador podendo sugerir soluções, o aconselhável é que não o faça até que as partes tentem elas mesmas resolverem/discutirem seu problema, fazendo assim com que as mesmas sintam-se responsáveis pelo acordo que venha a ser fechado. Por outro lado, lembramos que o mediador não pode sugerir soluções de forma alguma.

As audiências de conciliação e as sessões de conciliação podem ocorrer dentro do processo ou extrajudicialmente. Quando extrajudicialmente, podem ser realizadas em ambientes privados, como câmaras privadas ou escritórios jurídicos, assim como em câmaras públicas vinculadas a tribunais ou ainda câmaras administrativas vinculadas à administração pública. Conforme artigo 167 do CPC/2015, tanto os mediadores como os conciliadores e as câmaras privadas precisam ser cadastradas pelo Tribunal.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Tanto a mediação quanto a conciliação, são técnicas que possuem como características o objetivo de buscar solução para o conflito e não o de encontrar culpados, prezando assim por um

processo humanizado, com a participação das partes, abordando a visão de todos os envolvidos no processo.

Além disso, as partes se sentem valorizadas, entendendo que são sim capazes de resolver seus conflitos sem que precisem recorrer às formas de heterocomposição.

A pacificação do conflito de forma mais harmônica e menos traumática é o real objetivo da mediação. O encontro de uma solução por meio dessa modalidade tende a diminuir, inclusive, o surgimento de novos processos entre as partes, que acabam por descobrir a sua própria forma de resolver problemas em comum, ou, ao menos, de conviver da forma menos traumática possível com uma situação que não tem solução, ao menos a curto prazo (PINHO apud Moura, 2017, pg 25).

### **3.2. Princípios que regem a mediação e a conciliação**

Embora sejam formas consensuais de resolução de conflito um pouco diferentes, os princípios que regem a mediação e a conciliação são basicamente os mesmos e estão especificados no artigo 166 do NCPC/2015.

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.

Os princípios elencados no artigo 166 do CPC/2015 são bastante próximos do art 1º do anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, ainda que hajam variações: *Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.*

Além destes, outros princípios a serem considerados na mediação são a Isonomia entre as partes; busca do Consenso e a Boa fé, conforme artigo 2º da Lei 13.140/2015 (Lei da mediação).

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - 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.

### **3.2.1 Princípio da Independência**

Esse princípio traz que a atuação dos conciliadores e mediadores deve ocorrer de forma autônoma e livre, sem sucumbir a nenhuma forma de influência externa, subordinação ou pressão com relação às partes que estão envolvidas no processo, quando estiverem no cumprimento de seus trabalhos.

Ademais, cabe aos mesmos interromper/suspender suas atividades caso percebam que não há condições mínimas necessárias para a continuidade da sessão. Também devem recusar acordos que possam ser considerados ilegais ou inexecutáveis, tomando por base a prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito, mesmo em detrimento da vontade das partes, pois as leis precisam ser respeitadas e devem prevalecer, assim como deve ser respeitada a ordem pública.

Os conciliadores e mediadores devem atuar de forma independente, sem sofrerem qualquer espécie de pressão interna ou externa. Nos termos do art. 1º, V, do anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, a independência também permite ao conciliador e ao mediador deixar de redigir solução ilegal ou inexecutável, em nítida prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito em detrimento da vontade das partes. Trata-se do princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes, constante expressamente da norma administrativa, mas não presente no art. 166, caput, do novo CPC. (Neves, 2017, pg 69)

### 3.2.2. Princípio da imparcialidade do mediador ou conciliador

Os mediadores e conciliadores estão sujeitas as regras de suspeição e impedimento previstas na legislação, respeitando e pautando suas condutas no princípio da imparcialidade. Este princípio é tão importante que a suspeição ou impedimento do mediador e do conciliador pode ser arguida, assim como acontece com os juízes.

O mediador deve ser imparcial, ou seja, não pode com sua atuação deliberadamente pender para uma das partes e com isso induzir a parte contrária a uma solução que não atenda às finalidades do conflito. Também o conciliador deve ser imparcial porque, quando apresenta propostas de solução dos conflitos, deve ter como propósito a forma mais adequada à solução do conflito, e não a vantagem indevida de uma parte sobre a outra. (Neves, 2017, pg 69)

A lei 13.140/2015 em seu artigo 5º prevê que serão aplicadas ao mediador e ao conciliador às mesmas regras de impedimento e suspeição dos juízes:

Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

De acordo com este princípio, o conciliador e o mediador não devem possuir qualquer interesse no conflito. Didier Jr. (2015) nos lembra que isso é reflexo do princípio da impessoalidade, próprio da administração pública (art 37, caput da CF/88). *“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) CF/88”*

O mediador ou conciliador também não pode agir com favoritismo, preconceito, preferência conforme estabelece o Código de Ética dos conciliadores e mediadores judiciais, anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ:

Anexo III, artigo 1º, IV - Imparcialidade - dever de 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 presente;

Observa-se que existe uma grande diferença entre inércia e imparcialidade. O artigo 166, §3º do CPC/2015 estabelece que com o objetivo de proporcionar a autocomposição são admitidas a utilização de técnicas de autocomposição: Artigo 166, § 3º, CPC/2015 “*Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição*”.

### **3.2.3. Princípio da autonomia da vontade**

Este princípio se refere ao poder que as partes possuem de acordarem entre si uma solução para o conflito, sendo também conhecido como princípio da liberdade ou da autodeterminação.

Não há como falar em solução consensual do conflito sem autonomia de vontade das partes. Se houve um consenso entre elas, ele só pode ter decorrido de um acordo de vontade. E a vontade não pode ser viciada, sob pena de tornar a solução do conflito nula.

O grande objetivo da conciliação ou mediação é fazer com que as partes cheguem a um acordo, onde sejam respeitadas a autonomia da vontade. Para muitos autores, entre eles Didier Jr. (2015) esse é o mais importante dos princípios, pois a vontade das partes tem que ser respeitada, não podendo sofrer as mesmas nenhum tipo de constrangimento.

A autonomia é tão valorizada que conforme artigo 166, § 4º CPC/2015, até mesmo as regras procedimentais da mediação e da conciliação podem ser criadas pelas partes, como por exemplo, as partes podem estabelecer qual o período da mediação, como devem proceder, como será feita a comunicação, os termos do acordo. Ademais, as partes podem decidir sobre a extinção do procedimento negocial e sobre o próprio processo, dispondo entre outras coisas sobre prazos. CPC 2015, art 166, § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

A autonomia da vontade não se limita ao conteúdo da solução consensual do conflito, valendo também para o procedimento da conciliação e mediação, sendo justamente nesse sentido o § 4º do art. 166 do Novo CPC. Esse poder das partes também é chamado de princípio da liberdade ou da autodeterminação, abrangendo a forma e o conteúdo da solução consensual. (Neves, 2017, pg 70)

O artigo 168 traz inclusive a possibilidade que as partes escolham, inclusive o mediador, conciliador ou a câmara privada, não ficando restritas ao cadastramento dos tribunais.

Art 168, CPC 2015: As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

Conforme artigo 167, CPC/2015 é necessário o cadastramento prévio dos mediadores, conciliadores e câmaras privadas de mediação em esfera federal, devendo ser preenchido todos os requisitos e capacitações necessários e determinada a área de atuação e o respectivo tribunal em que o facilitador estiver subordinado.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

#### **3.2.4. Princípio da confidencialidade**

Este é um princípio de fundamental importância, vez que ele viabiliza a criação da atmosfera de confiança necessária para que as partes se mostrem mais abertas ao processo de conciliação e mediação.

O artigo 30 da lei 13.140/2015, traz que as informações são confidenciais com relação a terceiros, salvo autorização expressa das partes:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

O valor da confidencialidade não é absoluto, vez que conforme o princípio da autonomia da vontade, as partes podem acordar sobre a divulgação do teor da audiência para quaisquer fins.

A confidencialidade não atinge somente o mediador e/ou conciliador, mas toda a equipe envolvida. Para que o juiz não tenha acesso aos dados/informações decorrentes da audiência de mediação/conciliação, é que não é desejável que ele presida a sessão e nem participe da mesma. O que se verifica é que a presença do juiz poderia inibir as partes dificultando a autocomposição,

pois as partes poderiam pensar que caso revelassem alguma informação ou detalhe a mais sobre o caso, poderia ser utilizado contra eles mesmos em uma futura audiência.

Conforme Gonzalez (2016, pg 112), (...) tal princípio visa a dar às partes a necessária segurança e garantia de que poderão expor livremente suas posições e sentimentos, sem que isso venha a servir de eventual prova contra si noutro procedimento ou processo, possibilitando que haja maior naturalidade, transparência e espontaneidade nas manifestações dos envolvidos.

Conforme a resolução no 125 de 29/11/2010, anexo III, a confidencialidade é 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 ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

### **3.2.5. Princípio da Oralidade**

O princípio da oralidade caminha de mãos dadas com a informalidade e estes devem sempre orientar os procedimentos da mediação/conciliação. Os facilitadores tem a obrigação de se comunicarem em linguagem acessível e simplificada, sem rebuscamentos ou termos técnicos, facilitando a comunicação e evitando intimidar as partes, assim como todos os envolvidos precisam ser bem informados de todos os atos, assegurando a correta compreensão do conflito e as consequências e benefícios que terão com a realização de eventual acordo.

De acordo com este princípio as audiências/sessões seguirão oralmente, sem que o que nelas for discutido conste em termo. Os resumos/rascunhos escritos devem ser destruídos ao final da sessão. Esta forma confere celeridade e dá ênfase a informalidade, além de promover a confidencialidade.

Conforme preceitua Gonzalez, 2016, pags 95-96:

A interveniência do conciliador será feita sempre de forma oral, por meio de sua apresentação, da explanação sobre sua função e a finalidade de sua participação, bem como por meio de perguntas dirigidas às partes, indagando-lhes do interesse em realizar um acordo.

Não seria adequado exigir que as propostas apresentadas pelas partes fossem registradas – e, muitas das vezes, as indicadas pelo conciliador, na medida em que este pode apresentar uma proposta que entenda que possa ser acolhida pelas partes ou mesmo fazer adequações nas das partes, quando entender que

isso pode levar à concretização de um acordo – eis que a finalidade não é deixar registrado quem estava mais ou menos receptivo ao acordo.

Isso porque a oralidade dá a condição de as partes se sentirem e se portarem de maneira menos formal, propiciando-lhes inclusive um maior relaxamento, o que pode ser um facilitador no processo de negociação.

No procedimento de conciliação, é importante que exista, por parte do conciliador – e quando tal função for exercitada pelo magistrado, por este – disposição e paciência para ouvir as partes, permitindo que estas se expressem livremente, sem a intermediação de seus patronos, tomando o cuidado para que isso se dê de forma pacífica, evitando que eventuais palavras, expressões ou colocações possam acirrar os ânimos entre ambas.

Tal situação busca garantir que a audiência de conciliação tenha maior fluidez e menor rigidez nos métodos, permitindo maior espontaneidade às partes para exprimir e expressar seus sentimentos, bem como a oportunidade de ouvir a versão e os sentimentos do seu adverso, num verdadeiro exercício de empatia.

