

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Carolina Pasqualette Buarque Goulart

A MEDIAÇÃO E O PROCEDIMENTO ESPECIAL DAS
AÇÕES DE FAMÍLIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Carolina Pasqualette Buarque Goulart

A MEDIAÇÃO E O PROCEDIMENTO ESPECIAL DAS
AÇÕES DE FAMÍLIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito Processual Civil**, sob a orientação da **Profª. Dra. Cristiane Druve Tavares Fagundes**.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

RESUMO

Em que pese o instituto da mediação já ser amplamente utilizado em outros ordenamentos como método alternativo de solução de conflitos, tem-se que no Brasil o instituto passou a ganhar força com o advento da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) e do Código de Processo Civil de 2015. Isto porque a mediação, em comparação com os litígios judiciais, vem se mostrando um método de resolução de conflitos muito mais célere, econômico e eficaz, visto que são as partes quem decidem seu próprio conflito - com a ajuda de um mediador - o que evita desgastes futuros entre elas, principalmente quando possuem uma relação continuada, como nos casos de membros da mesma família. Desta forma, o presente trabalho acadêmico tem por objetivo analisar a introdução do instituto da mediação na legislação brasileira, sobretudo no Procedimento Especial das Ações de Família inserido no Código de Processo Civil de 2015. Por meio de método analítico baseado em pesquisa doutrinária e legislativa, buscou-se - após breves esclarecimentos a respeito do instituto da mediação e suas principais características - avaliar a forma com que a mediação, tanto judicial quanto extrajudicial, vem sendo regida no Brasil e os efeitos de sua inserção na lei processual como alternativa prioritária à resolução dos conflitos, em especial os familiares. Por fim, se abordará especificamente as regras contidas no Procedimento Especial das Ações de Família do Código de Processo Civil, apontando atuais discussões a respeito de alguns dispositivos nele contidos e demonstrando a adequação dos esforços para que o litígio em casos dessa natureza seja sempre a última alternativa.

Palavras chave: Mediação. Lei da Mediação. Código de Processo Civil. Consenso. Família.

ABSTRACT

Although the institute of mediation is already widely used in other jurisdictions as an alternative method of conflict resolution, in Brazil the institute began to gain strength with the advent of Law 13.140/2015 (Mediation Law) and the Civil Procedure Code of 2015. This is because mediation, compared to judicial litigation, has proven to be a much more rapid, economic and effective method of dispute resolution, given that the parties - with the help of a mediator - decide their own conflict avoiding future distress, especially when the parties have a continuous relationship, as in the cases of members of the same family. Thus, the objective of this academic work is to analyze the introduction of the mediation institute in Brazilian legislation, mainly in the Special Procedure of Family Lawsuits included in the Civil Procedure Code of 2015. Through an analytical method based on doctrinal and legislative research, it was sought – after brief clarifications regarding the mediation institute and its main characteristics – to evaluate the way in which mediation, both judicial and extrajudicial, has been ruled in Brazil and the effects of its insertion in the procedural law as a priority alternative to solve the conflicts, especially the family disputes. Finally, it will examine specifically the rules contained in the Special Procedure of Family Lawsuits of the Civil Procedure Code, pointing out current discussions about some of its articles and demonstrating the adequacy of efforts so that litigation is the last alternative in family conflicts.

Key words: Mediation. Mediation Law. Civil Procedure Code. Consensus. Family.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A MEDIAÇÃO.....	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Diferenças entre mediação e conciliação.....	16
1.3 Características da mediação.....	19
1.3.1 Privacidade e confidencialidade.....	20
1.3.2 Economia e celeridade.....	21
1.3.3 Oralidade.....	21
1.3.4 Preservação das relações.....	22
1.3.5 Autonomia das decisões.....	23
1.3.6 Isonomia entre as partes.....	23
1.4 Aplicação da mediação judicial e extrajudicial.....	24
2 A MEDIAÇÃO NA ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	27
2.1 Breve histórico sobre a evolução normativa da mediação.....	27
2.2 Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015).....	29
2.3 A mediação no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).....	33
2.4 Divergências e conflitos entre a Lei da Mediação e o CPC/15.....	37
3 MEDIAÇÃO NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DAS AÇÕES DE FAMÍLIA DO CPC/15.....	41
3.1 As especificidades do Direito de Família.....	41
3.2 Procedimento especial das ações de família no CPC/15.....	44
3.2.1 Âmbito de aplicação do procedimento especial das ações de família.....	47
3.2.2 Da obrigatoriedade de comparecimento à audiência prévia de mediação...	49
3.2.3 Do mandado de citação para comparecimento à audiência prévia de mediação.....	53
3.2.4 Das sessões de mediação nas ações de família.....	55
3.2.5 O papel do advogado nas sessões de mediação.....	58
4 CONCLUSÃO.....	61
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

Uma das grandes inovações do Código de Processo Civil de 2015 foi a introdução do instituto da mediação em seu texto como um método de resolução consensual dos conflitos, o qual deve, junto com a conciliação, ser priorizado em todos os momentos do processo pelos operadores e aplicadores do Direito.

Em conjunto com a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar da mediação, pretende estimular a resolução consensual dos conflitos, não só com o intuito de “desafogar” o Judiciário, mas sobretudo em razão dos diversos benefícios deste método em comparação ao processo tradicional, promovendo uma significativa mudança na “cultura do litígio” que sempre existiu no Brasil.

Nesse sentido, ao contrário do processo litigioso, onde um terceiro (Estado-juíz) impõe uma solução ao conflito nem sempre satisfatória, e da qual quase sempre alguém sai se sentindo lesado, a mediação busca abrir um canal de comunicação entre as partes, fazendo com que elas próprias, com a ajuda de um mediador, cheguem a uma solução mais eficaz para a controvérsia, facilitando que as partes mantenham uma relação harmônica no futuro.

O instituto ganha ainda maior importância nos conflitos relacionados ao Direito de Família, que, por tratarem de questões mais delicadas e continuadas, muito se beneficiam de uma autocomposição baseada na comunicação entre as partes. Não por outra razão foi criado no Código de Processo Civil de 2015 um Capítulo especialmente para tratar das ações dessa natureza, onde a mediação é o grande destaque.

No entanto, apesar da louvável iniciativa do legislador em disciplinar o instituto da mediação, tanto judicial quanto extrajudicial, as leis sancionadas em 2015 ainda geram diversas dúvidas quanto a sua aplicação e interpretação, inclusive no que tange a aparentes conflitos existentes entre ambas.

Desta forma, em razão da relevância do tema e da recente modificação da legislação, pretende-se esclarecer o que é de fato a mediação, como ela vem sendo aplicada no Brasil, bem como abordar os maiores questionamentos a respeito de seus regramentos, enfatizando sua utilização nas ações de Direito de Família.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A MEDIAÇÃO

1.1 Conceito

A mediação é um processo de resolução pacífica e não adversarial¹ de conflitos que tem aplicação em diversas áreas do conhecimento.

Conforme elucida Petrônio Calmon Filho (2005, p. 156), “o vocábulo *mediação* provém do latim *mediare* = estar no meio, que, exprime um conceito de neutralidade do mediador”.

No âmbito do Direito, a Lei nº 13.140/15, conhecida como “Lei da Mediação” (LDM), conceitua a mediação, já em seu art. 1º, parágrafo único, como: “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” (BRASIL, 2015).

De se notar que esse conceito constante da LDM, apesar de correto, não abrange todas as características próprias da mediação, como por exemplo, a sua aplicação preferencialmente em casos onde a relação é continuada - conforme bem frisado pelo Código de Processo Civil –, o que pode causar uma certa confusão entre os institutos da mediação e da conciliação.

Conceito similar ao da LDM se extrai do Manual de Mediação Judicial do CNJ (2016, p. 20), segundo o qual a mediação seria:

[...] um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

¹ Resolução não-adversarial do conflito, de acordo com Garcez (2004, p. 1-8), representa um novo tipo de cultura na solução de litígios, por distanciar-se do antagonismo de disputa entre autor e réu no judiciário em prol da negociação entre as partes direcionando-se à pacificação social.

Já a doutrina conceitua a mediação sob diversos enfoques, ora atribuindo maior importância ao papel do mediador, ora ao diálogo entre as partes envolvidas, ora à resolução do conflito em si.

Jean-Pierre Bonafé Schmitt (1992, p. 16-17), por exemplo, ressalta o trabalho do mediador como sendo essencial para restabelecer a comunicação entre as partes ao conceituar a mediação como sendo:

[...] um processo pelo qual um terceiro neutro tenta, por meio da organização da comunicação entre as partes, que estas confrontem seus pontos de vista e encontrem, com a sua ajuda, uma solução para o conflito existente entre eles².

No mesmo sentido dispõe Luchiari (2012, p. 14), segundo o qual a mediação é o meio de solução de conflitos, no qual um terceiro facilitador, num ambiente sigiloso, auxilia as partes em conflito no restabelecimento do diálogo, investigando seus reais interesses, através de técnicas próprias, e fazendo com que se criem opções, até a escolha da melhor, chegando as próprias partes à solução do problema, o que redundará no seu comprometimento.

María Celia De La Cruz Quirosa (1999, p. 21), doutrinadora argentina, também destaca a presença do mediador ao conceituar que:

Mediação é uma negociação colaborativa, assistida por um terceiro neutro. Também pode-se dizer que a mediação é um procedimento não adversarial, no qual um terceiro neutro ajuda as partes a negociar para chegarem a um acordo satisfatório para ambas³.

Outra forma de se conceituar a mediação é exaltando a participação das partes como protagonistas na tomada das próprias decisões até chegarem a um acordo sobre o conflito existente entre elas. Assim, a mediação seria: “[...] um mecanismo para a solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias

² “Ai-je défini la médiation comme étant un processus la plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l’organisation d’échanges entre les parties de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit que les oppose”.

³ “Mediación es una negociación colaborativa, asistida por um tercero neutral. También puede decirse que la mediación es um procedimiento no adversarial, en que um tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a um acuerdo satisfactorio para ambas”.

partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos” (Araujo, Silveira, Dytz, 1997, p. 442).

Susana Figueiredo Bandeira (2002, p. 116), doutrinadora do direito português, também enfatiza a resolução do conflito pelas próprias partes envolvidas, além de abordar a multidisciplinaridade da mediação, conforme a seguinte conceituação:

A Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de natureza privada, informal, confidencial, não adversarial, voluntária e de natureza não contenciosa, em que as partes, com sua participação activa e directa, são auxiliadas por um Mediador que apenas assume o encargo de as aproximar, de as ajudar a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que entre elas emergiu.

A Mediação é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis, de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a Mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios, e, por causa disso, acolhida já por inúmeros ordenamentos jurídicos.

Talvez por conta da diversidade de áreas nas quais a mediação pode ser aplicada, e até da multidisciplinaridade utilizada na mediação para solucionar conflitos jurídicos, seja tão difícil de se uniformizar seu conceito. Mesmo porque, conforme lembra Ivan Aparecido Ruiz (2005, p. 7), o conceito de mediação sempre irá variar “conforme o momento em que a mediação é realizada (extraprocessual e endoprocessual) e até mesmo conforme a maneira de o mediador agir para a solução dos conflitos de interesse (podendo apontar ou não solução)⁴”.

Aliás, por utilizar-se a mediação em casos de relações continuadas, como, por exemplo, em conflitos familiares, a solução do conflito por meio do acordo não é o único objetivo, visando-se na mediação, acima de tudo, a melhora na relação entre as partes envolvidas, estabelecendo uma convivência harmônica entre elas no futuro.

