

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC - SP

VANESSA MARTINEZ MARAZZI NUIN

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO
2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC - SP

VANESSA MARTINEZ MARAZZI NUIN

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

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 do **Prof. Ms. Sidney Palharini Junior**.

SÃO PAULO
2019

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos operadores do Direito que, assim como eu, tem o pilar de sua formação profissional no processo civil litigante, mas, em atenção à própria evolução metodológica do processo, enxergam a cultura da pacificação no horizonte.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por iluminar o meu caminho com a sabedoria necessária e nas melhores direções.

Aos meus pais, pela minha formação, pelo que sou e pelo amor incondicional.

Ao meu irmão, pelo exemplo de foco e determinação.

Ao meu esposo, pela parceria de vida, pelo estímulo em sempre seguir em frente e por conceder-me as horas necessárias para conclusão deste trabalho.

Ao professor Sidney e aos meus colegas da pós-graduação, pelas discussões e divergências enriquecedoras do meu aprendizado.

“O processo deve ser entendido, pois, como instrumento de exercício da cidadania, adequado e apto à pacificação social!” (Andrea Boari Caraciola)

RESUMO

No presente trabalho, a hipótese de estudo estabelecida é verificar se e *como* o processo civil contemporâneo aliado à conciliação e à mediação pode ser instrumento capaz de obter a pacificação social.

A partir disso, por meio de uma abordagem dogmático-processual, focando na dimensão analítica, e utilizando o método dedutivo, será realizada uma análise sistemática do CPC/2015, CPC/1973, bem como de leis específicas como a Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, a Lei de Mediação nº 13.140/2015, além da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Assim sendo, o trabalho inicia-se com o nascimento do conflito potencialmente litigioso a ser solucionado pelas regras de Direito por meio do processo, sendo este apenas um dos significados do vocábulo “processo” como será exposto ainda no primeiro capítulo.

Superada essa etapa conceitual, no segundo capítulo, cumpre visualizar as fases metodológicas do Direito Processual até a fase atual em que o processo ultrapassa a finalidade instrumental e visa o fim social, adentrando, no terceiro capítulo, no Sistema Multiportas de Solução de Controvérsias felizmente encampado pelo CPC/2015, explorando-se os métodos heterocompositivos e autocompositivos de solução de conflitos.

Finalmente, o quarto capítulo tratará da audiência preliminar de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC/2015, com os diversos aspectos processuais que a envolvem, bem como os princípios inerentes ao Direito Processual Civil Contemporâneo, seguido no quinto capítulo pela análise da função dos conciliadores e mediadores alçados à auxiliares da justiça.

Palavras-chave: Direito Processual Contemporâneo, Direito Processual Constitucional, Sistema Multiportas, MASCS, meios adequados de solução de conflitos, estímulo à solução consensual dos conflitos, audiência preliminar, conciliação, mediação, conciliador, mediador, auxiliares da justiça.

ABSTRACT

On this job, the established study hypothesis is verifying *if* and *how* the contemporary civil process combined with conciliation and mediation can be an instrument capable of obtaining social pacification.

From this, through a dogmatic-procedural approach, focusing on the analytical dimension, and using the deductive method, will be realized a systematic interpretation of CPC/2015, CPC/1973, and specific laws such as Arbitration Law 9.307/1996, Mediation Law 13.140/ 2015, besides the Resolution 125/2010 of the National Council of Justice - CNJ.

So, the job begins with the birth of the potentially litigious conflict to be solved by the rules of law through the process, being that just one of the meanings of the word “process” as will be exposed on the first chapter.

Overcoming this conceptual stage, on the second chapter, it is necessary to visualize the methodological phases of Procedural Law until the current phase in which the process goes beyond the instrumental purpose and aims at the social end, entering, in the third chapter, the multi-door system, fortunately embraced by CPC / 2015, exploring the Alternative Dispute Resolution - ADR.

Finally, the fourth chapter will deal with the preliminary hearing of conciliation and mediation of article 334 of CPC / 2015, with the several procedural and the principles inherent in Contemporary Civil Procedural Law, followed on the fifth chapter by the analysis of the role of conciliators and mediators as auxiliaries of justice.