### 3.2.6 Princípio da informalidade

Como já dito, este princípio é corolário da oralidade, e objetiva que as audiências sejam informais, sem linguagem e roupas rebuscadas. A sessão deve ser realizada em um lugar tranquilo, sem barulhos externos, com ambiente favorável ao diálogo, de certa forma descontraído, se possível com cores claras e uma mesa redonda, dando a todos a percepção de isonomia das partes. Devem ser incentivados o diálogo, relaxamento das partes e oportunidades iguais de se manifestarem, facilitando a atuação dos mediadores e conciliadores.

Por este princípio busca-se eliminar o rigorismo formal do procedimento judicial. Claro, que com este princípio, não se quer que sejam abandonadas todas as formas e formalidades, e sim que o rigor formal seja diminuído, para que a livre manifestação das partes não seja tolhida, para que não haja limitações para o fechamento do acordo.

Sendo o objetivo da conciliação ou mediação uma solução que depende da vontade das partes, nada mais natural que eles se sintam quanto o possível mais relaxadas e tranquilas, sentimentos que colaboram no desarmamento dos espíritos e por consequência otimizam as chances de uma solução consensual do conflito. (Neves, 2017, pg 72)

A respeito da informalidade na mediação Gonzalez, 2016, pg 109, faz o seguinte registro:

A informalidade existe a partir do momento em que não existem “peças processuais” (petições, razões das partes, decisão etc.), mas apenas encontros entre as partes - com a presença de ambos ou por meio de reuniões individuais entre o mediador e uma das partes (*caucus*), desde que consentido tal procedimento entre ambas – intermediado e acompanhado diretamente pelo

mediador. Além disso, não se exigem formas ou formalidades outras, mas apenas a comunicação direta e franca entre os envolvidos, dentro de um tom de cordialidade e respeito.

### **3.2.7. Princípio da decisão informada**

Conforme a resolução no 125 de 29/11/2010, anexo III, art 1º, II, a decisão informada refere-se ao dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

O procedimento de conciliação e mediação deverá produzir um acordo e/ou uma decisão final com todas as informações prestadas pelas partes e tudo que foi acordado, tanto com relação aos termos do acordo, quanto as possíveis consequências.

Inexiste a obrigatoriedade legal da formação jurídica do profissional que preside a sessão/audiência, o que é bastante confuso, partindo do pressuposto que exige do mesmo qualificação jurídica para o desempenho das suas atividades. Ademais, é recomendável que as partes estejam acompanhadas de seus respectivos advogados, de forma a trazer maior segurança as partes, e garantir que as mesmas tomem decisões informadas, garantindo maior lisura ao procedimento de conciliação ou mediação, sendo esta mais válida e produtiva.

(...) Não há exigência de que o conciliador e o mediador tenham formação jurídica, de forma que profissionais de qualquer área poderão se capacitar para o exercício da função. E essa capacitação, naturalmente, não envolve conhecimentos jurídicos amplos, mas apenas aqueles associados à sua atividade além das técnicas necessárias para se chegar à solução consensual dos conflitos. Como exatamente exigir dessas pessoas, sem qualificação jurídica, que mantenham o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos? (Neves, 2017, pg 73)

Embora o acordo a ser firmado, independe de ter a parte direito ou não, elas precisam ter informações necessárias e suficientes para, tomarem decisões adequadas aos seus interesses, de forma livre e consciente.

### 3.2.8 Princípio da busca do consenso

Este princípio nada mais é que a solução ajustada e acordada que se mostre interessante para ambas às partes, o que deve ser um objetivo a ser alcançado por todos e pautar não apenas a mediação como a atuação do mediador e das partes. O mediador e as partes devem buscar sempre o consenso, evitando conflitos no processo.

Ainda que a mediação não tenha como objetivo único à obtenção de uma solução consensual do conflito, é inegável que chegar a tal resultado tem extrema relevância no plano das soluções consensuais dos conflitos. Não à toa o art. 2º, VI, da Lei 13.130/2015 prevê a busca do consenso como um dos princípios da mediação.

O mediador, portanto, deve buscar de forma cooperativa com as partes a solução consensual do conflito. Como informa a melhor doutrina, deve adotar técnicas de negociação para que o consenso seja atingido, como o modelo criado pela Escola de Harvard, orientado por quatro diretrizes básicas: (a) separar as pessoas dos problemas; (b) focar em interesses e não em posições; (c) inventar opções de ganhos mútuos; (d) insistir em critérios objetivos para ponderação das opções criadas (Neves, 2017, pg 73-74)

Conforme Gonzalez, 2016, pg 112, a disponibilidade de dialogar, comunicar-se e conduzir as conversas para um ponto comum, com o desapego das razões que deram origem ao conflito, voltando-se para a solução da controvérsia, é a diretriz básica desse tipo de autocomposição.

Observa-se que muitas vezes, o conflito a ser resolvido é maior do que parece, visto que se tratam não apenas de direitos, mas de sentimentos. Muitas vezes, a resolução de problemas psicológicos acaba se tornando maior que a resolução do problema material.

### 3.2.9 Princípio da boa-fé

A Boa fé deve imperar na mediação, de forma que as partes devem despir-se de qualquer pretensão que não seja legítima e verdadeira.

O artigo 113 do CC/2002 preconiza a exigência da boa fé para a interpretação dos negócios jurídicos. Assim como, o artigo 422 do CC/2002 que traz que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O que se verifica é que as partes devem estar totalmente conscientes do que buscam, para que no final, a solução por elas encontrada seja proveitosa para ambas às partes, atendendo seus interesses, mas primando pela boa fé, sendo o conflito superado e resolvido de forma consistente.

O artigo 5º do CPC/2015 traz a boa-fé processual como princípio fundamental: *“aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*.

### **3.2.10. Princípio da isonomia entre as partes**

Este princípio significa que cabe ao mediador oferecer às partes as mesmas condições e oportunidades de se manifestarem durante o processo, de forma que nenhuma das partes seja beneficiada ou prejudicando por conta de ter sido tratada de forma diferente pelo mediador.

Nenhuma das partes deverá ter melhores ou maiores condições, para que nenhuma delas se sinta pressionada ou prejudicada, chegando até mesmo a retirar-se da sessão, encerrando com o processo de mediação e destruindo as chances de que ocorra um acordo. Se isso ocorre toda a busca realizada para que se chegasse a uma solução consensual terá sido em vão.

Nos termos do art 2º, II, da Lei 13.140/2015, a isonomia entre as partes é um dos princípios da mediação. Independentemente da compreensão de que espécie de isonomia trata o texto legal, o certo é que tal princípio é exclusivo da mediação, não se devendo portanto, aplica-lo a conciliação. (Neves, 2017, pg 73)

A isonomia encontra respaldo no art 5º caput da CF/88 que traz: *“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade”* (grifo nosso).

### **3.2.11. Princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes**

Conforme resolução CNJ 125/2010, em seu anexo III, art. 1º, VI é um dos princípios da mediação e conciliação o Respeito à ordem pública e às leis vigentes que se refere ao dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

### 3.2.12. Princípio do empoderamento

Conforme resolução CNJ 125/2010, em seu anexo III, art. 1º, VII “o empoderamento é o dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”, ou seja por este princípio é necessário haver um componente educativo que possa ser utilizado nas relações futuras.

### 3.2.13. Princípio da validação

Conforme resolução CNJ 125/2010, em seu anexo III, art. 1º, VIII a validação é o dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito. A validação consiste em identificar os sentimentos que as partes desenvolveram por conta do litígio e abordá-los de forma natural, como consequência do conflito.

## 3.3. Modelo de Triagem dos casos

Conforme estabelece o CPC/2015 nem todos os casos terão a obrigatoriedade de observar a audiência de conciliação e mediação. Será feita uma triagem que em algumas situações permite o julgamento imediato do processo entre outras possibilidades.

O artigo 332 do CPC/2015 traz as possibilidades de julgamento imediato do processo em situações que dispensem a fase instrutória quando contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. O juiz, após analisar a petição inicial e verificar que o pedido ali existente contrarie direito jurisprudencial estabilizado, deverá julgar improcedente o pedido. Ademais, este também pode julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar ocorrência de decadência ou prescrição.

**Art. 332 CPC/2015** . Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

**I** - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

**II** - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

**III** - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

**IV** - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

**§ 1º** O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Caso seja verificado, que trata-se de causa onde deve ser marcada audiência de conciliação e mediação, deve-se observar que os mediadores e conciliadores devem ser pessoas capacitadas a atuarem nos processos, observando todas as normas e orientações, assim como possuírem qualificação/conhecimento necessário.

#### 4. Da audiência de mediação e conciliação

Desde que, conforme autoriza o artigo 319 VII do CPC/2015, a realização da audiência de conciliação e mediação não tenha sido recusada na petição inicial pelo autor da demanda e a mesma cumprir todos os requisitos, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser o réu citado com antecedência mínima de 20 dias (art 334, CPC/2015).

Esta audiência de conciliação contará com a presença de um conciliador ou mediador e caso, julgue necessário poderá ser marcada uma segunda sessão, desde que não ultrapasse o prazo de dois meses da primeira. (art 334, §§ 1º e 2º). Ademais, a pauta de audiências deverá ser organizada respeitando o intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da outra (art 334, §12º).

Há de se observar que em muitas situações que comportem casos mais complexos, o tempo de 20 minutos é insuficiente, pois pode exigir muito mais tempo até que ocorram o estabelecimento dos debates com a efetiva participação das partes e que se chegue a um acordo. Desta forma, corre-se o risco de comprometer a utilização destas alternativas de solução de conflitos, sendo que as audiências se tornarão mero cumprimento de requisito formal para o prosseguimento do processo judicial.

Observa-se que na citação do réu já deve constar a data em que será realizada a primeira audiência de conciliação ou mediação, conforme art 250, IV do CPC/2015.

Uma grande novidade trazida é que esta audiência pode ser realizada por meio eletrônico. (art 334, §7º CPC/2015)

O autor deverá ser comunicado da data em que ocorrerá a audiência, por meio de intimação na pessoa do seu advogado. (§ 3º, art. 334 CPC/2015)

Outra grande novidade trazida pelo CPC/2015 em comparação com o de 1973 é a possibilidade do oficial de justiça certificar, no mandado, eventual proposta de autocomposição apresentado por qualquer das partes (no caso pelo réu ou um dos réus, bem como terceiros chamados ou denunciados à lide), quando estiver cumprindo sua obrigação:

Art. 154 do CPC/2015. Incumbe ao oficial de justiça:

VI - certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber.

Parágrafo único. Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa.

Vale ressaltar, que o oficial de justiça não está fazendo papel de mediador/conciliador, mas sim a lei está validando a importância de ocasional conciliação/autocomposição entre as partes.

Ademais, na Parte Geral, Livro III, Título IV, “Do juiz e dos Auxiliares da Justiça”, encontram-se elencados os mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça.

Art. 149 São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, **o mediador, o conciliador judicial**, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.(CPC/2015). (grifo nosso).

Conforme preceitua Raquel Nunes(2017, p, 83):

Em termos gerais, os auxiliares da justiça são “terceiros não interessados na lide que prestam serviços em cooperação com o magistrado para a realização da função jurisdicional”, conforme esclarece Tereza Alvim Wambier, valendo-se do fato de que a prestação jurisdicional não se concretiza pelo trabalho solitário do magistrado, o qual necessita de outros apoiadores para que consiga exercer a atividade judicial de modo satisfatório e tempestivo.

Outro importante auxiliar da justiça é o chamado oficial de justiça, pessoa incumbida pela execução de determinações proferidas pelo juiz, juntamente com as demais diligências externas, apenas lhe sendo vedado o uso da força ou porte de qualquer armamento para cumprimento das suas obrigações, embora digam respeito, inclusive, a atos constritivos, devendo, nesses casos, comunicar a situação ao magistrado responsável, que poderá designar o auxílio da força policial.