Portanto, independentemente do conceito que se utilize, fato é que a mediação é um método eficaz de autocomposição já muito utilizado em ordenamentos

⁴ Apesar de haver autores que sustentem que o mediador, além de desenvolver técnicas de aproximação entre as partes, poderia também apontar eventuais soluções para a controvérsia, Ivan Aparecido Ruiz entende, como a maioria da doutrina, que tal conduta seria própria da conciliação e não da mediação (2005, p. 7).

estrangeiros, e que foi introduzido nas leis pátrias com o escopo não só de tentar desafogar o Judiciário brasileiro, assoberbado pelo volume de demandas, mas também para tentar uma gradual modificação cultural da litigiosidade enraizada no Brasil e, conseqüentemente, promover a pacificação social por meio desse método onde ambas as partes saem ganhando.

1.2 Diferenças entre mediação e conciliação

Tanto a mediação quanto a conciliação são técnicas de autocomposição que aparecem como meios alternativos de solução de controvérsias.

Ocorre que, apesar de cada uma dessas técnicas possuir algumas características próprias, o Direito brasileiro ainda não encontrou uma maneira de diferenciar claramente a mediação da conciliação, de forma a muitas vezes coincidirem ambos os conceitos.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 275), por exemplo, leciona que:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito.

Por sua vez, Petrônio Calmon (2007, p. 119-122) aponta diferenças nos procedimentos, entendendo que a mediação seria a ingerência de um terceiro facilitador, mediador, em uma negociação já existente entre as partes, e que apenas ampliará os canais de comunicação entre elas, sem qualquer poder de decisão.

A conciliação, por sua vez, seria realizada diretamente pelo juiz ou por pessoa que faça parte do aparelho judiciário, sendo que o terceiro imparcial, conciliador, “manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo” (Idem, p. 142-144).

O que se infere do entendimento de Calmon é que uma das diferenças entre as duas técnicas seria a forma de participação do terceiro, vez que ao conciliador seria permitido manifestar sua opinião sobre o conflito e sugerir soluções, enquanto o mediador somente figuraria como alguém para facilitar a comunicação entre as partes e coordenar as discussões até que elas próprias cheguem a um acordo. No entanto, nas palavras de Petrônio Calmon Filho (2005, p. 154):

O mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de ideias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes. Ele se vale de técnicas especiais e com habilidade escuta as partes, as interroga, apaga o problema, cria opções e tem como alvo que as partes cheguem à sua própria solução para o conflito (autocomposição). É fundamental que o mediador não expresse sua opinião sobre o resultado do pleito. Tal atitude consiste na regra de ouro do mediador, característica que diferencia a mediação de outros mecanismos que igualmente visam a obtenção da autocomposição.

No mesmo sentido o CPC em vigor, em seu art. 165 §§ 2º e 3º, estabelece que o conciliador “poderá sugerir soluções para o litígio” enquanto o mediador auxiliará as partes a “identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL, 2015).

Há ainda autores que tratam da mediação e da conciliação como se fossem duas espécies advindas do mesmo gênero, apontando como a maior divergência entre os métodos a relação existente entre as partes.

Este entendimento é expressado por Yann Duzert e Humberto Dalla Bernadina de Pinho (2011, p. 334), os quais tratam de mediação ativa (que seria a conciliação, onde haveria a atuação do “mediador com músculos”) e de mediação passiva (que seria a mediação *stricto sensu*, ou “metamediação”).

Luis Fernando Guerrero (2014, p. 6) aponta ainda que a conciliação se relacionaria mais com conflitos “unidimensionais” (que seriam as relações que envolvem interesses pontuais das partes, os quais, fora a questão litigiosa, não envolveria carga emocional), e a mediação se relacionaria com conflitos “multidimensionais” (que envolveriam interesses e valores inter-relacionados). Ou

seja, a conciliação teria foco no acordo propriamente dito, enquanto o foco da mediação seria na manutenção da boa relação entre as partes.

Abordagem interessante é feita por Águida Arruda Barbosa (2003, p. 56), segundo a qual:

Outro aspecto diferenciador é que a Mediação se constitui com vista ao futuro, já a arbitragem e a conciliação ocupam-se do presente e do passado. À mediação interessa retomar o conflito desde a sua fonte, não com a finalidade de analisa-lo – função exclusiva das ciências de saúde mental e da Medicina – mas apenas, para reconhecê-lo, e, dando-lhe novo significado, possibilitando aos mediandos nortear o futuro para um novo sentido.

Outra diferença apontada pela autora (Idem, p. 91) é a de que “enquanto a mediação é uma dinâmica ternária, portanto afeita à natureza humana, a conciliação é uma dinâmica binária, que abstrai o conflito, já que o objetivo desta é pôr fim à demanda”.

Nem mesmo o Código de Processo Civil de 2015 conseguiu esclarecer de forma satisfatória a diferença entre os dois métodos, sobre os quais trata de maneira conjunta e sem qualquer conceituação. No entanto, o mencionado *Codex* aponta os casos para os quais cada um dos métodos é indicado, bem como o comportamento esperado do mediador e do conciliador.

Nesse sentido, conforme já dito, a respeito da conciliação o CPC traz em seu artigo 165, §2º que “o conciliador que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (BRASIL, 2015).

Já em relação à mediação, o CPC estabeleceu, em seu artigo 165, §3º, que o mediador atuará “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” (BRASIL, 2015).

Desta forma, em que pese não haver em nosso sistema jurídico uma diferenciação clara entre os dois métodos, pode-se, pelos parâmetros da lei e doutrina, entender que a conciliação é um método utilizado em casos onde não há vínculo emocional anterior entre as partes, focado exclusivamente na elaboração de um acordo, podendo o conciliador atuar como um terceiro mais participativo, inclusive sugerindo às partes algumas possibilidades de resolução do conflito.

No que tange à mediação, pode-se concluir que seria um método utilizado em casos onde já exista um vínculo anterior entre as partes, havendo, portanto, a intenção não só de se chegar a um acordo final, como de preservar a relação dos envolvidos e a paz social.

Nesse sentido, pelo entendimento que se pode extrair do CPC e doutrina relacionada a essa temática, na mediação o mediador tem um papel menos ativo, tendo como função auxiliar e conduzir as partes a pensarem por si próprias nas melhores soluções até que cheguem a um consenso de forma espontânea, sendo o acordo ao final uma mera consequência do diálogo estabelecido.

1.3 Características da mediação

Conforme visto acima, a mediação possui características próprias, que a diferencia dos demais métodos de resolução de conflitos e faz com que ela seja um dos procedimentos mais eficazes para se chegar a uma solução que realmente resolva (e não só faça com que termine) o conflito entre as partes.

Dentre as inúmeras características próprias da mediação, podemos destacar a privacidade, a confidencialidade, a economia, a celeridade, a oralidade, a preservação da relação entre as partes, a autonomia das decisões e a isonomia entre as partes.

1.3.1 Privacidade e confidencialidade

Os únicos indivíduos que têm conhecimento do que está sendo discutido em uma mediação são as partes e o mediador, o qual tem a obrigação de manter sigilo sobre qualquer fato ou questão levantada durante as seções de mediação, sigilo esse que somente pode ser quebrado mediante: (i) a vontade das partes; (ii) nos casos em que a lei exija a sua divulgação ou seja necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação; ou, (iii) quando a informação for relativa à ocorrência de crime de ação pública e quando forem prestadas informações à administração tributária após o termo final da mediação, em razão da primazia do interesse público sobre o interesse privado.

A Lei da Mediação trata especificamente da confidencialidade nos arts. 30 e 31, onde impõe o dever de confidencialidade a todos os participantes do procedimento de mediação, inclusive determinando que serão absolutamente inválidas todas as provas que porventura venham a ser produzidas em desacordo com as regras de confidencialidade previstas em lei.

João Luiz Lessa Neto (2017) divide a confidencialidade em (i) externa e (ii) interna. A confidencialidade externa (ou perante terceiros) seria a possibilidade de as partes poderem estabelecer para quais fins poderão ser utilizadas as informações produzidas durante o esforço de resolução consensual, não sendo permitido à parte divulgar, sem o consentimento da outra, o conteúdo das discussões, ressalvada a comunicação com seu advogado.

Já a confidencialidade interna (ou em face do julgador) seria o fato de o juiz, em regra, não poder participar das audiências de mediação para que não fique influenciado pelas tratativas das partes, restando impedidas as partes de se utilizarem de qualquer material produzido durante as negociações em uma fase posterior do processo submetido à análise do julgador.

Assim, a privacidade e a confidencialidade nos procedimentos de mediação trazem como resultado não só uma maior confiança no procedimento, como uma maior sinceridade no que é dito pelas partes, ou seja, uma maior liberdade de as

partes expressarem suas reais vontades, incômodos e necessidades, sem o receio de verem prejudicada sua estratégia jurídica em uma eventual posterior fase litigiosa, o que conseqüentemente acaba produzindo um resultado mais satisfatório para a resolução do conflito.

1.3.2 Economia e celeridade

Ao ingressarem com uma ação perante o Poder Judiciário, as partes contam com um terceiro “imparcial”, o magistrado, que julgará a controvérsia apresentada de acordo com sua convicção e o conjunto probatório produzido nos autos. Normalmente, todo o procedimento do devido processo legal demanda um enorme lapso de tempo e envolve um desgaste emocional e financeiro das partes, sendo certo que, ao final, um sairá vencedor e o outro perdedor, e normalmente ambos insatisfeitos.

Uma das grandes vantagens da mediação é que, como as partes é que vão resolver seu próprio conflito, estas já iniciarão o procedimento de mediação com alguma ideia do que entendem ser bom para si, sendo que contam com o mediador para clarear suas ideias e colocá-las no papel em forma de acordo.

Deste modo, invariavelmente, esse processo de mediação se dará de forma muito mais célere do que a resolução litigiosa, ensejando assim não somente economia de tempo, mas também uma enorme economia financeira, pois quanto mais o litígio se alonga por conta da fase instrutória, dos possíveis recursos e do assoberbamento do Poder Judiciário, maiores os gastos que as partes têm que dispende.

1.3.3 Oralidade

Por ser um método extremamente informal, a mediação permite que as partes debatam seus problemas pessoal e diretamente até chegarem a um denominador comum.

As partes, quando se encontram envolvidas em conflitos, mesmo tendo a consciência da questão material objeto do litígio, não deixam de carregar consigo uma

carga emocional muito grande; geralmente se sentem vítimas, e culpam o outro por aquela situação. Assim, o mediador deve interferir nesses casos onde o emocional estiver predominando, procurando minimizar a interferência deste, que só servirá para conturbar cada vez mais as partes, prejudicando o processo (LAGO, A.; LAGO, C., 2002, p. 11).

Por isso, é importante que as partes tenham a liberdade de expressar tudo aquilo que as incomoda e de ouvir as razões do outro, facilitando a reaproximação e diálogo entre ambas. E com a ajuda do mediador, separar os problemas periféricos do que deve ser efetivamente debatido, chegando-se a uma solução objetiva e satisfatória do problema central.

Isso não ocorre no Judiciário, onde as partes se comunicam por palavras escritas excessivamente formais, impessoais e muitas vezes despidas de veracidade, submetendo-se a audiências de tempo limitado e onde suas colocações são tomadas a termo e levadas em conta pelo juiz para o julgamento do feito, inexistindo, assim, um verdadeiro e sincero debate entre elas.

1.3.4 Preservação das relações

Diferentemente do litígio, onde o que se leva em consideração são os fatos e provas produzidos pelas partes, na mediação, o que se busca é a reaproximação das partes e, conseqüentemente, a restauração das relações e comunicação entre elas, a fim de facilitar a efetiva e definitiva resolução do conflito de interesses existente, o que acaba por proporcionar também a pacificação social.

O mediador é a figura essencial nessa reaproximação, pois utiliza de técnicas de manejo comportamental previamente programadas para estimular as partes a participarem de forma ativa e proveitosa de todo o processo, chegando a uma decisão realmente efetiva e definitiva.

1.3.5 Autonomia das decisões

A primeira decisão tomada pelas partes é se querem ou não participar da mediação, podendo desta desistir a qualquer momento. O importante é que a participação de cada um se dê de forma voluntária e consciente.