Keywords: Contemporary Procedural Law, Constitutional Procedural Law, multi-door system, Alternative Dispute Resolution, ADR, encouragement of consensual conflict resolution, preliminary hearing, conciliation, mediation, conciliator, mediator, justice assistants.

Sumário

Introdução.....	10
1. Direito, conflito, litígio e processo	12
1.1. Diferenças entre conflito, disputa e litígio	12
1.2. Conceito de processo	13
2. Fases metodológicas do Direito Processual	14
2.1. Fase praxista ou sincretista.....	14
2.2. Fase científica ou processual	14
2.3. Fase instrumentalista ou teleológica – Teoria Circular de Carnelutti	15
3. Sistema multiportas de solução de litígios – ordem jurídica justa	17
3.1. Constitucionalização do processo	17
3.2. O princípio do acesso à justiça à luz do sistema multiportas	19
3.3. Os MASCs – Métodos Adequados de Solução de Conflitos.....	21
3.3.1. Contexto histórico	21
3.3.2. Métodos heterocompositivos	25
3.3.3. Métodos autocompositivos	29
4. A audiência preliminar do artigo 334 do Código de Processo Civil	31
4.1. Um paralelo entre o CPC/1973 e o CPC/2015	33
4.2. Do indeferimento da petição inicial e da improcedência liminar do pedido ..	36
4.3. Da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação	38
4.4. Da citação do réu	41
4.5. Do não comparecimento injustificado da parte na audiência	43
4.6. Do ativismo judicial	46
4.7. Do foco no resultado - cultura da pacificação	47
5. Dos conciliadores e mediadores	51
5.1. Auxiliares da Justiça	51
5.2. Princípios da conciliação e da mediação.....	54

5.3. Remuneração dos conciliadores e mediadores.....	65
Conclusão.....	66
Referências bibliográficas	67

Introdução

A decisão de iniciar o curso de pós-graduação na PUC-SP partiu da sede de aprimoramento dos conhecimentos em processo civil, uma vez que o término da graduação deu-se no ano de 2012 e o Novo Código de Processo Civil havia entrado em vigor no ano de 2015, de modo que a vida no contencioso cível exigia a devida atenção aos novos rumos em matéria processual.

A partir disso, a ideia era aprender novos artigos e a nova disposição do código, como se fosse só isso de mudança. Ao longo desses dois anos e meio de curso, a matéria vista ultrapassa novidades em meros dispositivos, aqui e ali. O CPC/2015 traz uma nova abordagem de processo, propõe uma nova mentalidade aos operadores do Direito.

O Direito Processual Contemporâneo dedica-se a tornar o processo instrumento eficiente e capaz de concretizar direitos e garantias sociais como deve ser num Modelo Constitucional de Processo.

Com base nisso, a hipótese de estudo estabelecida é verificar se e *como* o processo civil contemporâneo aliado à conciliação e à mediação pode ser instrumento capaz de obter a pacificação social.

A pesquisa será feita por meio de uma abordagem dogmático-processual, focando na dimensão analítica, e utilizando o método dedutivo, com o desenvolvimento de premissas genéricas e teóricas.

Pautar-se-á na análise das fases metodológicas do processo até os dias atuais em que se defende uma quarta fase metodológica, onde mais do que instrumento, o processo preocupa-se em concretizar direitos.

Dessa forma, uma vez expostas as fases metodológicas do processo, passa-se a analisar o seu caráter constitucional e a forma como o Novo CPC encampa o sistema multiportas de solução de controvérsias, anunciando logo no artigo 3º, *caput* e seus parágrafos, que o acesso ao Poder Judiciário é apenas uma das “portas” à

disposição dos cidadãos para resolverem os seus conflitos, podendo as partes optar ainda pela arbitragem, pela conciliação e pela mediação.

É por isso que o CPC/2015 inaugura um novo princípio do Direito Processual Contemporâneo, qual seja o estímulo à solução consensual dos conflitos, conforme de extrai dos §§ 2º e 3º do artigo 3º do CPC/2015.