Os mediadores e conciliadores tendem a ter maior êxito nesta empreitada por terem maior liberdade que o juiz, pois não cabe aos mesmos julgar os pedidos, e também porque estes devem ser pessoas capacitadas e qualificadas para exercer este papel.

Conforme §4º do 334, a não realização da audiência de conciliação ou mediação somente será possível em duas circunstâncias: se ambas as partes manifestarem de forma expressa desinteresse na composição e quando o tipo de ação/direito não admitir autocomposição. Isso implica que se apenas uma das partes demonstrar desinteresse, o juiz deverá designar a

audiência e tentar demonstrar a outra parte as vantagens da autocomposição. Este é um ponto bastante polêmico, embora conste na letra da lei, pois a parte não interessada tenderá a comparecer a audiência somente para não sofrer as sanções do §8º do art 334.

O §8º do art 334 traz 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*”, daí podemos observar tamanha a importância que foi dada a realização desta audiência.

Diferentemente no CPC/1973, agora o prazo para contestar a ação que antes iniciava-se após a citação, agora começa a fluir após a audiência de conciliação ou mediação, ou do protocolo do pedido de cancelamento desta por parte do requerido. (art 335).

#### CAPÍTULO V DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

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

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

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

§ 4º A audiência não será realizada:

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

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

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

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte

#### **4.1. Negociação processual do Procedimento pelas partes**

Conforme estabelece o artigo 190 CPC/2015, as partes podem acordar sobre mudanças nos procedimentos quando o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição.

Art. 190. 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 artigo 166, § 4º traz que a livre autonomia dos interessados deve reger a conciliação e a mediação: “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

Conforme se depreende dos artigos acima mencionados, é lícito às partes firmarem acordos quanto ao processo em si, ajustando algumas especificidades da causa, como ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Entretanto, deverá o juiz controlar de ofício ou a requerimento das partes a validade das convenções e não abusividade de cláusulas que deixem uma das partes em situação de vulnerabilidade.

#### **4.2. A resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça**

A resolução no 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, implantou a Política Nacional de tratamento adequado dos Conflitos na esfera do Poder Judiciário, sofreu alterações em 2016 com a emenda no 02, a qual buscou adequá-la as novas disposições trazidas pela Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) e pelo Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015.

Até a edição do CPC/2015 era o mais importante normativo sobre a mediação e a conciliação.

Ao analisar as considerações da Resolução observa-se que o acesso ao sistema de Justiça, a eficiência operacional e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do judiciário apontados pela mesma.

Esta resolução, por exemplo: a) institui a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art 1º); b) define o papel do Conselho Nacional de Justiça como organizador desta política pública no âmbito do Poder Judiciário (art 4º); c) impõe a criação, pelos tribunais, dos centros de solução de conflitos e cidadania (art 7º); d) regulamenta a atuação do mediador e do conciliador (art 12), inclusive criando o seu Código de Ética (anexo da Resolução); e) imputa aos tribunais o dever de criar, manter e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (art 13); f) define o currículo mínimo para o curso de capacitação dos mediadores e conciliadores. (Didier Jr, 2015, Pg 274)

A resolução é composta de 19 artigos, distribuídos em 4 capítulos e dois anexos. Ela tem como objetivo desenvolver um sistema de ações que permitem dar efetividade as prioridades do Poder Judiciário, como a ampliação da garantia Constitucional do acesso à justiça. Apresenta a mediação e conciliação como política pública, ordenando o seu funcionamento e buscando incentivá-la, aperfeiçoá-la e uniformizá-la em todo o país.

De acordo com os dispositivos trazidos pela Resolução, a mediação e a conciliação são efetivos instrumentos de pacificação social, os quais contribuem para a redução da abundante judicialização de feitos, da grande quantia de recursos interpostos, bem como das execuções de sentenças. Sob esse aspecto, enfoca a importância da organização e uniformização dos serviços, a fim de se prevenir divergências relacionadas às orientações prestadas, assim como ao exercício das práticas, respeitando-se eventuais peculiaridades.

Com a entrada em vigor da Resolução 125/2010, a incumbência dos órgãos judiciais deixou de ser exclusivamente a oferta da solução por meio da prolação de sentenças, uma vez que se passou a disseminar a cultura da pacificação social, acompanhada das necessárias orientações aos cidadãos(...). (Nunes, 2017, pg 118)

Segundo artigo 4º da Resolução, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça, com auxílio de entidades públicas e privadas parceiras, tornou-se encarregado de instigar a autocomposição dos conflitos e a pacificação da sociedade. Ademais tem o CNJ a função de criar diretrizes para capacitação de mediadores, conciliadores, servidores e demais facilitadores e incentivar na área de ensino, a adoção de disciplinas voltadas a estimular a disseminação da cultura da autocomposição, ou seja da resolução pacífica de conflitos, assim como estimular a participação da OAB, Defensoria e Ministério Público, Procuradorias e demais instituições, para que cooperem para a solução consensual de demandas.

A resolução prevê e, seu art 5º, parcerias com Universidades e instituições de Ensino, o que é imprescindível, vez que muda a formação dos novos profissionais de Direito, dá ideia de algo permanente.

Outra previsão trazida pela Resolução é a criação do Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou à distância. Esses Centros Judiciários deverão ser formados por um juiz coordenador, e caso seja necessário um adjunto, os quais serão responsáveis pela homologação dos acordos, bem como por supervisionar os facilitadores (mediadores e conciliadores), devendo ser composto ainda de no mínimo um servidor com dedicação exclusiva, devidamente capacitado.

Quanto as sessões processuais, ou seja aquelas efetivadas quando já instaurado o processo, apenas excepcionalmente, fica autorizado que as mesmas aconteçam nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que se cumpra a exigência de ser presidida por um facilitador devidamente cadastrado junto ao tribunal e supervisionado pelo Magistrado coordenador .

A resolução discorre a cerca da incumbência dos Tribunais de criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, cuja coordenação ficará a cargo de Magistrados, devendo ser composto por juízes da ativa ou aposentados, além de servidores que preferencialmente atuem na área, conforme estabelece art 7º *“Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área”*

Conforme art 7º, §3º, cabe aos tribunais criar e manter o cadastro para o credenciamento das Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, assim como dos mediadores e conciliadores.

A resolução também exige o aperfeiçoamento/atualização permanente no que diz respeito aos mediadores e conciliadores e por fim esclarece sobre a criação do Portal da Conciliação, junto ao sítio do Conselho Nacional de Justiça, por meio do sistema global de rede de computadores.

O objetivo do Portal é manter um canal aberto com a sociedade, tornando pública as boas práticas, relatórios, projetos e pesquisas realizadas. Promover um fórum permanente de discussões a respeito dos assuntos que envolvem as medidas consensuais de solução de demandas e divulgar as orientações a cerca da capacitação dos mediadores e conciliadores, juntamente com o seu Código de ética.

## 5. Da mediação

Conforme Nunes (2017), a mediação é um método alternativo e autocompositivo de solução dos conflitos. Para ela, a autocomposição, pode ser tratada como a forma mais autêntica de resolução dos conflitos, por ser próprio do ser humano a busca pelo viver-bem. Em geral, busca-se o diálogo informal como a primeira tentativa de solucionar um problema e em outras situações, as partes podem optar pela negociação sem a interferência de um terceiro.

Para Gonçalves (2016, pg 102):

*A mediação apresenta algumas vantagens que podem ser consideradas comuns a outros meios de solução alternativa de conflitos, a exemplo da celeridade na composição do litígio e a confidencialidade.*

Possui, ainda, outros benefícios, como o fato de ser mais justa, uma vez que as partes, por meio do diálogo, é que chegam a um consenso sobre o que é bom para elas, além de ser produtiva, na medida em que não dependem de todo o trâmite processual usual e burocrático que um procedimento judicial exige.

Também, por ser uma medida ajustada e acordada por meio das discussões e ponderações das próprias partes – auxiliadas pela interveniência orientadora do mediador – traz a possibilidade de esclarecimento das origens e razões do conflito até então existente entre as partes, do diálogo entre elas e, ao final, da retomada ou manutenção do relacionamento existente antes do surgimento do conflito, diferentemente do processo convencional, que fomenta a litigiosidade e a contraposição entre os envolvidos (autor e réu).

No entanto, existem situações que a relação encontra-se tão desgastada que as partes perdem a possibilidade de dialogar, ocasionando abalos financeiros e emocionais. Nesta situação surge à necessidade de se buscar outros meios de resolução dos conflitos, entre estes meios encontra-se a mediação.

(...) A mediação é a intervenção de um terceiro neutro e imparcial, desvinculado de qualquer iniciativa de decisão, escolhido apenas para auxiliar os envolvidos em determinado conflito, assessorando-os a praticarem uma comunicação construtiva, embasada nos reais interesses, para que consigam chegar voluntariamente num resultado mutuamente aceitável, mediante um procedimento confidencial tecnicamente coordenado, porém informal. (Nunes, 2017, pg 45)

O que se observa é que disputas legais, nem sempre trazem satisfação às partes, sendo necessário trazer para a sociedade a noção de pacificação social e de que um acordo pode satisfazer ambas as partes, em um sistema de ganha-ganha. A incumbência do mediador neste caso é aproximar as partes, permitir o diálogo e fazer com que elas compreendam os detalhes da

controvérsia em que estão inseridas, permitindo uma análise mais adequada do caso e diminuindo o aspecto puramente emocional.

A mediação quando realizada por bons profissionais, qualificados e treinados para exercerem tal função, permite que as partes fiquem satisfeitas com a resolução da questão, distanciando-as da esfera judicial e fechando acordos que põe fim as demandas.

“Os bons resultados desse instituto têm sido constatados na resolução de diversas espécies de conflitos, quais sejam, familiares, comunitários, escolares, condominiais, empresariais, entre outros, especialmente naqueles em que o objetivo primordial é a preservação do relacionamento entre os envolvidos, atentando-se ao fator primordial de se oferecer uma prestação jurisdicional mais qualificada, gerando opções rápidas, de qualidade e efetivamente eficazes.

Facilmente podem ser elencados diversos atributos da mediação, tais como a valorização do diálogo, a garantia da equidade, a cooperação, o favorecimento ao princípio da autonomia de vontades, a viabilização da pacificação social, a redução da intolerância, entre diversos outros. Isso tudo, com a finalidade de facilitar a comunicação entre os envolvidos, sem que seja externado qualquer julgamento ou juízo de valor, fazendo-se válido refletir, na sequência, a respeito da evolução histórica do uso da mediação dos povos” (Neves, 2017, pg 48)

A mediação foi pensada para permitir as partes serem sujeitos de sua decisão, resolvendo os conflitos por elas enfrentados e tendo plena autonomia nas suas decisões. Todos os cidadãos com capacidade civil, ou seja os maiores de dezoito anos e os emancipados, podem optar por esta forma de resolução de demanda. Ademais, os incapazes e os relativamente capazes, desde que estejam devidamente representados e/ou assistidos e estejam decidindo sobre direitos em que estejam autorizados a fazê-lo.

Desta forma o Estado Juiz deixa de substituir a vontade das partes, decidindo de forma autoritária os litígios e as mesmas passam a ser protagonistas de suas histórias, não mais em um modelo ganha-perde presente nas decisões heterocompositivas, mas em um sistema ganha-ganha.