No decorrer das sessões de mediação, as partes vão tomando algumas decisões conjuntas até que se chegue a uma resolução final que esteja a contento de ambos, quando então esta é reduzida a termo em ato jurídico apropriado.

Assim, em linhas gerais, quem toma todas as decisões sobre a solução do conflito são as próprias partes com a ajuda do mediador, que poderá, diga-se, ser escolhido de comum acordo entre elas.

1.3.6 Isonomia entre as partes

As partes devem estar e se sentir em condições de igualdade para que haja sucesso nas negociações da mediação, pois a existência de qualquer sentimento que sirva para que a parte abra mão ou aceite algo que não deseja, não fará com que o problema seja resolvido de forma satisfatória.

Por isso, o mediador deve sempre estar atento a possível existência de sentimentos que atrapalhem as partes a tomarem suas próprias decisões de forma sincera, identificando-a e tentando equilibrá-la por meio de amparo à parte supostamente mais fraca até que as partes fiquem em nível de paridade nas discussões a respeito do conflito.

É importantíssimo que a harmonia e o diálogo entre as partes sejam restaurados para que elas possam resolver o problema de uma forma que as satisfaça internamente, evitando, assim, que o conflito seja retomado no futuro, como muitas vezes acontece quando acordos são feitos no Judiciário.

1.4 Aplicação da mediação judicial e extrajudicial

A mediação pode ser aplicada em qualquer tipo de disputa, desde que haja o interesse das partes em se valerem deste meio de resolução de conflitos.

De acordo com o art. 3º, da Lei nº 13.140/2015, pode ser objeto de mediação o conflito, ou parte dele, que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, desde que haja homologação em juízo e seja exigida a oitiva do Ministério Público (§ 2º).

A instauração da mediação é possível tanto antes da formação de uma demanda (extrajudicial) quanto depois da instauração de procedimento judicial (judicial), sendo que, neste último caso, deverão as partes requerer ao juiz a suspensão do processo.

Na mediação extrajudicial, qualquer pessoa capaz e de confiança das partes pode atuar como mediador, não havendo necessidade, conforme art. 9º da Lei de Mediação, que o mediador faça parte de qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, podendo as partes ser assistidas por advogados ou defensores públicos (art. 10 da LDM).

Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Matheus Sousa Ramalho (2017, p. 06) bem observam que “não há impedimento para que funcionário público, por exemplo, atue como mediador extrajudicial”.

O Código de Processo Civil regulamenta quase que exclusivamente a mediação judicial, a qual possui regramento específico que a difere em muito da mediação extrajudicial.

Um exemplo disso é que no caso da mediação judicial, em vez de o mediador ser um terceiro escolhido pelas partes, ele é um auxiliar do juízo cadastrado nos registros do Tribunal de Justiça e o qual é designado pelo Centro de Solução de Conflitos por mecanismo interno de sorteio, sendo que as partes obrigatoriamente deverão estar assistidas por advogado ou defensor público.

O mediador judicial também deve ser 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.

Os custos dos serviços do mediador extrajudicial não estão previstos em lei, enquanto os custos do mediador judicial deveriam ser arbitrados pelo Tribunal em que tramita o litígio, ressalvada a possibilidade de realização de trabalho voluntário pelo mediador, o que na prática é o que vem ocorrendo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

De acordo com matéria veiculada no *site* do Consultor Jurídico (Conjur) em 02 de agosto de 2017 (LUCHETE, 2017), os reiterados pedidos de verba feitos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para remunerar conciliadores e mediadores que atuam nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) têm sido ignorados na Lei Orçamentária nos últimos anos, o que inclusive chegou a gerar paralizações de Cejuscs no Estado no ano de 2016.

Desta forma, tanto mediadores quanto conciliadores vêm atuando de forma voluntária no Estado de São Paulo, embora a Lei Estadual nº 15.804/2015 tenha fixado em seu art. 2º remuneração equivalente a duas unidades fiscais (UFESPs) por hora, o que atualmente equivale a R\$50,14, tendo fixado ainda, em seu art. 1º, um teto de 16 horas semanais (SÃO PAULO, 2015).

A esse respeito, Fredie Didier Jr. (2015, p. 276) defende que “É importante que se encare este tipo de atuação como uma atividade remunerada, até mesmo para que haja um aprimoramento do nível desses auxiliares da justiça”.

Quanto ao resultado da mediação, havendo a celebração de acordo, este constitui um título executivo extrajudicial ou judicial, a depender do tipo de mediação realizada.

Por fim, podem contratar a mediação tanto particulares (pessoas físicas ou jurídicas) quanto entes de direito público⁵, e, como visto, em qualquer tipo de disputa. No entanto, de acordo com Andréa e Cristiano Lago (2002, p. 13):

[...] a mediação deve atuar como complemento da atividade jurisdicional, por inadequação da jurisdição tradicional para solução de conflitos de massa, pelo aumento do contencioso, buscando assumir parcelas de causas, principalmente sobre consumo, locação, direito de vizinhança, e direito de família, buscando justiça mais comunitária, fundada na conciliação e não na concepção legalista de “norma e sanção”.

Nesta senda, é certo que atualmente a mediação no Brasil é muito aplicada em conflitos relacionados de direito de família, onde seu resultado costuma ser eficaz e satisfatório.

⁵ A Lei da Mediação determina, nos artigos 32 a 40, os termos e condições em que o Estado poderá utilizar a mediação para resolver seus conflitos.

2 A MEDIAÇÃO NA ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 Breve histórico sobre a evolução normativa da mediação

Apesar de a mediação ser utilizada como meio de resolução de conflitos e pacificação social desde as primeiras civilizações do mundo, por meio da religião e dos costumes, sua organização como técnica e sistema estruturado teria surgido somente a partir do século XX, difundindo-se primeiramente em países do oriente, especialmente Japão e China, conforme elucidam Cristiano e Andréa Lago (2002, p. 03).

Com a emigração de japoneses e chineses para a Europa e os Estados Unidos, essa prática começou a se espalhar pelo ocidente, sendo que devido à influência oriental, os norte-americanos começaram a utilizar a mediação já na década de 70, com fins de desafogar o judiciário que se encontrava extremamente assoberbado em razão do apogeu do movimento de “acesso à justiça” (Idem, p. 03).

Já no Brasil, a mediação começou a ser introduzida somente na década de 90, sendo que, conforme leciona Águida Arruda Barbosa (2001, p. 01), em 1995, em São Paulo, o extinto IBEIDF (Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família) teria tomado a iniciativa de instituir uma comissão para o estudo da Mediação Familiar.

Tal comissão, ainda de acordo com a doutrinadora, teria logo chegado à conclusão de que a mediação vinha agrupando duas tendências distintas. Uma delas era proveniente da Argentina, que por sua vez se espelhava na experiência norte-americana e a outra, com características bem diferentes, era proveniente da Europa.

A vertente Argentina (norte-americana), que teria como objetivo aliviar o judiciário, seria focada na negociação. O escopo dessa vertente seria exclusivamente a realização do acordo entre as partes, sem maiores preocupações com as causas do conflito e sua efetiva e permanente resolução.

Por sua vez, a vertente europeia, encabeçada pela França, teria sido estruturada sob o enfoque da interdisciplinaridade, e, portanto, da transformação do conflito, preocupando-se com a resolução da controvérsia como um todo e a prevenção de novos conflitos dele decorrentes.

Ainda, segundo Águida Barbosa, foi norteador pelo modelo europeu da interdisciplinaridade que, no âmbito da legislação civil, um grupo de pesquisadores brasileiros⁶ no qual a própria doutrinadora estava incluída, tomou a iniciativa da elaboração de um projeto de lei que instituiu a mediação no Brasil, sendo que em 1998 o estudo desenvolvido pelos pesquisadores foi adotado pela Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro e deu origem ao Projeto de Lei nº 4.827/98, o qual, após sofrer significativas modificações em seu texto ao longo dos anos, acabou não mais avançando.

Paralelamente, com o tema da mediação cada vez mais em debate, o CNJ editou em 2010 a relevantíssima Resolução nº 125, que passou a indicar a mediação como um meio de resolução de conflitos a ser adotado pelos tribunais pátrios, determinando ao Poder Judiciário a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), estabelecendo uma metodologia para a utilização da mediação e destacando a importância da devida capacitação dos mediadores. A partir de então, começaram a surgir diversos projetos de lei sobre o tema.

Nessa esteira, após a análise de três projetos de lei (PLS 517/2011, 405/2013 e 434/2013) o Senado apresentou projeto substitutivo à Câmara dos Deputados (PL 7.169/2014), ao qual foi apresentado novo substitutivo pelo Deputado Sergio Zveiter, enfim aprovado pelo Senado em 2015 e sancionado pela então presidente da república Dilma Rousseff, tendo assim surgido a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015).

No mesmo ano de 2015 foi sancionado o novo Código de Processo Civil, cujo texto, seguindo todo esse cenário de estímulo à resolução consensual dos conflitos,

⁶ O Projeto de Lei nº 4.827/98 foi de autoria da advogada e mediadora Águida Arruda Barbosa, do então Desembargador do TJSP Antonio Cesar Peluso, das psicanalistas e mediadoras Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga e do advogado Luís Caetano Antunes.

prevê expressamente o uso da mediação no âmbito do judiciário, apesar de ainda fazer uma certa confusão entre mediação e conciliação e de conflitar em alguns pontos com a Lei da Mediação, conforme será exposto adiante.

No entanto, fato é que o sancionamento de ambas as leis demonstra um imenso avanço rumo à almejada substituição paulatina da “cultura da sentença”, tão arraigada no Brasil, pela “cultura da pacificação”, conforme análise de Kazuo Watanabe (2005, p. 690).

2.2 Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015)

Conforme relembra Fernanda Tartuce (2016, p. 02), por muito tempo a ausência de um marco legal para a mediação causou inquietação no meio jurídico, uma vez que a falta de previsão legal acarretava em algumas pessoas insegurança em optar pela utilização do instrumento.

Desta forma, a Lei da Mediação, promulgada em data muito próxima à da aprovação do CPC de 2015, buscou atender a esses anseios de regulamentação da mediação, disciplinando o instituto e inovando especialmente ao regular a mediação extrajudicial.

De se lembrar que, até então, os mediadores que atuavam no Poder Judiciário tinham como diretriz a Resolução 125 do CNJ, que traz até mesmo o Código de Ética ao qual os mediadores judiciais ficam sujeitos, sendo que os mediadores privados não contavam com qualquer norma oficial que regulasse sua atuação.

O art. 1º da LDM, além de conceituar a mediação, conforme visto no item 1.1 acima, informa o objetivo da Lei como sendo dispor “sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Entretanto, sendo a mediação entre particulares (em especial no âmbito do Direito de Família) o foco do presente estudo, não adentraremos nos procedimentos concernentes à mediação no âmbito da administração pública.

Feito o esclarecimento acima, mister salientar que, em que pese esse primeiro esforço em implementar a mediação na legislação brasileira, verifica-se que, em alguns pontos, a LDM ainda é muito vaga e omissa, servindo mais como um roteiro a respeito do procedimento da mediação (sobretudo a extrajudicial) do que de uma lei com regras claras de cumprimento efetivo.

Fernanda Tartuce (2016, p. 05-06) ressalta que por conta da evolução da prática da mediação no Brasil, que vinha ocorrendo com êxito, alguns estudiosos defendiam sequer haver necessidade de uma regulação detalhada sobre o tema. De outra banda, existiam aqueles que entendiam pela sua necessidade, principalmente para que houvesse previsão expressa a respeito do caráter vinculante da cláusula compromissória de mediação, no procedimento extrajudicial.

Nesse ponto, a LDM, se mostrou eficiente ao enfatizar o caráter obrigatório da cláusula de mediação, pois estabelece a obrigatoriedade de previsão contratual de sanções pelo seu descumprimento, conforme se denota do art. 22, IV⁷, além de prever que, no silêncio da cláusula de mediação, a ausência da parte convidada à primeira reunião acarretará a assunção, por parte desta, de 50% das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora do conflito no âmbito judicial ou arbitral (art. 22, §2º, IV).