Ponto crucial e extremamente importante da mediação é a figura do mediador, o qual precisa funcionar como terceiro neutro e imparcial, que tem a grande tarefa de restaurar o diálogo entre os envolvidos, proporcionando as mesmas condições de igualdade e reciprocidade, ajudando-os a entenderem as reais questões e interesses existentes no litígio, podendo ser mediadores judiciais (os que atuam no Judiciário) ou extrajudiciais (os que operam fora do âmbito do Poder Judiciário).

“O mediador é o terceiro que intermedeia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age frequentemente é elemento determinante do êxito ou não do

processo. Conforme dito anteriormente, utilizando-se da autoridade a ele conferida pelas partes, deve restabelecer a comunicação entre estas. Sua função primordial é a de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para o seu conflito. É função também do mediador conduzir as negociações, seu papel é o de um “facilitador, educador e comunicador”. Trata-se de um interventor com autoridade que não faz uso dessa autoridade para impor resultados.” (MORAIS e SPLENGER apud Nunes, 2017, pg 65).

É muito comum o nível de abalo emocional das partes ser tão grande que torna-se praticamente impossível o diálogo, sendo indispensável neste momento a figura do mediador para que consiga amenizar estas tensões, por ser este uma pessoa capacitada, imparcial que tem como objetivo ajudar as partes a restabelecer um diálogo passando a compreender de forma legítima e clara os fatos e assim conseguir chegar a um consenso/acordo.

Através da mediação, o que se observa é que o cidadão passa a participar de forma ativa da administração da justiça, passando a ter maior aderência à realidade social e senso de colaboração. O mediador retira as partes de uma situação de letargia, encorajando-as a que atinjam, por elas mesmas, a solução amigável, eficaz e eficiente do conflito, que vai moldando na sociedade uma nova mentalidade de pacificação social.

Observa-se que a resolução de conflitos através da mediação sem necessidade de um julgamento, tem enormes vantagens como o alcance rápido de uma solução com custos reduzidos, pautada em concessões de ambos os lados, o que torna mais fácil a aceitação da decisão, assim como que as partes voltem a relacionar-se, evitando assim que o judiciário seja ainda mais sobrecarregado.

(...) é primordial, da mesma forma, que o mediador esteja preparado para trabalhar com as resistências pessoais e com os posicionamentos antagônicos, para que realmente consiga alcançar seu papel de facilitador da comunicação, o que demanda grande preparo, estudo, sensibilidade, assim como habilidade, devendo ter o cuidado, inclusive, de evitar a concretização de acordos inexecutáveis.

Lembrando que, para que possa atuar como mediador judicial, ou seja, na esfera do Judiciário, além de possuir capacidade civil, formação em nível superior há pelo menos dois anos, a legislação também exige que haja capacitação, treinamento e aperfeiçoamento por intermédio das entidades conveniadas com os tribunais, devendo ser observado o conteúdo programático, a carga horária mínima, assim como a prática real supervisionada, a fim de alcançar a certificação necessária. (Nunes, 2017, pg 67-68)

Outra característica da mediação é que existe a possibilidade da co-mediação, que é a atuação conjunta de mediadores. Esta é uma característica importante vez que permite a complementaridade de conhecimentos, vindo a auxiliar na chegada de decisão/acordo.

O instituto não exige a presença de advogados, mas conforme estabelece o art 10 da Lei de Mediação, caso uma das partes compareça assistida por advogada, a sessão deverá ser suspensa, garantindo a isonomia, que as duas partes estejam devidamente assistidas.

Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

O papel do advogado neste caso deve ser o de facilitar o sucesso da mediação e a satisfação de todos os envolvidos. Ele deve assessorar seu cliente ajudando-o a alcançar um nível de entendimento acerca da demanda, permitindo que o mesmo haja de forma colaborativa e alcance um resultado adequado.

“Sendo assim é importante que o advogado entenda que, na mediação, em face dos princípios da oralidade, informalidade e autonomia da vontade das partes, deverá assistir seu cliente, buscando contribuir com o fornecimento de dados técnicos-jurídicos, assim como com o incentivo de se agir pautado na boa-fé, a fim de se alcançar ganhos mútuos, distante da maneira adversarial comumente empregada” (Nunes, 2017, pg 71).

## **5.1. A implantação da Lei de Mediação**

A lei 13.140, Lei de Mediação, foi promulgada em 26 de junho de 2015 e entrou em vigor trazendo disposições acerca do uso do Instituto de mediação entre particulares, como meio para o alcance da solução de litígios, além de prever a possibilidade da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

A lei da Mediação entrou em vigor em dezembro de 2015, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, que foi em março de 2016, e trouxe várias semelhanças com o Novo Código de Processo Civil e algumas diferenças a serem observadas.

Segundo Juliana Nunes, a mediação vem sendo tratada contemporaneamente pelo ordenamento jurídico brasileiro como um mecanismo hábil e importante à pacificação social, vindo

a sugerir que se possa fazer uma leitura diferenciada do artigo XXXV, art 5º da CF (garantia do acesso a justiça), auxiliando assim, na mudança da cultura da litigiosidade que está arraigada no Brasil, ao começar a modificar a tendência de todo e qualquer litígio ser resolvido pela heterocomposição, com a imposição de uma decisão judicial, trazido por um terceiro.

A mediação é exercida por um terceiro imparcial, conforme art 1º da Lei de Mediação, como já tratado, existe também um rol de princípios a serem cumpridos quando da utilização deste instituto além de terem que ser respeitadas a isonomia, busca do consenso e boa-fé.

O tratamento igualitário entre as partes é essencial, atentando-se também para a preservação da isonomia material, devendo os desiguais serem tratados de maneira distinta, na exata medida que os distinguem.

Na mediação, a exigência da isonomia se traduz na impossibilidade de se conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, aos envolvidos. O acolhimento desse princípio significa que o mediador deve cuidar de prover iguais oportunidades de manifestação e escuta, além de condições equânimes para avaliação de eventuais ofertas de acordo. O princípio autoriza, ainda, que o mediador, em respeito às particulares distintas de cada indivíduo, atue para dar aos mediandos iguais espaço e voz - através do manejo adequado das técnicas e das ferramentas de mediação – desde que dentro dos limites de suas funções e mantida a necessária imparcialidade. (HALE e PINHO apud Nunes, 2017, Pg 97)

O mediador deve tomar bastante cuidado ao tentar deixar as partes em situação de igualdade, cumprindo o princípio da isonomia, para não correr o risco de comprometer sua imparcialidade. Como já foi tratado, a Lei da Mediação, para evitar que as partes não estejam em situação de igualdade, autoriza a suspensão do procedimento, caso uma das partes compareça assistida por advogado e a outra não.

Com base na boa-fé todos devem agir pautados na honestidade, lealdade e probidade, sendo a boa-fé um imperativo de conduta a ser seguido por todos.

O artigo 2º anuncia a voluntariedade do Instituto da mediação, estabelecendo que ninguém será obrigado a permanecer no Instituto da mediação. O artigo 3º complementa que somente podem ser objeto de mediação os conflitos que versarem acerca de direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitem transação, sendo que no caso dos direitos indisponíveis é obrigatória a intervenção do Ministério Público.

O artigo 8º da Lei de Mediação busca resguardar os mediadores, ao estabelecer que eles e os demais auxiliares do procedimento de mediação, quando no exercício de sua função ou em

razão dela, são equiparados a servidores públicos, para fins penais. Tal artigo é essencial para permitir maior independência, autonomia e livre exercício por parte destes profissionais.

Os artigos 9º, 10º, 11º e 13º tratou das figuras dos mediadores extrajudiciais e judiciais. A distinção entre estas duas categorias de mediadores fica a cargo da escolha dos mesmos. Se a escolha do mediador está a cargo do Poder judiciário, estes serão mediadores judiciais e quando a escolha é feita pelas partes, com a indicação de mediador de sua confiança ou da instituição privada, serão estes mediadores extrajudiciais.

### **Dos Mediadores Extrajudiciais**

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

### **Subseção III**

#### **Dos Mediadores Judiciais**

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

(...)

Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

Observa-se da leitura da lei, que esta reconheceu a importância da multidisciplinaridade na mediação, não exigindo que o mediador possua formação em curso superior na área jurídica, podendo este ser, por exemplo, psicólogo, assistente social, filósofo, historiador, médico, ou qualquer outra formação.

No artigo 12º a lei trouxe a exigência dos tribunais criarem e manterem cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a exercerem a mediação judicial, sendo que

esta inscrição será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação e os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

A lei de mediação nos seus artigos 21 a 23 apresenta as regras a serem observadas quando as partes optarem pela mediação extrajudicial, ou seja, aquela que ocorre fora do âmbito do Poder Judiciário. A mediação extrajudicial, também chamada de mediação comum, pode ser conduzida por qualquer pessoa de confiança dos interessados. É também permitido às partes estabelecerem contratualmente “cláusula de mediação” para fins de possível resolução consensual de conflitos provenientes do contrato firmado, devendo neste caso ser previsto o prazo mínimo e o prazo máximo para que aconteça a primeira sessão de mediação, observando a data de recebimento do convite (o convite formulado por uma parte à outra é considerado rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento); o local de realização das sessões; os critérios de escolha do mediador e da sua equipe; assim como, a penalidade imposta pelo não comparecimento da parte à primeira sessão. Caso, não ocorra previsão contratual completa, devem ser observados os critérios estabelecidos no art 22, § 2º que são prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista.

Com relação a mediação judicial, a Lei de Mediação em seu art 24º, trouxe a obrigatoriedade da criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos. Esta regra é bastante semelhante às previstas na Resolução 125/2010 do CNJ e do CPC/2015.

Como foi dito anteriormente a mediação pode ser utilizada pela Administração Pública e a Lei 13.140/2015 formalizou esta possibilidade em seus artigos 32 a 40. Para Nunes tal previsão se dá em virtude da possibilidade da Administração Pública se envolver em conflitos, da mesma maneira que o cidadão comum.

Em virtude da Administração Pública gerenciar bens e interesses de toda a coletividade, parte da doutrina traz que isto acarretaria obstáculos à realização de transações. Um dos empecilhos seria que os representantes da Administração Pública recebem poderes de representação com restrições, limitados ao que pode ser legalmente autorizado e o outro seria entender a indisponibilidade dos interesses dos envolvidos.

Entretanto, em virtude do grande número de litígios envolvendo o Estado, tem-se incentivado a utilização dos métodos alternativos de solução de demandas, visando à resolução das mesmas.

Não existe mais espaço para dúvidas de que a Administração Pública pode transigir, visto que tanto a Lei de Mediação em seu art. 32, quanto o Código de Processo Civil em seu art. 174 previram a possibilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

Neste sentido posiciona-se Fredie Didier Junior, 2017, Pg 279:

Essas câmaras podem, por exemplo, ter competência para (art 174, CPC): a) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos de competência entre órgãos de fiscalização, p. ex.); b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (pedidos de parcelamento de dívidas fiscais, p.ex.); c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta, instrumento negocial importante para a solução de conflitos coletivos (art 5º, §6º, Lei n. 7.347/1985)

Outro ponto bastante importante na Lei de Mediação é a permissão dada no art 32, §5º, das Câmaras buscarem resolver conflitos que envolvam discussões a respeito do equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pelos entes públicos junto a particulares.

A adesão às câmaras é facultativa, sendo assim o cidadão pode buscar diretamente o Poder Judiciário, se assim desejar. Quando da opção pela instauração do Procedimento administrativo ocorre à suspensão da prescrição, conforme art 34 da Lei de Mediação. A única exceção são as questões versando sobre matéria tributária, que devem observar as disposições do CTN.

O artigo 35 da Lei traz ainda no que se refere a conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações a possibilidade de transação por adesão desde que se fundamente com: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Observa-se que o simples fato do ente federado realizar proposta de acordo não interfere no curso do prazo prescricional, pois a Lei da Mediação esclarece em seu art 35, § 6º que “*A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão*”.

O que podemos concluir da análise da Lei da Mediação é que os legisladores buscaram incentivar as soluções consensuais das controvérsias, até mesmo quando estas envolvem a Administração Pública, numa busca de pacificação social e efetividade da prestação jurisdicional.

## **5.2. Conclusões sobre a mediação**

A mediação como meio autocompositivo de resolução de conflitos tem se mostrado eficaz e bastante produtivo.

Para Gonçalves (2016): *“A mediação, como solução alternativa ou complementar ao procedimento judicial, mostra-se como uma importante ferramenta de solução de conflitos, independente da causa a ser solucionada”*.

Sua utilização antes ou depois de já implantada a demanda se mostra muito positiva, pois resgata o diálogo entre as partes e faz com que elas mesmas cheguem a um consenso. O que se pode observar é que o ser humano tende a aceitar melhor soluções por ele construídas do que impostas por terceiro, como é o caso da decisão judicial.

Para o perfeito andamento da mediação é imprescindível que os profissionais sejam bem preparados e estejam aptos a exercerem tal função, caso contrário o processo de mediação perderá seu sentido, podendo resultar em acordos mal feitos, aumento do desgaste entre as partes e em muitos casos audiências/sessões realizadas com o único intuito de cumprir a lei.

A mediação quando utilizada de forma correta apresenta-se como uma ferramenta que proporciona maior agilidade e dinamismo à solução de demandas, sem a necessidade de resolução ativa por parte do judiciário e garantindo a segurança jurídica. Ademais, a mediação proporciona pacificação social e retomada do relacionamento entre as pessoas.

## 6. Da Conciliação

A conciliação também é um meio autocompositivo de resolução de conflitos. No Brasil a conciliação é estimulada desde a Constituição de 1824, pois nos artigos 161 e 162 o Imperador determinava que nenhum processo podia ser iniciado sem que antes se tivesse tentado chegar a reconciliação.

A Constituição de 1988 previu em seu artigo 98 a criação dos juizados especiais, pela União, Distrito Federal e Estados, nos quais atuariam juízes togados ou leigos, competentes para a realização de conciliações, julgamentos ou execuções de demandas cíveis, de menor complexidade, assim como criminais, de menor potencial ofensivo. A parte mais inovadora foi a possibilidade de ocorrerem transações penais nos juizados.

Observa-se que mesmo que ao longo dos anos a legislação tenha buscado incentivar à aplicação da conciliação, a sociedade brasileira continuou buscando a decisão a ser conferida pelo tribunal, permanecendo a cultura da adversidade, litígio, e continuando sendo de responsabilidade do Poder Judiciário a análise e julgamento das controvérsias provenientes da vida em sociedade.

O Código de Processo Civil de 1973 também incentivava a conciliação. Em seu artigo 125, IV autorizava o julgador a conciliar a qualquer tempo as partes, sendo que caso esse intento fosse alcançado teria fim a demanda judicial.

Ademais o mesmo código, ainda previa a designação de audiência de conciliação nos processos. Entretanto o que se observou ao longo dos anos é que esta em geral não alcançava o fim almejado por ser vista como uma das fases do processo, por não receber a atenção devida e por conta dos profissionais envolvidos no processo não serem devidamente preparados para conciliar, muitas vezes a audiência de conciliação resumia-se a uma única pergunta: Alguma das partes tem alguma proposta? E logo após constava em ata que não foi aceita a conciliação ou que não foi feita nenhuma proposta de acordo.

Segundo Neves (2017) pg 63:

A autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum -, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que

se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretense direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.

Para Neves, a autocomposição é muito interessante e cada dia mais popular. Nesta forma de resolução de conflito o que determina se vai ocorrer conciliação ou não, não é a força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes. Sendo assim, é considerada um excelente meio de pacificação social por não conter uma decisão impositiva.

Na atual concepção de conciliação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, o magistrado deixou de ser o responsável pela condução das sessões de conciliação, tal função é realizada por um terceiro facilitador, devidamente preparado e qualificado para tal função.

Neste procedimento, não temos a figura de um julgador, que outorga às partes o seu entendimento ou sua definição sobre as situações postas, mas sim a presença de um terceiro também isento, o conciliador, que terá como função preponderante mostrar às partes as vantagens de se chegar a uma solução acordada, apontando a estas também as desvantagens e inseguranças que naturalmente acompanharão a tramitação de um processo judicial convencional, como o tempo do processo, incerteza quanto ao acolhimento da tese, custos com a demanda, demora do pronunciamento judicial etc.

Dito procedimento pode ser utilizado extrajudicialmente, ou então quando o processo já está ajuizado. (Gonzalez, 2016, Pg 92)

A conciliação é indicada para resolução de conflitos onde as partes não possuem relacionamento ou necessidade de manter o contato posterior, estando neste caso o conciliador autorizado a sugerir propostas para o litígio, como por exemplo, em uma sessão que trate de um acidente de trânsito ou de uma relação consumerista, tudo que normalmente se espera da outra parte é o ressarcimento dos danos/despesas sofridas.

O grande objetivo da conciliação e também da mediação não é apenas alcançar um acordo, mas promover harmonização social; restaurar sempre que possível às relações entre as partes; utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas/coercitivas para que se alcance uma solução; humanizar o processo; preservar a intimidade das partes; promover o alcance de uma

solução construída pelas partes; utilizar técnicas multidisciplinares para que se encontrem soluções satisfatórias no menor tempo possível.

Assim como na mediação, a conciliação pode ocorrer no curso de uma demanda judicial, em Câmaras privadas, em sessões nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, nos escritórios dos advogados das partes, podendo estes referendar a transação alcançada, transformando-a em título executivo extrajudicial (art. 784, IV CPC/2015) ou solicitar homologação judicial, passando a transação a ser título executivo judicial (art. 515, III, CPC/2015).

A conciliação diferencia-se da mediação em poucos aspectos, principalmente depois que os tribunais passaram a exigir tanto de conciliadores quanto de mediadores a aplicação de técnicas. Tanto mediadores quanto conciliadores tem a obrigação de desenvolver um trabalho mais aprofundado com às partes, com a aplicação de técnicas negociais e psicológicas próprias.

Qual o Instituto a ser aplicado, se mediação ou conciliação, depende da análise da controvérsia em conjunto com a análise do art. 165 do CPC/2015 e seus parágrafos:

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

**§ 1º** A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

**§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes,** poderá **sugerir soluções** para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

**§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes,** auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (grifo nosso)

Da análise da lei, observa-se que o legislador achou por bem esclarecer nos parágrafos 2º e 3º as principais e poucas distinções entre os dois institutos. Ao conciliador ele deu uma atuação mais ativa, vez que o mesmo pode sugerir soluções para o litígio, com a única preocupação de que este não venha a constranger ou intimidar as partes, forçando-as a fechar um acordo, sendo assim o legislador achou ser mais indicado utilizar a conciliação quando não existem vínculos entre às partes.

Na mediação, o legislador, deu ao mediador, como terceiro facilitador a função de ajudar as partes a entenderem melhor as questões e nuances do litígio em que estão inseridos, de modo que os mesmos consigam por eles próprios chegar a uma consenso, encontrar a solução mais pacífica para o seu caso. Não cabe ao mediador sugerir soluções, indicar qualquer proposta de acordo. Este instituto é mais indicado quando existe vínculo entre as partes, tratam-se de conflitos em relações continuadas, ou seja, mesmo quando existe o conflito, as relações entre as partes continuam e continuarão existindo, como por exemplo em relações societárias e familiares.

### **6.1. A conciliação e o Novo Código de Processo Civil**

Observa-se da leitura dos artigos do NCPC/2015 que muitos deles aplicam-se conjuntamente aos dois Institutos, tanto a mediação como a conciliação, diferente do que ocorria com o Código de Processo Civil de 1973, que trazia em seu artigo 331, a chamada audiência preliminar para realizar a primeira tentativa de composição entre as partes.

O Novo Código de Processo Civil estabeleceu em seu artigo 334 que a audiência de conciliação ocorra antes que o requerido apresente sua defesa, assegurando desta forma o compromisso de promover a possibilidade de solução consensual do conflito.

Outra diferença que merece ser observada entre o CPC/1973 e o NCPC/2015, é que na vigência do Código de 1973 a audiência preliminar era executada após a apresentação da defesa pelo réu, esta audiência não tinha como objetivo fazer com que as partes chegassem a um consenso/acordo, uma vez que, restando infrutífera a tentativa de conciliação, o magistrado já realizava o saneamento, realizando a análise de aspectos do processo, se o mesmo encontrava-se em ordem para prosseguir, decidia sobre a realização de provas a serem produzidas, fixava os pontos controvertidos, assim como questões processuais.

Com o advento do NCPC/2015, a sessão conciliatória passou a acontecer antes da apresentação da defesa, para evitar que os ânimos se tornassem ainda mais acirrados, o que acabaria por inviabilizar a possibilidade de eventual acordo. O saneamento do processo é postergado para outro momento processual, conforme previsto no artigo 357.

O fato de o réu se preparar para defender-se acirra os ânimos e dificulta o acordo, por isso, o legislador entendeu por bem antecipar a realização da audiência de conciliação e mediação para o início da fase postulatória. Como ainda não terá sido apresentada defesa, o saneamento do processo é postergado para outro momento processual (v. comentários ao art 357do NCPC). Em princípio, poder-se-

ia entender que ao separar a audiência de conciliação do saneamento do processo, ter-se-ia se acabado com o saneamento compartilhado. O legislador, no entanto, apresenta no §3º do art 357, solução a esta questão ao prever que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Parece-nos que se resolveu o problema, tendo em vista o quanto é positivo esse contato direto entre os juizes e as partes, desestimulando, aliás a interposição de recursos contra as decisões interlocutórias e a impetração de mandado de segurança nas hipóteses em que o agravo de instrumento não é cabível (...). Wambier (2016, pg 626).

Conforme as regras para audiência de conciliação ou mediação, esta deverá ser designada com antecedência mínima de 30 dias, caso tenham sido atendidos todos os requisitos essenciais da petição inicial e não estiver caracterizada nenhuma hipótese de improcedência liminar do pedido, devendo o requerido ser citado com antecedência mínima de 20 dias, uma vez que, havendo desinteresse da sua parte, deverá manifestar o mesmo em petição com antecedência de 10 dias conforme estabelece art 334, “§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência”.

Esclarece-se que conforme o novo CPC é suficiente à vontade de uma das partes para que a audiência se realize, para dispensá-la é necessária a manifestação expressa de ambas. Tal fato se dá em virtude de que se existe uma parte predisposta a negociar, pode ser que a outra parte quando tiver contato com o conciliador, as técnicas de conciliação e seus benefícios acabe por fechar um acordo, ocorrendo a pacificação social.

Caso haja litisconsórcio, o desinteresse também deverá ser manifestado por todos, conforme preceitua o art 334 do NCPC/2015, § 6º “Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes”.