No entanto, inclusive e sobretudo em razão do princípio da voluntariedade que rege a mediação, tais dispositivos da LDM não forçam a realização da mediação, somente estimulando sua ocorrência com a previsão de sanções àquele que não comparecer ao procedimento.

O art. 23, por sua vez, também se mostra efetivo ao obstar o prosseguimento do processo judicial ou arbitral no caso de terem as partes, ao prever contratualmente a cláusula de mediação, se comprometido a não iniciar processo litigioso durante certo prazo ou até implemente de certa condição. Importante destacar que a LDM preservou

⁷ Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:
(...)

IV – penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

o princípio da voluntariedade nesse caso, vez que tal disposição contratual depende da vontade das partes.

A LDM também traz como um aspecto positivo os esclarecimentos sobre a atuação do mediador, prevendo quem pode ser mediador, como ele deve atuar, quais seus deveres e as condutas dele esperadas, apesar de não ter estatuído um Código de Ética completo para os mediadores privados, como fez a Resolução 125 do CNJ a respeito dos mediadores judiciais.

Outro aspecto importante da LDM, é o estabelecimento do dever de confidencialidade de todos os participantes do procedimento de mediação, bem como suas exceções (arts. 30 e 31), tanto no que tange a informações prestadas por uma das partes em relação às demais, quanto à terceiros.

Aliás, conforme já dito, a confidencialidade é um dos grandes atrativos do procedimento, tanto que vem em destaque na LDM, com uma Seção (IV) dedicada exclusivamente a esse princípio da mediação.

Por isso, a LDM não só lista todas as pessoas que devem zelar pela confidencialidade, detalhando a extensão dos seus efeitos, como também torna absolutamente inválidas todas as provas que porventura venham a ser produzidas em processo arbitral ou judicial em desacordo com o previsto na lei (art. 30, §2º).

As únicas exceções à regra da confidencialidade permitidas pela LDM foram a vontade das partes, a exigência de lei (art. 30, *caput*), a informação relativa a ocorrência de crime de ação pública (art. 30, §3º) e o dever de informações à Administração Tributária após o termo final da mediação (art. 30, §4º).

Já o art. 5º, prevê que aos mediadores em geral se aplicam as mesmas causas de impedimento e suspeição do juiz, sendo dever do mediador informar às partes, antes do início da mediação, qualquer fato que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade, podendo qualquer das partes recusar sua participação como mediador.

Nesse sentido, o mediador poderá se dar como impedido ou suspeito nos conflitos em que já tiver atuado anteriormente, a qualquer título, bem como em questões nas quais, por motivos de foro íntimo, não possa atuar de forma imparcial⁸.

Alguns criticam a LDM no sentido de ter sido muito dura com o mediador ao proibir, pelo prazo de um ano contado do término da última audiência em que atuou, que ele atue como assessor ou represente qualquer das partes participantes do processo de mediação por ele conduzido (art. 6º). Porém, essa previsão é importante no sentido de buscar assegurar às partes mediadores imparciais.

Tem-se ainda que pela redação do art. 7º ao mediador jamais será permitido atuar como árbitro ou testemunha em processos judiciais ou arbitrais que digam respeito a conflito no qual tenha participado como mediador.

Essa regra, segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Matheus Sousa Ramalho (2017, p. 05), apesar de ser severa, é de extrema importância para (i) garantir a imparcialidade na atuação dos mediadores; (ii) propiciar a especialização dos mediadores no exercício de sua função, na medida em que fica impedido de atuar em áreas correlatas à mediação; e (iii) agregar maior confiança ao procedimento de mediação, vedando a utilização de informações nele obtidas.

Acredita-se também que a LDM surtirá efeitos positivos no que diz respeito às obrigações do Estado, não só impondo que seus órgãos disponibilizem a mediação à população, como que tal procedimento siga as regras estabelecidas pela lei.

Em que pese os pontos acima suscitados, alguns dispositivos da legislação ainda precisam de um maior esclarecimento. Nota-se, por exemplo, que o art. 4º, §2º assegura aos necessitados a gratuidade da mediação, porém, não deixa claro se tal benefício seria também assegurado na mediação extrajudicial.

⁸ Conforme causas de suspeição e impedimento previstas aos juízes nos artigos 144 e 145 do CPC de 2015.

Além disso, a LDM também assegura às partes a garantia de assistência por um defensor público na mediação extrajudicial (art. 10), não tendo sido específica, no entanto, a respeito dos requisitos da garantia.

De qualquer forma, apesar de o texto da LDM estar longe de ser ideal, essa lei simboliza um grande avanço para que a mediação passe a ser cada vez mais considerada pelos indivíduos como um meio de resolução de suas disputas antes de decidirem pelo litígio.

2.3 A mediação no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15)

É inegável que o Código de Processo Civil de 2015, ao incluir a mediação em seu texto, demonstrou que não está alheio à tendência de mudança comportamental que vem ocorrendo aos poucos no Brasil, na esteira de outros muitos outros países que há muito já se utilizam dos procedimentos consensuais como principais meios de resolução de conflitos, conforme já visto no item 2.1 acima.

Essa iniciativa veio em boa hora, não só pela celeridade, efetividade e economia que trará aos processos, princípios esses priorizados pelo CPC/15, como também, em última instância, pela importância na busca pela pacificação social.

Infere-se da Exposição de Motivos do anteprojeto do CPC/15 (2010, p. 22), a clara intenção de sua Comissão de Juristas no sentido de:

converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a *satisfação efetiva* das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Seguindo essa lógica, logo no início do texto do referido *Codex*, consta a determinação expressa de que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º), sendo que a mediação consta, junto com a conciliação, como sendo um procedimento a ser sempre estimulado pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, mesmo que no curso do processo judicial (art. 3º, §3º).

Esses dispositivos localizados já no art. 3º, indicam desde logo o espírito do CPC de 2015, que ao longo de todo seu texto faz inúmeras menções à “mediação”, “conciliação” e “autocomposição”, as quais demonstram a intenção do legislador de incentivar esses métodos no âmbito do Judiciário.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 274) chega a afirmar que:

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

Uma inovação do CPC é que, dentro do Capítulo III, que trata sobre os auxiliares da Justiça, a Seção IV (art. 165 ao 175) é toda dedicada aos conciliadores e mediadores, sendo que muitas das disposições lá contidas conversam com o teor da Resolução 125 do CNJ.

Em tal Seção constam os princípios norteadores da conciliação e mediação, a pretensa composição e funcionamento dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, os meios de atuação do conciliador e do mediador e seu dever de sigilo, seus impedimentos, remuneração, punições, entre outras disposições gerais.

Porém, a grande novidade do CPC de 2015 é a audiência prévia, anterior à contestação - e a princípio obrigatória – dedicada à tentativa de conciliação e mediação, inclusive com a possibilidade de haver mais de uma sessão, caso necessário, sendo que, na falta de comparecimento injustificada de qualquer das partes, lhe será aplicada multa (art. 334).

Muito se questiona quanto à essa obrigatoriedade de comparecimento das partes nas sessões prévias de mediação e conciliação, a qual somente não será designada caso ambas as partes se manifestem nesse sentido⁹. Isso porque alguns

⁹ Em dois casos o CPC/15 prevê a obrigatoriedade absoluta da realização da audiência prévia de mediação, independentemente da discordância das partes. São eles: (i) nas ações de família (art. 695), e (ii) nos litígios coletivos envolvendo a posse de imóveis, quando o esbulho ou turbação alegada na exordial houverem ocorrido há mais de um ano e dia.

entendem que, se a norma processual incluiu a autonomia da vontade no rol dos princípios informadores da mediação, a previsão da obrigatoriedade de sua realização seria completamente contraditória. Como membro dessa vertente, podemos citar Humberto Dalla Bernardina de Pinho, que, sobre o assunto, comenta (sem data):

Por outro lado, não concordamos com a ideia de uma mediação ou conciliação obrigatória. É da essência desses procedimentos a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

Mas é preciso buscar uma solução de equilíbrio entre essas duas vertentes.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

No entanto, forçoso concluir que a intenção de tal previsão não foi a de colocar um obstáculo ao exercício do direito de ação ou de beneficiar os litigantes de má-fé interessados na procrastinação do feito, mas sim de introduzir, nesse primeiro momento, uma mudança na cultura brasileira por meio de demonstração de que existem outros métodos de resolução de conflitos que não o litígio, a fim de que tais métodos sejam cada vez mais considerados pela população.

Ainda quanto às audiências de mediação, é de suma importância que estas sejam realizadas por profissionais capacitados para tanto, como prevê a lei (art. 334, §1º), e não pelo próprio juiz, não só pela eficácia do resultado a ser obtido, como também pela garantia da imparcialidade.

Sobre o assunto, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2014, p. 03) indaga como um juiz poderia não levar em consideração ou não ser influenciado por algo que ouviu numa das sessões de mediação, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente, dos autos?

Além disso, muitos juízes tratam a mediação e a conciliação como um meio de diminuir o número de causas que tramitam em suas Varas, ou até mesmo como forma de acelerar a resolução dos feitos, o que, segundo Fredie Didier Jr. (2015, p. 280), não é recomendável, vez que:

São outros valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador.

Na prática, pelo menos por ora, o que acaba ocorrendo, principalmente em comarcas pequenas onde os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ainda não foram implementados, é que ou o juiz não designa a audiência preliminar, ou ele mesmo a preside, o que acaba por inviabilizar a resolução do litígio.

Outra peculiaridade do CPC é que, apesar de distinguir o papel do mediador¹⁰ e do conciliador¹¹, na maior parte das previsões do Código ambos os institutos são tratados conjuntamente, como, por exemplo, no art. 334, §1º, que prevê a atuação do mediador ou do conciliador na audiência de mediação ou conciliação designada para data anterior à apresentação da defesa do réu. Note-se que nesse caso, caberá aos patronos das partes bem como ao Judiciário distinguirem o método consensual adequado para cada caso.

De se lembrar que o patrono do autor é quem terá que optar, já na petição inicial, pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação, atitude essa que passou a ser requisito obrigatório da petição inicial no CPC de 2015, conforme previsão do art. 319, VII.

Assim, caberá ao patrono do autor indicar, já na exordial, o método consensual que entende ser o adequado para o caso em concreto, cabendo ao Juiz e ao próprio CEJUSC, encaminhar o caso para o tipo de profissional apropriado após uma breve análise da demanda e da relação entre as partes, sobretudo considerando se há ou não vínculo anterior entre elas.

¹⁰ Art. 165 (...) §3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

¹¹ 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.

Um artigo que causa estranheza é o art. 359, que prevê que instalada a audiência de instrução e julgamento, o juiz tentará conciliar as partes independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, “como a mediação e a arbitragem”. Isso porque, em que pese a cláusula compromissória da arbitragem possua origem consensual, a solução decorrente da arbitragem não é consensual e sim imposta por terceiro (árbitro).

Um dispositivo constante exclusivamente do CPC e fortemente criticado é o §5º do art. 167, o qual determina que os mediadores e conciliadores judiciais cadastrados, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 07), tal dispositivo traz uma presunção completamente insensata de que o advogado possa aliciar clientela entre os participantes do processo consensual. Isso porque “a regulamentação da conduta ética e das sanções que podem ser impostas ao terceiro facilitador é mais que suficiente para desencorajar qualquer iniciativa nesse sentido”. Além do mais, salienta a ilustre doutrinadora que:

Parece, também, insultuoso para a classe dos advogados. Desencoraja os advogados a exercerem as funções de conciliador/mediador. E é de duvidosa aplicabilidade, pois o Estatuto da OAB – que tem nível de lei complementar - não prevê o impedimento.

Por fim, de se ressaltar que a mediação também é prevista especificamente nos litígios coletivos pela posse de imóvel (art. 565) e nas ações de família (art. 693 e ss.), onde o procedimento ganhou enorme destaque, o que será analisado pormenorizadamente mais adiante.