O NCPC/2015 deu tamanha importância aos mecanismos de autocomposição como a mediação e a conciliação que a ausência injustificada a esta audiência é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, com imposição de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme art 334, § 8º “O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

É importante observar que nem todos os tipos de litígio estão sujeitos aos institutos de mediação ou conciliação, alguns direitos indisponíveis estão fora desta esfera. Entretanto, observa-se que elas podem ser utilizadas nas mais diversas situações, não apenas quando abrange direitos patrimoniais disponíveis, em muitos outros casos a solução consensual é autorizada, inclusive quando envolve a administração pública, como já tratado anteriormente.

As partes devem está acompanhadas de advogados quando da realização das audiências, mas a ausência dos mesmos não impede a efetivação do acordo, em respeito ao princípio da autonomia das partes, sendo que caso haja acordo, a transação será reduzida a termo e homologada por sentença conforme art 334, §11º, tornando-se título executivo judicial. Lembrando que de acordo com a lei de mediação o mediador deverá suspender a audiência, caso somente uma das partes compareça acompanhada de advogado, garantindo assim a isonomia das partes.

O tempo mínimo entre uma audiência e outra deverá ser de 20 minutos, não podendo ser marcadas sessões com tempo menor. Isto evita que diversas sessões sejam marcadas para o mesmo horário, inviabilizando a execução dos trabalhos. No entanto, no caso deste tempo ser insuficiente para a realização da sessão e fechamento do acordo, as partes tem a oportunidade de designar nova sessão, conforme preceitua art 334, §2º “Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes”.

Outra grande novidade é a possibilidade das sessões conciliatórias serem realizadas de forma eletrônica, garantindo celeridade e praticidade processual, quando não for possível a presença física dos envolvidos, conforme art 334, §7º “A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. Tal previsão é um importante avanço, diminuindo burocracia e facilitando o ato quando uma das partes não reside na mesma Comarca do feito.

O prazo de 15 dias para entregar a contestação, inicia-se conforme estabelecido no art 335 do NCPC/2015

**Art. 335.** O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

Entretanto, observa-se que caso seja o requerido citado e ocorra alegação preliminar de incompetência absoluta ou relativa, a defesa deverá ser antecipada e não poderá obedecer o prazo de 15 dias após a sessão de conciliação. Tal antecipação se dá em virtude do magistrado ter que analisar se suspende a audiência, obrigando-se a designar nova data quando resolver a questão, buscando evitar que a sessão ocorra em juízo incompetente, conforme art 340, NCPC/2015.

Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

**§ 3º** Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.

**§ 4º** Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação

Observa-se na nova legislação do NCPC/2015 uma posição essencialmente democrática, com vistas ao princípio da cooperação, onde fica clara a busca pela autocomposição, a observância a CF/88, buscando assegurar às partes acesso a justiça embasada no diálogo, na igualdade de tratamento e chegando rapidamente a solução das demandas.

Neste novo pensamento, o princípio da autonomia da vontade das partes é bastante prestigiado.

Segundo Juliana Nunes (2017), Pg 130, o princípio da cooperação surge para elucidar a forma pela qual o processo civil deve organizar-se no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 6º do CPC/2015, traz que: *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

Ao poder judiciário fica o principal dever de decidir de maneira fundamentada e sem que haja surpresa para os envolvidos, respeitando, desse modo, o princípio do contraditório e a garantia do Estado Democrático do Direito, enquanto que, para as partes, cabe a incumbência imprescindível de agir em conformidade com o princípio da boa-fé, com vistas a alcançarem a melhor resolução para a demanda instaurada.

Sendo assim, o modelo cooperativo processual destaca-se pela busca em harmonizar e balancear o princípio da autonomia da vontade das partes e o exercício do poder do órgão jurisdicional, atentando-se aos desejos dos envolvidos, mas também às funções do Estado que, a título de exemplo, tem a obrigação de proteger os incapazes, assim como de impedir determinadas negociações que extrapolem o direito de autorregramento da vontade no processo, ao impedir, por exemplo, convenções acerca da competência absoluta. (Nunes, 2017, Pg 131)

No NCP/2015 os legisladores, atentaram-se para a necessidade de que o órgão jurisdicional e às partes devem atuar como colaboradores, construindo uma solução para a demanda, assegurando que os princípios que regem a conciliação sejam cumpridos, assegurando a satisfação das partes e alcançando a pacificação social.

## **6.2 Ferramentas utilizadas para alcançar um resultado positivo nas sessões**

Conciliadores e mediadores precisam utilizar técnicas e ferramentas que estimulem às partes a encontrarem um entendimento recíproco, este é um dos grandes desafios enfrentados por estes profissionais.

Inicialmente deve ser utilizado o rapport que consiste no relacionamento harmonioso ou estado de compreensão recíproca no qual por simpatia, empatia ou outros fatores se gera confiança e comprometimento recíproco. O rapport deve ser utilizado no primeiro contato com as partes e segundo muitos autores envolve três elementos: atenção mútua, sentimento positivo compartilhado e um dueto não verbal bem coordenado. A empatia se faz essencial, pois evita que o conciliador ou mediador chegue a conclusões precipitadas.

Na declaração de abertura, o facilitador deverá esclarecer às partes acerca do procedimento escolhido para a resolução do conflito, devendo ser colocadas todas as regras a serem observadas, esclarecer que será guardado sigilo e que se necessário serão realizadas reuniões individuais com cada parte.

As reuniões individuais devem ser realizadas sempre que às partes demonstrem animosidade, deixando de apresentar condições de se comunicarem de forma eficiente. Nestas sessões costumam ser esclarecidos pontos obscuros, podendo até mesmo surgir propostas de acordo. Ademais, estas sessões individuais evitam comunicações improdutivas e desgastes maiores entre as partes.

Essas sessões também têm por finalidade permitir que fortes sentimentos sejam expressados, sem que essa atitude acarrete no agravamento do litígio, bem como, ensejar a verificação de eventual desequilíbrio de poder entre os envolvidos, eliminando-se também, quaisquer possibilidades de comunicações improdutivas ou atos de violência.(Nunes, 2017, pg 137)

Ao realizar as sessões individuais o facilitador deve esclarecer que o mesmo tempo cedido a uma parte será cedido à outra parte, permitindo que as partes continuem confiando no seu trabalho e na sua imparcialidade.

Indica-se também que, enquanto a sessão privada estiver sendo realizada, especial atenção seja dada a outra parte que aguarda, sendo sugerido, por uma parcela da doutrina, que seja colocado à disposição dessa pessoa jogos que estimulem a criatividade, revistas, ou ainda, havendo possibilidade, vídeos relaxantes, músicas ou cartazes motivacionais.(Nunes, 2017, Pg 137)

O facilitador precisa desenvolver a competência de conseguir descobrir qual o real interesse dos envolvidos na demanda, pois só assim terá condições de ajudar as partes a atingirem um resultado satisfatório. Cabe ao facilitador, possuir escuta ativa, observar não somente o que é verbalizado, mas a postura, transpiração, timbre de voz, tensão muscular, disposição para ouvir o outro, entre outros.

Muitas vezes existe tanto rancor entre as partes que as mesmas comparecem as sessões silenciosas e resistentes. Cabe ao facilitador auxiliá-las a restabelecer o diálogo. Outras vezes, elas sentem necessidade de expressar sua mágoa, ressentimento, raiva e o facilitador tem que manter um discurso positivo e evitar críticas.

Ademais, a escuta ativa, calorosa, embasada em gestos de acolhimento e discursos positivos, é que faz com que seja construída a credibilidade e a empatia.

O facilitador para que alcance uma visão geral dos fatos, irá formular perguntas pertinentes, que acabe por fazer as partes narrarem os fatos e através desta narração, refletirem a respeito do problema vivenciado, alcançando sua real compreensão.

Ao utilizar a ferramenta das perguntas, o facilitador se vale de uma técnica chamada de brainstorming (tempestade de ideias), a qual se se destina a estimular o potencial criativo das partes, fazendo com que ocorra durante a sessão um número suficiente de ideias e com isso seja analisada a melhor forma de se por fim ao conflito.

Também no decorrer da sessão o facilitador deve buscar o empoderamento das partes, de modo que elas se conscientizem do seu poder, capacidade e autonomia para resolver seus problemas.

Ademais, o facilitador não pode se esquecer de aplicar a técnica do afago ou reforço positivo, reconhecendo e dando valor ao esforço empregado pelas partes para alcançarem a

solução do problema. Também é válida a utilização desta técnica com relação aos advogados que estão assessorando as partes.

O silêncio também deve ser valorizado, vez que muitas vezes quando as partes se colocam em silêncio, estão analisando os fatos antes de responder as indagações suscitadas.

Outra ferramenta bastante importante é a inversão de papéis, ou seja, o facilitador deverá incentivar a empatia entre as partes, de forma que cada um dos envolvidos consiga se colocar no lugar do outro, percebendo a situação pelo ponto de vista da outra parte. Ao aplicar a inversão de papéis à parte pode refletir sobre o estado de ânimo e a dor vivenciada pelo outro.

A ferramenta de “recontextualização” ou “paráfrase” é mais uma técnica que pode ser utilizada nas sessões. Nesta técnica as partes irão analisar a situação por outra perspectiva, de preferência mais positiva e caberá ao facilitador atentar-se as propostas implícitas que surgirem com a utilização desta técnica.

O vocabulário do facilitador é de vital importância, devendo este ser bastante enriquecido, pois ele precisará recorrer a recontextualização sempre que às partes apresentarem argumentos negativos.

Outro ponto bastante comum nas sessões a ser enfrentado pelo facilitador é polarização, ou seja, a parte insiste inflexivelmente em sua posição em virtude de está emocionalmente envolvida. Nesta situação, cabe ao facilitador, assegurar que ambas as partes tenham oportunidade de expor seus argumentos de forma igualitária, intervindo sempre que necessário e evitando o encerramento prematuro da sessão.

## 7. OS DESAFIOS TRAZIDOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo CPC conforme já explanado em capítulo anterior consagrou os meios de autocomposição, como a conciliação e a mediação como Políticas Públicas. O Estado tem o papel de promover de forma eficaz estas formas de resolução de conflito, fazendo com que os desafios sejam superados e toda a sociedade brasileira passe a ter uma nova mentalidade e forma de pensar, sendo buscada e promovida a pacificação social.

Os institutos da mediação e da conciliação fazem parte das normas fundamentais processuais positivadas no NCPC/2015. Com A CF/88 houve mudanças de paradigmas, conferindo destaque e primazia aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana, como sendo um dos fundamentos da democracia.

Para Meirebelle Castro (2016), o legislador do Novo Código de Processo Civil teve como uma de suas principais funções adequar o seu texto normativo ao texto constitucional. Assim, o NCPC/2015 foi desenvolvido a partir dos postulados constitucionais, formando o que a doutrina tem chamado de “teoria do direito processual constitucional”, a qual defende que as regras do direito processual devem estar fundamentadas nas normas constitucionais.

Esta mudança precisa ocorrer de forma eficaz nas faculdades de direito de todo o país, acostumadas a dar um ensino direcionado ao litígio. Os novos bacharéis em direito precisam ser desvinculados da cultura da litigância, onde se deve recorrer até a última instância, com o único intuito muitas vezes de adiar o cumprimento de uma decisão judicial e em algumas situações trazer sofrimento a parte contrária. Muitas destas discordâncias poderiam ser resolvidas com o diálogo através de mecanismos de autocomposição, desafogando o poder judiciário.

Ademais, devem ser firmados convênios entre o Judiciário e as Instituições de Ensino para promoção da conciliação e da mediação, conforme preceitua o artigo 3º da Resolução 125/2010 do CNJ: *“O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas”*. A ideia é que a oferta da conciliação e da mediação seja realizada de forma ativa nos próprios centros de formação dos estudantes de direito, com a proliferação de ferramentas modernas que estimulem a defesa da cidadania, e que esta forma ativa de resolução consensual de conflitos seja disseminado dentro dos Núcleos de Prática Jurídica, com a diminuição gradativa da cultura do litígio.

Outra grande dificuldade para a implantação desta nova cultura é a falta de estrutura dos centros, que não estão preparados para receber a quantidade de processos atuais, que chegam

diariamente. Tal situação pode piorar com a demanda de novos processos que chegarão, sendo de amplo conhecimento a estrutura precária, com falta de profissionais, chegando a levar meses à prática de simples atos. Cremos que isso pode comprometer o sucesso do modelo a ser implantado, atrasando ainda mais os processos judiciais, vez que como a posição obtida nos centros é obrigatória para dar andamento ou para finalizar os processos (se a conciliação ou mediação obteve êxito), a falta de resolução e da posição obtida nos centros, faz com que os processos não entrem em pauta.

“Acredito que a curto ou médio prazo essa possa vir a ser a realidade nas comarcas e seções judiciárias que são sede do Tribunal. Contudo, acreditar que essa será a realidade, e aí mesmo em longo prazo, para todas as comarcas, seções e subseções judiciárias do Brasil é irrazoável e discrepante de nossa realidade. Se muitas vezes até mesmo a sede do juízo é de uma precariedade indesejável, custa crer que sejam criados espaços físicos com o propósito exclusivo de abrigar os centros judiciários de solução consensual de conflitos. (Neves, 2017, pg 66)

Ademais, não podemos fechar os olhos para outra situação que pode vir a ocorrer que é a possibilidade da realização destas audiências/sessões de mediação ou conciliação só para cumprimento de um requisito formal para dar prosseguimento aos processos judiciais sem a utilização das técnicas e o empenho necessário para que as mesmas logrem êxito, ou que em muitas situações o empenho por fechar qualquer acordo seja maior do que o empenho em promover a pacificação social, em um processo onde todos saiam satisfeitos.

Isto já ocorre conforme os moldes do Código de Processo Civil de 1973 e toda a mentalidade que está enraizada nos operadores do direito e servidores das varas que nas audiências costumam se limitar a perguntar se há ou não proposta de acordo e se esta é aceita ou não, lavrando de imediato a resposta na ata, ou em outros casos induzindo as partes a aceitarem um acordo não desejado/satisfatório que em nada promove a pacificação social.

“(…) Entendo extremamente positiva a iniciativa do legislador, até porque, se há essas formas consensuais de solução dos conflitos, é melhor que exista uma estrutura organizada e um procedimento definido e inteligente para viabilizar sua realização da forma mais ampla possível.

Registro, entretanto e uma vez mais, que não vejo a priorização da mediação e, em especial, da conciliação como a panaceia a todos os problemas no campo dos conflitos de interesses. Admito a relevância indiscutível dessas formas de solução de conflitos em determinadas espécies de crises jurídicas, em particular no direito de família e de vizinhança. Admito também a pacificação social (fim da lide sociológica) pode ser mais facilmente obtida por uma solução do conflito derivada da vontade das partes do que pela imposição de uma decisão judicial (ou arbitral). Considero até que, quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos e por consequência o Poder Judiciário poderá funcionar

de maneira mais célere e adequada às aspirações do acesso a ordem jurídica justa.

O que me causa extremo desconforto é notar que a valorização da conciliação (a mediação é ainda embrionária entre nós) leve-nos a ver com naturalidade o famoso ditado de que vale mais um acordo ruim do que um processo bom. Ao se concretizar tal estado de coisas, estaremos definitivamente renunciando ao respeito do direito material e decretando a falência do Poder Judiciário” (Neves, 2017, Pg 62)

Outro ponto trazido pelo autor é que em muitas áreas do direito material, como por exemplo, nas relações consumeristas, a distância econômica entre as partes, gera transações injustas e que em nada cumprem o papel de pacificação social. O acordo muitas vezes é interessante para o fornecedor e aceito pelo consumidor por uma questão de necessidade e não exatamente por vontade.

“E há mais, porque, ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático de Direito.” (Neves, 2017, pg 63)

Observa-se da análise destes pontos que promover isonomia e pacificação social frente a estas características, vai continuar sendo um grande desafio.

O desinteresse dos advogados frente à possibilidade de queda em suas remunerações, em virtude da celeridade dos processos, muitos sendo resolvidos na sessão/audiência de conciliação ou mediação é outra questão a ser enfrentada. Tal situação pode ser exemplificada pela considerável adesão de grandes litigantes, especialmente empresas a conciliação/mediação, especialmente em virtude da redução de custas processuais e de despesas com os profissionais de Direito. Observa-se que nas semanas de conciliação promovidas pela justiça, existe uma adesão em massa de empresas consideradas maiores demandadas, principalmente nas relações consumeristas, como Instituições financeiras, de telefonia, de planos de saúde.

É preciso que tanto advogados como auxiliares da justiça e toda a sociedade entenda que um esforço maior neste início do processo, na tentativa de se alcançar uma solução amigável é determinante para encurtar o tempo dispendido no processo, reduzindo custos e tornando muito mais eficaz/eficiente a justiça brasileira. Lembrando que nem todos os tipos de litígio são passáveis de serem submetidos à mediação e a conciliação.

O artigo 174 do CPC/2015 também prevê a criação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de Câmaras de mediação e conciliação voltadas a solução consensual de conflitos no ambiente administrativo.

Para Andressa Moura (2017), isto é perfeitamente possível vez que nem todos os direitos defendidos pela Administração Pública são indisponíveis, segundo porque mesmo se tratando de direitos indisponíveis é possível a transação quanto às formas e prazos da obrigação a serem cumpridos, como já ocorre no direito coletivo.

Uma outra grande dificuldade a ser enfrentada é que temos uma sociedade com baixo nível educacional quando se trata de estabelecimento de diálogo, cultura e politização. Tal fato dificulta que as mesmas, mesmo assistidas por profissionais qualificados cheguem a um consenso e em seguida a um acordo, entendendo que muitas vezes é necessário ceder um pouco para que se alcance algo maior, como a pacificação.

Firmar diálogos, contudo, pode ser o maior desafio de todos. O estabelecimento de um canal viável de conversas, permitindo praticamente uma espécie de intromissão no íntimo das pessoas, procurando entraves obscuros e meios de superá-los pode não ser das tarefas mais fáceis, principalmente porque há casos em que as razões que causam a contenda (ou até impedem a sua solução) sequer têm a ver com próprio conflito, sendo-lhe anterior e muitas vezes ligadas a emoções e sentimentos.

Ademais, as partes tendem naturalmente à desconfiança constante de que a outra parte pode estar em maior vantagem, diminuindo a sua importância ou chances de obter algo a mais. Faz-se necessário que se lhe expliquem que são elas senhoras de si mesmas, que podem decidir sobre seus conflitos e de comum acordo definir como ficam suas situações, apresentando os limites legais de um possível acordo e a conclusão efetiva, eficaz e rápida de algo que trazia instabilidade e angústia, claro, sem que se dê a impressão errada de obrigatoriedade no uso dos métodos aqui tratados para a obtenção de um acordo às expensas da vontade das partes e de uma efetiva pacificação social, não constituindo meio exclusivo de tentar desafogar o Poder Judiciário. (Moura, 2017, pg 58)

O NCPC/2015 em seu artigo 335 traz que o réu pode oferecer a contestação por petição: I- no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data da audiência de conciliação ou mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer das partes não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentada pelo réu. Esta possibilidade acaba sendo uma temeridade a ser enfrentada, vez que o réu pode se valer da audiência de conciliação e mediação com o único intuito de prolongar o prazo para apresentação da sua defesa, fazendo com que o processo dure mais tempo e que em nada seja cumprido o objetivo maior dos

mecanismos de autocomposição que é a pacificação social por meio de acordos construídos por ambas as partes.

Esta é uma atitude a ser combatida, mas que é praticamente impossível e ser comprovada.

O Poder Judiciário hoje é alvo de muitas críticas em decorrência de seu funcionamento, não só pela sociedade civil e demais poderes, como também pelos próprios doutrinadores e operadores do direito, devido à frustração quanto ao exercício de suas funções. As dificuldades do Judiciário brasileiro são bem conhecidas. Há o grande número e complexidade dos conflitos, a lentidão da prestação jurisdicional, as demasiadas custas judiciais, além do excessivo formalismo.

Sabe-se que o tempo pode ser inimigo de quem busca a proteção ou a reparação de seu direito. Em meio a tanta burocracia que provocam os atrasos, o jurisdicionado solicita efetividade e celeridade processual. Isto é nada mais do que a consequência do tipo de justiça que vem sendo operada por juízes e tribunais, que proferem, diversas vezes, decisões ideais, mas longe da necessidade dos jurisdicionados. Note-se ainda que, diante de um sistema recursal tão prolixo, chega a ser comum que, ao tempo da decisão final, o vencedor da demanda nem esteja mais vivo para usufruí-la. Logo, diferente do que hoje ocorre na justiça tradicional, é mister que o processo dure um tempo razoável. Por isso, conta-se com a efetividade que a sistemática do Novo Código de Processo Civil, fundamentado nos princípios constitucionais, promete trazer.

Assim, entende-se que os meios alternativos de solução de conflitos se estruturam hoje em consonância com os princípios e valores elencados na Constituição do País. Essa ação concreta representa grande passo rumo realização da plena democratização do Poder Judiciário. Contudo, sabemos que, para se alcançar esse ideal, ainda há muitos desafios a serem superados (Castro, 2016, pg 5).

Lembramos ainda que embora os benefícios da conciliação e mediação sejam tão claros, precisamos de juízes e auxiliares judiciais preocupados e comprometidos com a efetividade deste meio de autocomposição. O juiz precisa respeitar os prazos, assim como mediadores e conciliadores precisam se empenhar na resolução dos conflitos.

A grande tarefa do NCPC/2015 é ser instrumento com reconhecido potencial para garantir o efetivo e eficaz atendimento à demanda da sociedade, com a devida seriedade e celeridade, priorizando e garantindo a dignidade da pessoa humana, através do acesso a justiça e a resolução das demandas de forma satisfatória promovendo pacificação social.

## 8. CONCLUSÕES

Viver em sociedade nos dias atuais impõe interações sociais e negociais diárias, todo este relacionamento também pode implicar na existência de conflitos, vez que nem todos os desejos podem ser satisfeitos, seja pela escassez de um produto, por opiniões conflitantes, ou simplesmente pelo imediatismo que torna o ser humano intolerante. O imediatismo faz com que não aceitemos esperar para ter nossas necessidades satisfeitas e com que o tempo seja visto como um bem cada vez mais valioso e escasso.

Diante de toda esta conjuntura estamos nos tornando a cada dia menos humanos, gastando nossas energias em conflitos desnecessários e nos esquecendo da importância do diálogo. Afastando-nos nas nossas relações de itens de fundamental importância como a ética e a moral, tornando-nos uma sociedade imatura, insegura, sem comunicação, vivendo relações impessoais, simplesmente comerciais ou via meios digitais.