2.4 Divergências e conflitos entre a Lei da Mediação e o CPC/15

Apesar de terem sido sancionados no mesmo ano de 2015, a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil possuem algumas previsões conflitantes no que tange a mediação judicial, e o fato de a Lei de Mediação ter sido promulgada

posteriormente ao novo CPC¹² (em que pese ter entrado em vigor ainda em 2015¹³), faz com que muitos defendam que ela teria revogado os dispositivos do CPC que não são compatíveis com o texto da LDM.

Isso porque a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), estabelece que a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue (art. 2º). No entanto, a lei posterior somente revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (§1º do art. 2º).

Porém, não se acredita ser esse o caso das leis em comento, pois, primeiramente, não houve qualquer declaração expressa da LDM nesse sentido. Em segundo lugar, em que pese ambas as leis possuírem algumas regras que se possam ser entendidas como conflitantes, tem-se que a estrutura de princípios e diretrizes é bastante parecida. Por fim, a LDM não regula inteiramente a matéria tratada no CPC, uma vez que esta última, por exemplo, traz regras bem mais detalhadas a respeito da mediação judicial.

Zulmar Duarte (2015, p. 03) destaca que o art. 334, §4º do CPC prevê a possibilidade da não realização da audiência prévia de conciliação ou mediação no caso de ambas as partes assim optarem ou quando a autocomposição não for admitida. Ao contrário disso, a LDM afirma ser obrigatória a audiência de mediação em seus arts. 2º e 27, desconsiderado a manifestação de vontade das partes. Desta forma, segundo o autor – que defende a prevalência da LDM –, a disposição do CPC quanto a não obrigatoriedade da audiência preliminar de mediação seria natimorta.

Referida opinião é acompanhada pela ala mais radical da doutrina. Entretanto, imperioso é destacar que, de fato, deveria ter havido maior cautela ao se aprovar o texto da LDM abrangendo a audiência de conciliação após a aprovação do texto do CPC, principalmente ao se considerar que tal audiência é um ponto importantíssimo do novo procedimento comum, inclusive para contagem de prazo para defesa do réu.

¹² A LDM foi promulgada em 29 de junho de 2015 e o CPC em 16 de março de 2015.

¹³ A LDM entrou em vigor em dezembro de 2015 enquanto o CPC entrou em vigor em março de 2016.

Essa confusão entre os dispositivos legais de leis diversas certamente abrirá margem à discussões e interpretações contrastantes, o que certamente poderia ter sido evitado.

Outros dispositivos que divergem são aqueles que dizem respeito aos requisitos para se tornar mediador judicial, sendo o art. 11 da LDM¹⁴ mais rigoroso que o art. 167, §1º do CPC¹⁵, não se sabendo qual deles irá prevalecer.

Nota-se ainda, que de acordo com os arts. 12 e 25 da LDM, as partes não poderiam escolher o mediador que atuará nas sessões de mediação judicial, devendo o mediador estar previamente inscrito nos cadastros do Tribunal de mediadores habilitados a atuar em mediação judicial. Ao contrário do quanto previsto no art. 168, §§ 1º e 2º do CPC/15, o qual permite que tal escolha seja feita de comum acordo entre as partes, inclusive de mediador não inscrito nos cadastros do Tribunal, sendo que somente na inexistência de acordo na escolha haveria a distribuição entre os mediadores cadastrados.

Conforme visto, poder-se-ia sustentar que, diante do claro conflito entre esses dispositivos, a LDM teria revogado o art. 168 do CPC/15 pela anterioridade de seu advento. Entretanto, essa interpretação certamente traria prejuízos às partes, pois o sucesso da mediação depende inclusive da empatia e confiabilidade estabelecida entre as partes e o mediador, o que nem sempre é alcançado com a simples distribuição do caso a qualquer dos mediadores inscritos nos cadastros dos Tribunais.

Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 01), que defende a prevalência da LDM quando houver dispositivos conflitantes com os do CPC (por se tratar a LDM de lei posterior, que revoga a anterior, e de lei específica, que derroga a genérica), também

¹⁴ 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.

¹⁵ Art. 167 § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

acreditava que ambos os diplomas legais, em conjunto com a Resolução nº 125 do CNJ, formariam atualmente um minissistema brasileiro de meios consensuais de solução de conflitos, sendo que, em sua grande maioria, as normas dos marcos regulatórios seriam compatíveis e complementares entre si.

Segunda a autora, o melhor seria que a LDM tivesse tratado somente da mediação extrajudicial, deixando a judicial para a sede correta, ou seja, o CPC. Porém, como isso não foi feito, a solução mais correta seria a aplicação integrada dos três diplomas normativos (LDM, CPC e Resolução nº 125 do CNJ).

Fernanda Tartuce (2016, p. 12), expressando opinião semelhante, defende que a melhor alternativa seria a aplicação da teoria do diálogo das fontes, “devendo o aplicador considerar os princípios regentes dos meios consensuais para aplicar as regras que se revelem conflitantes”.

Um exemplo citado pela referida doutrinadora é que em relação à obrigatoriedade da sessão judicial de mediação, não deveria prevalecer a leitura isolada da LDM, pela qual se entende ser inevitável sua realização, como defendido por Zulmar Duarte, pois além de não estar expressa na LDM essa inevitabilidade, “a aplicação das exceções constantes no Novo CPC, especialmente o caso de manifestação expressa de desinteresse por ambas as partes, é plenamente consentânea com a autonomia da vontade, princípio essencial da mediação expresso na lei” (Idem, p. 13).

De qualquer forma, apesar das divergências entre as leis que podem causar certa confusão e muitas dúvidas sobre a prevalência ou não de uma sobre a outra, temos que tais questões serão devida e paulatinamente solucionadas pela jurisprudência, com a ajuda da doutrina, as quais devem sempre andar na velocidade das atuais transformações culturais e consequentes modernizações legislativas.

3 MEDIAÇÃO NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DAS AÇÕES DE FAMÍLIA DO CPC/15

3.1 As especificidades do Direito de Família

É notório e sabido que questões que envolvem o Direito de Família são delicadas e normalmente contam com uma carga emocional elevada das partes, exigindo, inclusive, uma certa sensibilidade do julgador na aplicação da lei para cada caso concreto.

Isso por que, por tratar-se de questões essencialmente humanas, como conflitos conjugais e disputas pela guarda da prole, geralmente não são devidamente tratadas pela letra fria da lei, necessitando de um tratamento mais humanístico, até mesmo de ajuda de profissionais de outras áreas do conhecimento, como psicólogos e assistentes sociais. E isso vem sendo percebido ao longo dos anos.

Durante muito tempo, aplicou-se às questões de família a letra da lei, sem qualquer distinção dos outros campos do Direito. Porém, foi-se percebendo paulatinamente a incapacidade do Judiciário de resolver, por si só, conflitos de natureza subjetiva de forma efetiva e satisfatória.

Por conta disso, aos poucos foram sendo criados pelos Tribunais os setores de assistência social e psicologia, que passaram a auxiliar os juízes e promotores na resolução dos conflitos familiares, uma vez que verificou-se a necessidade de aplicação da interdisciplinaridade nas demandas de tal natureza.

Além disso, verificou-se que mais importante que a aplicação da lei de forma indiscriminada para solucionar os feitos, é a preservação da família e de seu bom relacionamento. E de acordo com Ivan Aparecido Ruiz (2005, p. 11):

É nesse contexto que surge a figura do mediador a propugnar pela busca de um entendimento, de um consenso, de uma negociação, em detrimento da utilização direta do processo judicial propriamente dito, que aqui deve ser considerado a última *ratio*. Isso pelas razões de seu alto custo, de sua morosidade, sem contar, principalmente, com o espírito de animosidade, de “briga”, que a “arena judicial” suscita, o

que só faz afastar o escopo precípua do processo, que é a pacificação social.

Não é raro se deparar com casais que, sentindo dificuldades em desfazer o vínculo afetivo após o divórcio, acabam encontrando no litígio um meio de manter alguma ligação com seu ex-consorte, o que se figura extremamente prejudicial não só às partes como, principalmente, aos filhos comuns, que em certas situações acabam sofrendo graves consequências emocionais por serem colocados no meio da briga judicial encenada por seus pais.

Segundo Águida Arruda Barbosa (2003, p. 86), mediação familiar seria “uma atividade humana, que lida diretamente com o sofrimento humano, que é objeto desta prática, enquanto instrumento com a finalidade de conter a angústia e recuperar a adequada comunicação entre os mediandos”.

Por isso, em especial nas ações de família, a mediação se mostra um meio deveras benéfico às partes, devendo ser sempre considerado como alternativa prioritária ao processo judicial, pois na maioria dos casos, principalmente quando há o envolvimento de filhos comuns, a relação das partes é continuada, ou seja, não acabará com o fim do processo, sendo que a mediação inclusive ajuda as partes a separarem o “casal conjugal” do “casal parental”.

Ainda de acordo com Águida Arruda Barbosa (2003, p. 110), “a mediação assegura a paternidade responsável reforçando a aptidão dos genitores a satisfazerem por si próprios as necessidades para o desempenho do casal parental”.

Dessa forma, importante que as partes consigam encontrar, por si mesmas, soluções eficazes e duradouras para seus próprios conflitos, buscando preservar o diálogo e, conseqüentemente, relações saudáveis, sobretudo em prol dos melhores interesses dos filhos comuns.

Nesse sentido, Petrônio Calmon Filho (2005, p. 163-164) afirma que os objetivos da mediação familiar seriam:

a continuação das relações paternas, para a manutenção da estabilidade e significativos relacionamentos do filho com ambos os pais; a responsabilidade conjunta nas decisões a serem tomadas em relação aos filhos; o equilíbrio entre deveres e direitos dos pais junto aos filhos; a comunicação entre os genitores para levarem adiante um projeto educativo compartilhado; a colaboração dos pais na gestão dos filhos; o clima de confiança recíproca que permita manter um nível de respeito recíproco entre os pais.

Assim, temas correlatos ao divórcio, como a manutenção financeira dos filhos, a reorganização da convivência entre pais e filhos, a definição da moradia e de responsabilidades do par parental, bem como a partilha de bens também podem e devem ser tratados na Mediação, sendo beneficiados por esse procedimento e pela busca de autoria dos mediandos, que são os únicos conhecedores de suas reais necessidades e de seus filhos (ALMEIDA; ARAÚJO; OBERG; PAIVA; PASSALACQUA, 2014, p. 04).

E justamente em razão da complexidade dos conflitos familiares, que podem envolver questões pessoais, valores morais e econômicos, é que (i) muitas vezes é exigido que o mediador possua conhecimento jurídico, de negociação e de psicologia, e (ii) normalmente a mediação familiar exige a realização de diversas sessões, conforme bem sustentam Atalá Correia e Luciana Sorrentino (2014, p. 05).

Não é demasiado lembrar que no que tange às questões de família, a sociedade está em constante evolução e transformação, sendo necessário que o Judiciário acompanhe as modificações por meio da revogação de leis ultrapassadas e criação de novas normas, a fim de que consiga atender satisfatoriamente aos anseios da sociedade.

Nesta senda, basta verificar que no que concerne ao Direito de Família, significativas mudanças de tratamento pelo ordenamento jurídico puderam ser observadas nos últimos anos, como (i) a adoção do princípio constitucional da igualdade entre os filhos; (ii) o reconhecimento das uniões homoafetivas; (iii) a extinção do sancionamento pela “culpa” pelo fim do casamento; (iv) o reconhecimento da paternidade socioafetiva; (v) a extinção da separação judicial e sua substituição pelo divórcio direto, (vi) a adoção da guarda compartilhada como regra, entre outras.

E justamente com o objetivo de acompanhar tais mudanças, o Estado vem buscando por novos métodos de resolução de conflitos que melhor se adequem às especificidades das questões envolvidas, inclusive, em alguns casos, diminuindo sua ingerência na vida privada dos indivíduos. Exemplo disso foi a promulgação da Lei nº 11.411/2007, que possibilitou, mediante o cumprimento de certos requisitos, a realização de divórcio e partilha extrajudiciais.

Igualmente, o Estado vem promovendo o estímulo da utilização das técnicas de autocomposição de conflitos, sobretudo a Mediação, que além de atualmente contar com uma lei específica (Lei nº 13.140/2015), ganhou importante destaque no CPC/15, especialmente no Capítulo que trata especificamente das ações de família, conforme se passa a abordar.

3.2 Procedimento especial das ações de família no CPC/15

Na exposição de motivos do anteprojeto do CPC de 2015, apresentada em 2010 pela Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal, havia a indicação de que seria reduzida a quantidade de procedimentos especiais outrora existentes no CPC de 1973, uma vez que (BRASIL, 2010, p. 24-25):

Ainda na vigência do Código de 1973, já não se podia afirmar que a maior parte desses procedimentos era efetivamente especial. As características que, no passado, serviram para lhes qualificar desse modo, após as inúmeras alterações promovidas pela atividade de reforma da legislação processual, deixaram de lhes ser exclusivas. Vários aspectos que, antes, somente se viam nos procedimentos ditos especiais, passaram, com o tempo, a se observar também no procedimento comum. Exemplo disso é o sincretismo processual, que passou a marcar o procedimento comum desde que admitida a concessão de tutela de urgência em favor do autor, nos termos do art. 273.

No entanto, após a aprovação do CPC de 2015, apesar de terem sido extintos alguns procedimentos especiais¹⁶, outros foram criados, quais sejam: ação

¹⁶ Notadamente a ação de depósito, ação de anulação e substituição de títulos ao portador, ação de nunciação de obra nova, ação de usucapião de terras particulares e ação de vendas a crédito com reserva de domínio.

de exigir contas, ação de dissolução parcial de sociedade, ação de oposição, ação de regulação de avarias grossas e, finalmente, as ações de família.

Quanto ao procedimento especial das ações de família, alguns autores defendem que sua inserção no CPC iria de encontro com a intenção inicial contida na sua exposição de motivos no sentido de somente criar novos procedimentos no caso de absoluta indispensabilidade de tal providência. É o caso de João Luiz Lessa Neto, segundo o qual “outros (procedimentos especiais) como as ações de família, são tão parecidos com o procedimento comum que dificilmente se justificam como procedimentos autônomos” (2017).

Porém, ao que parece, a inserção das ações de família como procedimento especial (arts. 693 à 699 do CPC) se dá justamente para que se destaque a mediação como principal meio de resolução de disputas dessa natureza, valorizando o atendimento multidisciplinar do conflito e deixando para um segundo momento e realmente como última opção a interferência estatal direta nos conflitos familiares.

E nesse sentido caminhou bem o CPC/15 ao determinar, em seu art. 694, que nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, pois a resolução consensual permite que sejam analisadas e ponderadas questões que jamais seriam sopesadas no julgamento pelo juiz.

Além disso, a mediação judicial, realizada com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento, mostra-se um espaço de cooperação e estímulo à abertura de canais de comunicação entre os familiares, os quais resolverão seus conflitos nos termos que melhor se amoldem a sua própria família, e sem limitação nos números de sessões de mediação para a resolução pacífica do conflito.

Portanto, o procedimento especial das ações de família difere do procedimento comum ao passo em que adota medidas que promovem enfaticamente a resolução amigável do conflito – como, por exemplo, a supramencionada não limitação do número de sessões de mediação a serem realizadas -, ao mesmo tempo

em que evitam o acirramento dos ânimos – como a determinação de que o mandado de citação do réu esteja desacompanhado de cópia da inicial.

Assim, somente na possibilidade de restarem infrutíferas todas as tentativas de consenso entre as partes, a ação de família passará a seguir sob o rito do procedimento comum, conforme disposto no art. 697 do CPC/15, devendo o réu apresentar sua contestação no prazo de 15 (quinze) dias contados da audiência de mediação/conciliação, ou da última sessão realizada no caso de elas terem sido cindidas, de acordo com o art. 335, I, do CPC/15.

De se destacar que apesar de o procedimento da mediação constante do ‘caput’ e do parágrafo único do art. 694 ir ao encontro do quanto disposto no §3º do art. 165, o qual destaca a mediação como a técnica mais adequada para tratar de conflitos nos quais há “vínculo anterior entre as partes”, como nas ações de família, verifica-se que o procedimento da conciliação também é citado pelo ‘caput’ do art. 694, o que poderia torna-lo conflitante com o disposto no art. 165.

Sobre essa questão, Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 434) esclarece que:

A menção à conciliação feita pelo *caput*, contudo, atrita com o que o §2º do art. 165 reserva para ela. De qualquer sorte, a depender da peculiaridade do caso, o conciliador poderá atuar e ser bem-sucedido na busca da autocomposição de interesses e direitos derivados do litígio envolvendo a própria relação familiar.

Desta forma, veio em boa hora o tratamento especial dado às ações dessa natureza, cujas peculiaridades merecem tratamento diferenciado, tendo o CPC/15 dado aos que militam na área do Direito de Família uma abordagem há muito aguardada, cujas diferenças do procedimento comum serão analisadas pormenorizadamente a seguir.

3.2.1 Âmbito de aplicação do procedimento especial das ações de família

De acordo com o art. 693 do CPC/15, o procedimento especial das ações de família se aplica somente aos processos contenciosos¹⁷ de (i) divórcio, (ii) separação, (iii) reconhecimento e extinção de união estável, (iv) guarda, (v) visitação e (vi) filiação.

A primeira observação a ser feita a respeito do art. 693, é a manutenção da ação de “separação”, a qual, segundo maior parte da doutrina, teria deixado de existir a partir da Emenda Constitucional 66/2010, que alterou o §6º do art. 226 da Constituição Federal instituindo o divórcio direto, sem a necessidade de separação prévia. A esse respeito Rolf Madaleno (sem data) entende que:

O divórcio, com a eliminação da culpa e da separação judicial, é o resultado natural da evolução do direito e da autonomia e liberdade de ação dos cônjuges e sem alguém, por convicções pessoais não admitir o divórcio, não poderá com este gesto egoísta impedir que seu parceiro dele se divorcie, e se ambos comungam do mesmo pensar, tem a opção da consensual separação de corpos, eis que desapareceu a separação judicial ou extrajudicial.

Apesar de haver quem entenda que a EC 66/2010 não teria abolido do sistema jurídico brasileiro a figura da separação judicial, que extingue a sociedade conjugal sem dissolver o vínculo do casamento, tem-se que essa não é a melhor interpretação. Sobre o tema, Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2015, p. 958) observa que:

O que se tem percebido, na prática, é que até mesmo os Cartórios do foro extrajudicial de alguns Estados têm se recusado a lavrar escritura pública de separação, precisamente por não mais existir essa figura, informando aos interessados que se poderá lavrar somente escritura pública de divórcio.

Dessa forma, Rodrigo da Cunha Pereira (2016) propõe que nos artigos do CPC/15 em que apareça a palavra “separação”¹⁸, esta seja interpretada como

¹⁷ Quanto aos processos consensuais de família, estes são previstos nos arts. 731 a 734 do CPC.

¹⁸ Artigos 53, I; 189, II; 693; 731; 732 e 733 do CPC/15.

“separação de fato, separação de corpos, separação em decorrência da união estável”.

Mais uma crítica feita pelo autor é a manutenção da expressão “visitação”, a qual, segundo ele, traria consigo uma ideia de frieza e de formalidade, e deveria ter sido substituída no CPC/15 - a exemplo do quanto já feito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - pela expressão “convivência familiar” (Idem).

Pois bem. Superadas tais críticas terminológicas, tem-se que é forçoso concluir que o ‘caput’ do art. 693 não traz um rol taxativo dos processos que seguirão o procedimento especial do CPC, uma vez que existem inúmeras ações de família que não estão elencadas, mas que merecem igual tratamento. Por isso, Rita Vasconcelos (2015, p. 959) propõe que seja dada interpretação abrangente à menção que se faz às ações de “filiação”.

Esse entendimento também é defendido por Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 434), segundo o qual não haveria razão nenhuma para interpretar o rol do art. 693 como taxativo, uma vez que “outros conflitos subsumíveis ao amplíssimo (e necessariamente mutável) conceito de família (famílias) devem observar o disposto neste novel procedimento especial, sem prejuízo, se for o caso, de também seguir o que constar de leis específicas”.

No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o Enunciado nº 72, o qual entende que “O rol do art. 693 não é exaustivo, sendo aplicáveis os dispositivos previstos no Capítulo X a outras ações de caráter contencioso envolvendo o Direito de Família” (2015).

Já o parágrafo único do art. 693 elenca quais as ações que estão excluídas do tratamento previsto no CPC, esclarecendo que a ação de alimentos e aquela que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica¹⁹, aplicando-se, no que couber, as disposições do procedimento especial das ações de família trazidas pelo CPC/15.

¹⁹ Respectivamente a Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos) e Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Porém, segundo João Luiz Lessa Neto (2017), nada impede que haja cumulação de pedidos submetidos ao procedimento especial do CPC e pedidos tratados em lei especial, sendo que tal cumulação já era aceita sem qualquer questionamento na vigência do CPC de 1973.

Essa permissão atualmente pode ser extraída do art. 327, §2º, do CPC/15, que a respeito da cumulação de pedidos estabelece ser esta possível contanto que seja empregado o procedimento comum, “sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum” (BRASIL, 2015).

Quanto à cumulação dos processos atinentes ao Direito de Família, João Luiz Lessa Neto (2017) observa que:

Considerando as especificidades do direito material de família e a preocupação do legislador em estabelecer em procedimento especial próprio para as relações familiares, embora muito parecido com o comum, entendemos que a cumulação de pedido de alimentos com algumas das hipóteses de observância do procedimento das ações de família é possível, mas deve ser observado o procedimento especial codificado das ações de família, conforme preconizado pelo art. 327, §2º, do Novo CPC.

Tal posição é acertada, visto que fundamentada no fato de o procedimento especial das ações de família ser muito próximo do quanto previsto no rito comum, porém, sem deixar de levar em conta a especificidades do direito material em questão.

3.2.2 Da obrigatoriedade de comparecimento à audiência prévia de mediação

Um dos dispositivos mais polêmicos dentre aqueles que versam sobre o procedimento especial das ações de família no CPC/15 é o art. 695, que trata da citação do réu e da audiência prévia de mediação/conciliação nas ações de família.

Primeiramente, o ‘caput’ do art. 695 menciona que ao receber a inicial, o juiz, se for o caso, deverá tomar providências referentes à tutela provisória antes de proceder à citação do réu.

Até então nada há de incomum, visto ser muito frequente a necessidade de deferimento de medidas urgentes nas ações de família, tanto para evitar o perecimento do direito quanto para preservar a integridade física de uma das partes ou de sua prole, as quais serão analisadas de acordo com o disposto no art. 300 do CPC/15.

Após essas primeiras providências a serem tomadas pelo juiz, este ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, o que também não difere em muito das ações de outra natureza, nas quais o réu também será citado para comparecer à audiência de mediação/conciliação e não mais para apresentar contestação como na vigência do CPC/1973.

Tal determinação, aliás, está em plena consonância com os princípios norteadores do CPC/15, o qual, conforme já visto, privilegia a resolução das controvérsias por meio da autocomposição. Lembre-se que:

O legislador deu relevante importância a essa audiência – que prestigia a economia e a celeridade processual. Estabeleceu, inclusive, sanção por ato atentatório a dignidade da justiça (multa revertida em benefício do Poder Judiciário) na hipótese de não comparecimento injustificado de uma das partes à audiência (MARCATO, RAMOS, LAUX, LESSA, BORTOLAI e PEREIRA, 2016).