No ramo do Direito cultuamos a litigância, pouco tentamos resolver nossos conflitos sem ameaçarmos impetrar junto a justiça uma ação que nos alivie do stress sofrido, muitas vezes sofrendo ainda mais no decorrer da demanda judicial. Retiramos das nossas mãos e da outra parte a capacidade de fazer a nossa justiça, de dialogarmos, abrimos mão do que não é tão essencial, fazemos concessões e saímos satisfeitos, de forma célere, sem aguardarmos anos por uma solução, pois como bem disse Ruy Barbosa a justiça tardia deixa de ser justiça.

O acesso à justiça é um direito de todos, não podendo a justiça deixar de apreciar lesão ou ameaça de direito, como bem nos traz a CF/88, art 5º, XXXV. O que tem se observado ao longo dos anos é que o brasileiro está com a “judicialização” dos conflitos arraigada na sua mente como a única forma de resolver seus conflitos e desavenças, sejam elas simples ou não.

Ademais, em seu artigo 5º, LXXVIII a CF/88 também nos garante a razoável duração do processo e meios que garantam a sua célere tramitação. O que temos observado é que não existe um parâmetro do que seja razoável para a duração do processo, pois vemos processos simples que chegam a durar dez anos para ter um desfecho. Aliado a isso temos a garantia da decisão informada, pois todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas.

Ao longo das décadas observa-se a tentativa dos legisladores de fazerem cumprir o princípio constitucional de acesso à justiça e da duração razoável do processo, seja pela criação

dos juizados de pequenas causas, pelas legislações específicas com destaque para o Código de Defesa do Consumidor ou pela criação dos juizados federais de pequenas causas.

Com os tribunais de pequenas causas esperava-se que as demandas fossem resolvidas de forma bastante célere, mas o que se verificou é que o número de processos judiciais crescia de forma exponencial e o número de juízes não, fazendo com que os que existiam não conseguissem julgar os processos em tempo hábil. Ademais, com poucos magistrados e número limitado de serventuários da justiça algumas vezes a primeira audiência levava até 6 meses para acontecer.

Com o passar dos anos a sociedade passou a conhecer seus direitos e meios para reivindicá-los sempre que violados. Observa-se ampla divulgação de informações via mídia, internet, e até boca a boca, mas ter acesso a informações, nem sempre significa saber utilizá-las, pelo contrário, faz muitas vezes com que o cidadão entre em aventuras jurídicas por desconhecimento e outras vezes por ganância, acreditando que poderá obter lucro com aquela demanda. Tal situação se dá em virtude do aumento do individualismo, egocentrismo, falta de educação e ética da sociedade brasileira.

Esta sociedade e seus litígios acabam sendo terreno fértil para a heterocomposição. No entanto esta forma de resolução de demandas tem se mostrado incompetente para dar uma resposta satisfatória e célere. Processos muito longos costumam causar desgaste emocional e perdas financeiras, algumas vezes o objeto litigado perde o sentido. O cidadão precisa ter consciência de que o juiz vai decidir de forma técnica e não pelos interesses das partes e isso muitas vezes pode dar às partes à ideia de que não ocorreu justiça.

Como uma grande tentativa de resolução de forma autocompositiva dos conflitos a Resolução 125/2010 do CNJ trouxe a mediação e conciliação como Políticas Públicas, buscando a modernização do nosso sistema jurídico e a celeridade e efetividade. Logo após veio a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) com o mesmo propósito de resolução de demandas de forma mais célere. Em 2015 após uma longa espera, o NCPC/2015 (Lei 13.105 de 2015) foi publicado e trouxe diversas novidades e avanços e é claro alguns retrocessos.

O NCPC/2015 dedicou um capítulo inteiro aos institutos da Conciliação e da Mediação, também elevando-os a Política Pública a ser implementada pelo Estado. Os institutos não são novos, pois o CPC/73 já utilizava a mediação e a conciliação em seus processos. A diferença primordial está no fato que na vigência da lei anterior tais audiências ocorriam como mero requisito formal para o andamento do processo, reduzindo-se a um simples questionamento se

havia proposta de acordo ou não, para então constar na ata e ser designada audiência de instrução e julgamento.

Nestas audiências ocorridas sob a vigência do CPC/73, a tentativa de conciliação era vista como perda de tempo e um óbice à celeridade, isso quando as partes não eram induzidas a aceitarem acordos ruins que em nada satisfaziam suas necessidades ou promoviam paz.

O NCPC/2015 deu tamanho destaque aos meios autocompositivos da demanda como a conciliação e a mediação que esta audiência é marcada de forma obrigatória e a sessão deve ser dirigida por um profissional qualificado, que esteja preparado a ajudar as partes a chegarem a um consenso e com isso por fim a demanda. O juiz irá marcar a audiência de conciliação ou mediação sempre que os requisitos essenciais da petição inicial forem preenchidos e não for caso de improcedência liminar do pedido, assim como para os casos em que não houve recusa de ambas as partes.

Para que funcione da forma correta as sessões de conciliação ou mediação tem que ser realizadas em local próprio, por profissionais qualificados. Em muitas cidades o magistrado tem que se dividir em mais de uma comarca e inexistem centros, os profissionais continuam sendo insuficientes para a quantidade de litígios existentes, mas não podemos desconsiderar a tentativa de efetivação do legislador que inclusive autorizou a realização destas sessões de forma digital.

Os mediadores e conciliadores precisam cumprir regras, realizar cursos e aprenderem técnicas avançadas de negociação/solução de litígios, pois eles precisam fazer com que as partes dialoguem e encontrem uma solução para seus conflitos, diminuindo animosidades. É fundamental ensinar a sociedade a buscar os meios de autocomposição, fazer com que elas entendam e retirem de suas mentes a falsa sensação que somente a via judícia é que trará resultado para a solução do seu conflito, ou que somente a decisão de um magistrado tem valor, mesmo que esta seja contrária aos seus interesses.

Na mediação as partes se conhecem e possuem relações que precisam ser reconstruídas, o mediador não fará sugestões de acordo, ele ajudará nesta reconstrução do diálogo, fazendo com que as partes vejam aquela situação sobre vários aspectos, consigam ter empatia. Muitas vezes a relação das partes está tão desgastada que vai precisar ser reconstruída, sendo assim é essencial que este profissional seja altamente treinado para saber identificar tal fato, ouvir, ler os sinais, a postura das partes, entender o silêncio, propiciar momentos em que o diálogo flua.

Na conciliação as partes normalmente não se conhecem e o único objetivo é resolver a demanda, como, por exemplo, nas relações consumeristas. O conciliador poderá sugerir soluções, mas o objetivo primordial dela será criar uma atmosfera propícia ao acordo, fazendo com que aquele litígio seja resolvido.

O mediador ou conciliador tem que seguir os princípios que regem a autocomposição como a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, entre outros. Estes profissionais não podem ceder a pressões externas, nem tomar partido, tem que respeitar a decisão das partes, e acima de tudo não podem ter nenhum interesse no deslinde do caso.

Acredito que uma grande dificuldade para que exista fortemente a cultura da autocomposição são os advogados que foram moldados frente a uma cultura de litígio, que veem nesta nova forma de solução uma perda de ganho significativo, com a diminuição do prazo dos processos, sem possibilidade de recursos e com celeridade. O grande desafio é criar uma nova geração de bacharéis em direito desvinculados desta cultura litigante.

Não se pode negar o papel essencial dos patronos das partes, pois estes podem incentivar ou dissuadir as partes a aceitarem os acordos propostos, e como nos dias atuais a remuneração continua muito ligada a duração do processo, não vemos ainda muito interesse na autocomposição.

Ademais, as parcerias a serem formadas com as Universidades e Instituições de Ensino tem que ser realizadas de forma a ser permanente, para que se dê a ideia de construção de novos paradigmas e uma cultura de pacificação social que irá permanecer.

Outra grande preocupação é que a lei não estabelece um prazo máximo para a marcação das audiências/sessões de conciliação ou mediação e enquanto as mesmas não acontecem os juízes não podem dar prosseguimento aos processos colocando-os nas suas pautas. É imprescindível que sejam estabelecidos prazos razoavelmente curtos e que o resultado destas sessões seja informado com brevidade, seja esta de acordo ou não.

Ademais, as audiências de conciliação ou mediação sob a égide do NCPC/2015 precisam cumprir seu papel e não se tornarem próximas ou parecidas com as audiências de conciliação que existiam na vigência do CPC/73, como mero formalismo.

Não se pode negar que o Poder Público está tratando do tema com seriedade, investindo recursos e tempo para que ocorra esta mudança de Paradigma, que o sistema judiciário seja

desafogado e os processos resolvidos de forma célere, fazendo com que as partes tomem consciência de que elas controlam suas vidas e possuem capacidade de resolver seus litígios sem depender sempre da solução impositiva de um terceiro.

Esperamos que a sociedade abrace este novo modelo de solução de litígios e que embora o nosso NCPC/2015 regule a mediação e conciliação após a instauração do processo, no futuro esses meios possam evitar a sua existência.

Vivemos em um mundo em evolução permanente, com grandes modificações sociais e dinamismo e é inegável que esta é uma mudança necessária, onde teremos uma sociedade mais consciente do seu papel, forte, capaz de dialogar e sendo sujeito ativo nas suas decisões.

A mudança de paradigma é necessária, precisamos deixar de buscar a heterocomposição e colocar nas mãos do judiciário e de um terceiro a decisão sobre os nossos litígios, muitas vezes esperando anos para a resolução de simples desavenças, que perdem o sentido. Temos que buscar a autocomposição e com isso alcançarmos a Pacificação Social.

### Referências:

BARROS, Paulo. **Os princípios que regem a conciliação e a mediação**. Disponível em <https://pramosbarros.jusbrasil.com.br/artigos/368276202/os-principios-que-regem-a-conciliacao-e-a-mediacao>. Acesso em 20/02/2018

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 20/02/2018

BRASIL, **Constituição política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao/24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/24.htm). Acesso em 21/02/2018

BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 20/02/2018

BRASIL. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm). Acesso em 20/02/2018

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 21/02/2018.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. acesso em 20/02/2018

CARNEIRO, Athos Gusmão. **A conciliação no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em 21.02.2018.

CASTRO, Meirebele Ferreira da Silva. **A justiça conciliativa e a dignidade da pessoa humana**. Monografia (pós graduação em Direito Processual Civil). UNIDERP. Campo Grande, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2015

GONZALEZ, Ewerton Zeydir. **Meios extrajudiciais e alternativos de solução de controvérsias: a arbitragem, a conciliação e a mediação - Seu uso pelas instituições financeiras**. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola Paulista de Direito. São Paulo, 2016.

MILARÉ, Gustavo. **O princípio da decisão informada na mediação**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266978,21048->. Acesso em 20/02/2018

MOURA, Andressa Pontes. **A mediação e a conciliação no novo código de processo civil: fundamentação e reflexos de sua aplicabilidade**. Monografia (pós graduação em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Maceió: 2016

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. V. único. 9 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017

NUNES, Juliana Raquel. **A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise do Novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Frademir. **Desjudicialização de conflitos – pautas concentradas de audiências – propostas para o resgate do relacionamento com o cliente**. Monografia (MBA em Direito Bancário). FGV. São Paulo: 2015

**Ordenações Filipinas**. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 21/02/2018

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2015**, Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em 21/02/2018

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo de acordo com a Lei 13.256/2016**. 2 ed.,. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.