No entanto, nas ações que tramitam sob o rito comum há a possibilidade de essa audiência preliminar não ser realizada na ocorrência de uma das situações previstas no art. 334, §4º²⁰. Porém, no procedimento especial das ações de família não há qualquer previsão a respeito de uma possível dispensa dessa audiência, o que nos faz concluir que ela é obrigatória em ações dessa natureza.

Ocorre que essa obrigatoriedade de comparecimento à audiência prévia de mediação/conciliação vem sendo muito criticada, sobretudo porque, segundo alguns estudiosos, violaria o princípio da voluntariedade que rege o instituto da mediação (art. 2º, §º da LDM).

20 Art. 334, § 4º - A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
II - quando não se admitir a autocomposição.

Na visão dessa corrente doutrinária, ninguém poderia ser obrigado a comparecer à audiência e nem a participar de mediação, sendo que, conseqüentemente, não haveria que se falar em multa pelo não comparecimento à audiência. Nesse sentido:

Não se acredita, portanto, que a falta de imposição de sanção possa ocasionar o desvirtuamento do instituto, com a frustração das audiências do art. 695 do CPC/15. Ao contrário, como os conflitos de direito de família envolvem questões de cunho emocional, que não necessariamente são explicitadas nas petições que instruem o processo, impor multa à parte pelo não comparecimento a essa audiência pode tornar o ânimo das partes ainda mais beligerante e, com isso, dificultar a autocomposição buscada pela lei (MARCATO, RAMOS, LAUX, LESSA, BORTOLAI e PEREIRA, 2016).

Fernanda Tartuce (sem data) é uma das que defendem a não obrigatoriedade da audiência de mediação, pois, a seu ver, o “empreendimento de esforços” citado no art. 694 do CPC/15:

[...] deve se verificar sem coerção para que as partes aceitem participar das sessões consensuais. Além de a autonomia da vontade ser um princípio essencial da mediação e da conciliação, há regra expressa no Código²¹ vedando iniciativas ensejadoras de constrangimento ou intimidação para que as partes se componham.

Segundo a autora, “para quem leva o princípio da autonomia da vontade a sério a voluntariedade precisa ser objeto de considerável atenção, já que ela se conecta com a disposição das partes em proceder com engajamento nas conversações”.

Humberto D. B. de Pinho (2014, p. 08) pactua com essa opinião, aduzindo que é da essência da mediação a voluntariedade, sendo que “essa característica não deve ser comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública”.

²¹ 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.

Ocorre que a obrigatoriedade da realização da audiência nas ações de família não pode ser tratada como uma violação ao princípio da autonomia da vontade, pois mesmo que obrigatório o comparecimento na audiência, não é obrigatória a autocomposição e nem mesmo que as partes levem proposta de acordo à audiência.

De se lembrar que, segundo o art. 2º, §2º da LDM, ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. Desta forma, mesmo que se obrigue as partes a comparecerem na audiência prévia de mediação, elas poderão abandonar o método a qualquer momento, respeitando-se, assim, a vontade das partes.

A parcela da doutrina que defende a obrigatoriedade da audiência de mediação nas ações de família, se baseia na inadequação da intervenção de um terceiro estranho às partes (núcleo familiar) para a solução do conflito, devendo tal situação ser evitada ao máximo.

Desta forma, ao optar o legislador por um modelo multiportas de resolução dos conflitos, em que cada caso será analisado e encaminhado para a técnica mais adequada à sua solução, a técnica escolhida como adequada às ações de família foi a mediação, onde “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia”²², devendo o julgamento da demanda ser uma exceção à regra.

Daniela Monteiro Gabbay (2011, p. 206-207) ressalta ainda dois bons argumentos para se defender a obrigatoriedade da audiência de mediação. O primeiro seria que “quando as partes precisam tomar a iniciativa de propor a mediação pode haver o receio de que esta iniciativa seja vista como aparente fraqueza pela outra parte, o que não ocorreria se o caso fosse direcionado à mediação pela própria Corte”.

O segundo argumento em defesa da obrigatoriedade da audiência seria que “mesmo que as partes não estejam predispostas a negociar, desde que estejam de boa-fé, um mediador experiente poderia tentar quebrar algumas barreiras e propiciar pelo menos uma discussão e entendimento proveitoso do caso”.

²² V. art. 694, ‘caput’ do CPC/15.

O entendimento pela obrigatoriedade da audiência nas ações de família também é seguido por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 779), os quais sustentam que:

nas ações de família não se aplica a possibilidade de renúncia prévia à mediação ou à conciliação, de que trata o art. 334, §5º, CPC. A tentativa de conciliação é sempre necessária, o que é reforçado pela não indicação no mandado de citação da causa do litígio (art. 695, §1º, CPC).

Assim, entendendo-se pela obrigatoriedade da audiência prévia nas ações de família, forçoso concluir que a ausência injustificada de qualquer das partes acarretaria a aplicação da multa prevista no §8º do art. 334 do CPC/15.

Isso porque, não havendo qualquer disposição em contrário no Capítulo do procedimento especial das ações de família, deve-se aplicar subsidiariamente a regra geral, conforme preceitua o art. 318, parágrafo único do CPC/15.

No entanto, de se ressaltar que em alguns casos excepcionalíssimos a realização da audiência poderá ser dispensada, como, por exemplo, nos casos de violência doméstica (física ou psicológica), conforme já decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pois “o sentido da obrigatoriedade é de que ela não constitui uma opção, sendo impositiva, só não se realizando em graves situações excepcionais” (MARCATO, RAMOS, LAUX, LESSA, BORTOLAI e PEREIRA, 2016).

3.2.3 Do mandado de citação para comparecimento à audiência prévia de mediação

Outro ponto que vem sendo muito questionado são os moldes estipulados para a citação do réu nas ações de família.

Isso porque o §1º do art. 695 do CPC/15 dispõe que o mandado de citação do réu nas ações dessa natureza conterá apenas os dados necessários à audiência prévia de mediação/conciliação (dia, hora e local), devendo estar desacompanhado de cópia da petição inicial.

Ocorre que parcela da doutrina defende que tal estipulação seria injusta, deixando o réu em desvantagem ao chegar na audiência sem saber os termos em que a questão está sendo tratada, inclusive impossibilitando que ele leve uma proposta de acordo.

Nesse sentido, Fernanda Tartuce (2016, p. 11) defende que essa previsão geraria um “desequilíbrio no processo, comprometendo a isonomia e a publicidade de que também o réu é destinatário, prejudicando também o princípio da decisão informada: como ele poderá comparecer à audiência para negociar sem nem saber o teor do que é pedido?”.

No entanto, a inclusão dessa disposição no CPC teve a clara intenção de facilitar a autocomposição evitando o acirramento dos ânimos entre as partes, uma vez que o réu, ao ler a petição inicial com a versão dos fatos contada pelo autor, teria uma visão emocional da situação, indo completamente armado para a audiência prévia de mediação/conciliação, o que certamente diminuiria as chances de composição das partes.

Esse mesmo entendimento é expressado por Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2015, p. 960), segundo a qual a citação desacompanhada de cópia da inicial seria:

[...] mais uma regra que evidencia a busca pela solução consensual do conflito, pois o desconhecimento do réu, desde logo, dos fatos que lhe são imputados, evita desgastes que possam pôr em risco a conciliação. E não haverá prejuízo ao réu, pois caso prefira ter conhecimento, antes da audiência, do teor da inicial, poderá obtê-lo a qualquer tempo examinando os autos.

A esse respeito, de se notar que a parte final do §1º assegura ao réu o direito de examinar o conteúdo da inicial a qualquer tempo, o que pode ser feito mediante retirada da senha do processo em cartório pela parte ou habilitação de seu advogado nos autos por meio da juntada de procuração. Quanto a isso, Marcato, Ramos, Laux, Lessa, Bortolai e Pereira (2016) defendem que:

A ideia é de que ao ser citado, o réu contrate um advogado ou procure a defensoria pública e que seu patrono é quem tenha o primeiro acesso ao conteúdo da demanda. O causídico, capaz de entender o conteúdo da demanda, poderá, junto com o cliente, avaliar adequadamente as possibilidades do caso e a conveniência de um acordo.

Assim, tendo o advogado do réu acesso aos autos antes de seu cliente, poderá avaliar a melhor maneira de abordar o assunto sem dizimar as possibilidades de composição entre as partes. Portanto:

Mesmo para os que entendam que essa circunstância acarretará o desequilíbrio das partes, a infração ao princípio da isonomia e a não produtividade da audiência de mediação, a saída estará em buscar suprir essa condição com o acesso prévio dos autos pelo advogado da parte, tomando conhecimento do que ali está sendo apresentado e evitando quaisquer prejuízos (MARCATO, RAMOS, LAUX, LESSA, BORTOLAI e PEREIRA, 2016).

Outra diferença na citação das ações de família é que ela deve ser feita na pessoa do réu com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data da audiência, conforme preceitua o §2º do art. 695 do CPC/15. Note-se que esse prazo de antecedência é menor que o prazo previsto para ações de outra natureza - que, segundo o art. 334 do CPC/15, é de 20 dias – certamente para que o réu tenha menos tempo de se armar para a audiência prévia.

3.2.4 Das sessões de mediação nas ações de família

O CPC/15, em seu art. 696, estabelece que a audiência prévia de mediação/conciliação poderá dividir-se em quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual do conflito.

Esse dispositivo adotado para as ações de família as diferencia das demais demandas cíveis ao passo em que não estabelece um prazo limite para que as partes tentem se compor amigavelmente nas audiências de mediação/conciliação, sendo que para as ações que tramitam no procedimento comum o prazo máximo para a tentativa de conciliação é de dois meses contados da data de realização da primeira sessão (art. 334, §2º do CPC).

Caso o feito já esteja em curso, o parágrafo único do art. 694 permite que as partes, a qualquer tempo, requeiram ao juiz a suspensão do processo para que se submetam a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, não estabelecendo também qualquer limite de tempo para que o processo permaneça suspenso.

No entendimento de Fernanda Tartuce (sem data), deve-se considerar o prazo máximo para pausa de 06 meses estabelecido pelo art. 313, II do CPC, porém, devendo o lapso “atender critérios de razoabilidade, o que pode significar um tempo um pouco mais dilatado, em se tratando de mediação (já que o tempo das partes pode variar)”.

De qualquer forma, tais dispositivos demonstram, mais uma vez, que nas ações de família sempre é privilegiada a busca pela solução consensual do conflito, tornando o processo menos burocrático em prol da pacificação social.

Sobre a falta de limitação do número de sessões de mediação nas ações de família, cabe citar as relevantes observações de João Luiz Lessa Neto (2017), segundo o qual:

Podem ser realizadas tantas audiências de mediação quantas forem necessárias para o acordo. Isso significa que o Novo CPC propõe a criação de um momento processual que realmente permita a negociação assistida do caso. Muitas vezes, não é possível em uma única sessão se obter o acordo, entretanto, iniciadas as conversas, há um período de maturação que permite a construção da solução negociada.

Ainda a esse respeito, Fernanda Tartuce (sem data) ressalta que “a mediação geralmente é desenvolvida em mais de uma sessão porque costumam ser abordados diversos pontos controvertidos do histórico dos envolvidos”.

Poder-se-ia argumentar que os arts. 694, parágrafo único e 696 do CPC privilegiariam os litigantes de má-fé ao permitir que eles se valessem da falta de limitação das sessões de mediação/conciliação para postergar o feito, não fosse a parte final do artigo 696, que garante sejam tomadas providências jurisdicionais para

evitar o perecimento do direito enquanto as partes se submetem às sessões de mediação/conciliação.

Em razão de o juiz não poder, em tese, participar das sessões de mediação e conciliação, Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2015, p. 961) defende que ele:

(...) deverá contar com a equipe interdisciplinar para comunicá-lo (assim como o Ministério Público deverá fazê-lo, se tiver ciência) sobre eventual necessidade de concessão de medidas de urgência não requeridas pelas partes. Em regra, no entanto, as medidas de urgência destinadas a evitar que o direito pereça devem ser concedidas a requerimento das partes.

Quanto à possibilidade de o juiz conceder medidas cautelares de ofício, há quem defenda que tal hipótese não existiria em razão de o CPC/2015 não ter reproduzido a regra do art. 797 do CPC/1973, segundo a qual “em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

No entanto, acredita-se que tal interpretação está equivocada, vez que existem na legislação atual previsões expressas quanto à possibilidade de o juiz conceder medidas acautelatórias independentemente de requerimento das partes, inclusive e sobretudo nas ações de família, onde devem ser protegidos os maiores interesses dos menores envolvidos na lide.

Um exemplo citado por Rita Vasconcelos (Idem, p.961) é a situação prevista nos arts. 1.584, §5º e 1.585 do Código Civil²³, em que o juiz, inclusive em sede de cautelar de separação de corpos, poderá atribuir a guarda do filho, mesmo que de forma provisória, a uma terceira pessoa que não o pai ou a mãe. Ressaltando a autora que tal exemplo “trata-se, evidentemente, de situação excepcional, em que

²³ Art. 1584, § 5º: Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Art. 1585: Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

mais do que evitar o perecimento do direito das partes, a providência jurisdicional evita maiores danos às próprias pessoas envolvidas no conflito”.

3.2.5 O papel do advogado nas sessões de mediação

Muito se questiona, diante de todas essas mudanças implementadas no CPC/15 e na legislação em geral a respeito da priorização da resolução dos conflitos - especialmente os familiares - pela mediação ou conciliação, se o advogado estaria perdendo seu espaço.

Para tal questionamento, Andréa e Cristiano Lago (2002, p. 32) possuem resposta deveras esclarecedora, nos seguintes termos:

Quanto à restrição que poderia ser causada junto aos advogados, há de se deixar bem, claro que em nada serão afetados seus honorários nem sua relação com o cliente; não haverá substabelecimento de seus poderes ao mediador; e não perderá de maneira nenhuma o poder de orientação jurídica à parte que o contratou para patrocinar seus interesses no processo. O trabalho do mediador acontecerá tal como o de um perito nomeado pelo juízo; ocorrerá paralelamente ao trabalho do advogado, que por muitas vezes poderá dar sua colaboração na mediação, o que por certo será de grande valia.

Inclusive o §4º do art. 695 do CPC trata a presença do advogado na audiência prévia de conciliação/mediação como obrigatória, pois é ele quem dará suporte e aconselhamento jurídico à parte nas negociações.

Adolfo Braga Neto (2007, p. 03) compartilha desse entendimento, esclarecendo que a participação dos advogados na mediação se faz “fundamental em todas as etapas do procedimento e em todas as reuniões realizadas”. Isso porque “facilitará e muito o preparo das partes para o procedimento, as tomadas de decisões durante este, bem como o encaminhamento legal dos compromissos nele assumidos”.

Desta forma, o advogado atualmente deve estar preparado para trabalhar em diversas frentes e não somente pela via do litígio, sempre orientando o cliente e analisando os diversos procedimentos hoje existentes para solucionar seus conflitos da maneira mais eficaz e menos prejudicial possível.

Elucida ainda Adolfo Braga Neto (Idem, p. 04) que:

O advogado, ao incentivar estes novos paradigmas na solução de conflitos de seus clientes, estará efetivamente exercendo seu mais nobre ofício que é o de promover o acesso à justiça, auxiliando-os na procura de seus reais interesses. E ao mesmo tempo estará também atendendo ao que dispõe o art. 2º, parágrafo único, VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB, que estabelece ser seu dever o de incentivar possíveis composições entre as partes, prevenindo, se for possível, a instauração de litígios.

No entanto, Ivan Aparecido Ruiz (2005, p. 12) lembra que:

Na grande maioria das vezes, lamentavelmente, o próprio advogado figura como principal obstáculo à realização da solução do conflito pela via alternativa ou mesmo judicial, quando, ao invés de buscar o consenso e a negociação, insiste em defender seu discurso legal e jurídico com o objetivo maior de derrotar o do outro lado e, ao final, brilhar como vitorioso na causa, enquanto nem sempre vitoriosas foram as pazes ou as soluções melhores para as partes.

Assim, para que haja uma maior eficácia dos procedimentos de autocomposição, é necessário que haja não só a mudança nas leis, mas também uma mudança de comportamento por parte dos advogados, cujas faculdades de Direito lecionam tão somente o tecnicismo legal e a atuação em ações litigiosas, sem, no entanto, fornecer uma formação mais humanística com o incentivo da busca por técnicas não-adversariais.

Ainda, não é demais lembrar que a mediação passou a ser mais uma opção de campo de atuação para os advogados, que poderão trabalhar como mediadores em conjunto com profissionais de outras áreas, desde que preenchidos os requisitos necessários para tanto.

4 CONCLUSÃO

Pudemos verificar pelo presente trabalho, que a legislação brasileira, acompanhando uma tendência mundial, tem se preocupado em regulamentar a mediação como método de solução consensual de conflitos, colocando-a não só como opção ao processo litigioso tradicional, mas prioritária – em conjunto com a conciliação - em relação ao litígio.

Essa preocupação veio traduzida no recente sancionamento da tão esperada Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), bem como no texto do Código de Processo Civil de 2015, que estimula a todo tempo a autocomposição, sobretudo nas ações de Família, as quais agora são tratadas como um Procedimento Especial e onde a audiência prévia de mediação é, a princípio, obrigatória.

Nesse particular, o tratamento especial dado às ações de Família com enfoque na mediação merece aplausos, visto que as ações desta natureza, por envolverem questões de foro íntimo e relações continuadas, muitas vezes necessitam de profissionais de outras áreas e de uma abordagem mais cuidadosa para a efetiva solução da controvérsia.

E a mediação, como um método de autocomposição com alcance interdisciplinar, proporciona às partes não só chegarem a um acordo final idealizado por elas próprias, como resgatarem o diálogo, preservando uma relação harmônica entre elas.

Entretanto, apesar desses grandes passos dados em direção a uma verdadeira modificação de cultura, tem-se que as mencionadas leis também são merecedoras de críticas, tanto a respeito de incongruências verificadas entre os textos de ambas, quanto em relação a alguns dispositivos cuja aplicação exigirá esforços interpretativos.

Deste modo, somente com o tempo se saberá se os regramentos que tratam da mediação serão efetivamente utilizados e se alcançarão seus objetivos, diminuindo a quantidade de processos judiciais e alcançando uma maior satisfação das partes na

resolução de seus conflitos, cabendo aos operadores do direito envidarem esforços para que as leis sejam bem aplicadas e surtam os efeitos esperados.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania; ARAÚJO, Inês Guilhon de; OBERG, Flavia Maria Rezende Nunes; PAIVA, Fernanda; PASSALACQUA, Maria Stela Palhares. *Mediação e advocacia colaborativa no Direito de Família: uma perspectiva diversa*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 42/2014, Jul - Set / 2014.

ARAUJO, Adriano L.; SILVEIRA, Anarita A.; DYTZ, Karen I. *O Instituto de Mediação*. Revista de Doutrina. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997, vol. III. Apud MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e arbitragem, alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BANDEIRA, Susana Figueiredo. *A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios*. In *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2002.

BARBOSA, Águida Arruda. *A política pública da mediação e a experiência brasileira*. 2001. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/204.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2017.

_____. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Roberto João Elias. São Paulo, 2003.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation: une justice douce*. Paris: Syros-Alternatives, 1992.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 04 de agosto de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 19 de julho de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 29 de novembro 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: 11 de julho de 2017.

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 de junho de 2017.

BRASIL. *Lei nº 13140, de 26 de junho de 2015*. Institui a Mediação. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 29 de maio 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella – *Novo Código de Processo Civil anotado/Cassio Scarpinella Bueno*. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

CORREIA, Atalá; SORRENTINO, Luciana Yuki F. *Mediação em conflitos de família: a experiência do TJDF*. Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol. 2/2014, Out - Dez / 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o NCPC e a Lei da Mediação*. 2015. Disponível em: <https://jota.info/columnas/novo-cpc/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao-17082015>. Acesso em: 13 de julho de 2017.

DUZERT, Yann; PINHO Humberto D. B. *Mediação no Brasil: uma forma de negociar baseada na abordagem de ganhos mútuos*. In: K.J. Arrow; R. H. Mnookin; L. Ross; A. Tversky; R. B. Wilson; Y. Duzert. *Barreiras para resolução de conflitos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENUNCIADO N. 72 DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Grupo: Procedimentos Especiais. V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, 2015.

FILHO, Petrônio Calmon. *Mecanismo para a obtenção da autocomposição civil e penal*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação da Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, 2005.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Carlos Alberto de Salles. São Paulo, 2011.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. Adrs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia, v. 8, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. *Conciliação e mediação – novo CPC e leis específicas*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41/2014, Abr - Jun / 2014.

LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares de; LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Mediação no Direito de Família*. Revista de Direito Privado, vol. 11/2002, Jul - Set / 2002.

LUCHETE, Felipe. *TJ-SP quer dobrar orçamento para R\$21,8 bilhões e remunerar conciliador*, 2017. Consultor Jurídico, 02 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-02/tj-sp-dobrar-orcamento-22-bi-remunerar-conciliador>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da realidade brasileira - origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MADALENO, Rolf. *O divórcio da EC 66/2010*. Sem data. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=810>. Acesso em: 21 de setembro de 2017.

MARCATO, Ana; RAMOS, Fabiana; LAUX, Francisco; LESSA, João; BORTOLAI, Luis; PEREIRA, Silvio. *Obrigatoriedade da audiência prevista no artigo 695 do CPC/15*. Publicado em 05 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241805,71043-Obrigatoriedade+da+audiencia+prevista+no+artigo+695+do+CPC15>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, Adolfo Braga. *Aspectos Relevantes sobre mediação de conflitos*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 15/2007, Out - Dez / 2007.

NETO, João Luiz Lessa. *O procedimento especial das ações de família no novo CPC e a mediação*, 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-procedimento-especial-das-acoes-de-familia-no-novo-cpc-e-mediacao/>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família*. Publicado em 06 de março de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação judicial no novo CPC*. Revista dos Tribunais Rio de Janeiro, vol. 6/2014, Jul - Ago / 2014.

_____. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil*. Sem data. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685. Acesso em: 21 de setembro de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RAMALHO, Matheus de Souza. *A mediação como ferramenta de pacificação de conflitos*. Revista dos Tribunais, vol. 975/2017, Jan / 2017.

QUIROSA, Maria Celia De La Cruz. *Manual teórico práctico de mediación y conciliación*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1999.

RUIZ, Ivan Aparecido. *A Mediação e o direito de família*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6/2005, Jul - Set / 2005.

SÃO PAULO (Estado). *Lei nº 15.804, de 22 de abril de 2015*. Dispõe sobre o abono variável e a jornada de trabalho dos Conciliadores e Mediadores inscritos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e cadastrados no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e dá outras providências. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-15804-22.04.2015.html>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

TARTUCE, Fernanda. *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro*. Revista de Processo, vol. 258/2016, Ago / 2016.

_____. *Encaminhamento consensual das ações de família no regime do novo Código de Processo Civil*. Sem data. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Encaminhamento-consensual-adequado-das-acoes-de-familia-no-Novo-CPC.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Comentários aos Artigos 693 a 699 do Novo Código de Processo Civil*. In: Jose Rogerio Cruz e Tucci; Manoel Caetano Ferreira Filho; Ricardo de Carvalho Aprigliano; Rogeria Fagundes Dotti; Sandro Gilbert Martins. (Org.). *Código de Processo Civil Anotado*. 1. ed. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo e Ordem dos Advogados do Brasil / Paraná, v. 01, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: Moraes, Mauricio Zanoide; YARSHELL, Flavio Luiz (Coords). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 684-690.