E ao lado do estímulo à solução consensual dos conflitos, caminha o dever dos participantes do processo em adotar uma postura colaborativa no resultado consensual do litígio, bem com a cobrança do CPC/2015, para que os juízes adotem uma postura mais ativa dentro do processo, justamente para que ele atinja o fim a que se destina.

Nessa linha, é que a maior parte do trabalho dedica-se à audiência preliminar de conciliação e mediação prevista no CPC/2015, uma das maiores novidades do novo código, momento em que juiz tem o dever de designar referida audiência, como primeira tentativa de conciliar as partes, com auxílio dos conciliadores e mediadores, exaltados no Novo CPC como auxiliares da justiça.

Dentro da audiência do artigo 334, serão abordadas diversas questões processuais, bem como mais um princípio importante no CPC/2015, o do autorregramento de vontade das partes, dando-se vênias aos negócios jurídicos processuais.

E toda matéria é exposta com pinceladas de contexto histórico e ainda enriquecida com a experiência trazida pelo curso de capacitação de conciliadores e mediadores realizado junto ao Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

1. Direito, conflito, litígio e processo

1.1. Diferenças entre conflito, disputa e litígio

O Direito enquanto ciência social dedica-se ao estudo do homem, das suas relações e seus comportamentos para com seus semelhantes, já que, uma vez inserido no meio social, deve comportar-se conforme as regras previamente estabelecidas pelo ordenamento jurídico onde está inserido - *ubi societas, ibi jus*¹. Assim sendo, essas regras preventivas buscam evitar ou ao menos minimizar possíveis conflitos, aqui entendidos como conflitos de interesses.

Por sua vez, fale-se em conflito, quando há um desejo interno do indivíduo em relação a determinado bem da vida, de modo que esse conflito pode manter-se interiorizado ou tornar-se público. Uma vez exteriorizado, deixasse de falar em conflito e considera-se uma disputa entre pessoas ou grupo de pessoas em relação a ideias, coisas, pessoas ou outro bem da vida.

E a partir do momento em que uma das partes busca o Poder Judiciário para tutelar os seus interesses, instaura-se o litígio, sob o qual o órgão julgador aplicará as leis atinentes à matéria envolvida como meio pacificador do conflito.

Numa análise contemporânea do Direito atrelado ao sistema multiportas de solução de conflitos, é importante que a decisão que julgará o mérito do processo leve em consideração não apenas a lei fria da lei que prevê um comportamento genérico, sem esmiuçar os fatores que levaram as partes ao litígio. Para pacificação do conflito e a fim de evitar novos desdobramentos advindos do conflito inicial, o órgão julgador deve atentar-se para resolver os interesses subjacentes ao interesse latente manifestado pelas partes muitas vezes difícil de compreender, podendo este interesse obscuro ser pluricontextual, com viés sociocultural, socioeconômico, relacionado com a religião do indivíduo, seu gênero ou etnia. Esta questão será analisada mais adiante, no tópico Cultura da Paz.

Por fim, ao lado da análise sociológica e atendo-se à técnica processual, tem-se ainda a palavra *lide* que, na concepção de Francesco Carnelutti, “é o conflito de

¹ DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo (recurso eletrônico)* – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2019 – pág. 5

interesses qualificado por uma pretensão resistida”², sendo o processo o mecanismo necessário para resolvê-la. Já para Enrico Tulio Liebman, lide seria o equivalente a mérito (pedido). Fato é que o CPC de 2015 traz uma multiplicidade de sentidos da palavra lide, devendo ser interpretada, conforme o contexto em que estiver inserida.

1.2. Conceito de processo

No mundo jurídico, o vocábulo *processo* é empregado de diversas formas e em contextos variados, sendo três as acepções mais relevantes³. A primeira delas é o *processo* como sistema de princípios e normas capaz de pacificar conflitos, segundo as normas do direito, entre pessoas ou grupo de pessoas. Considerando o processo civil, será o sistema de técnicas direcionado à resolução de conflitos em matéria não penal, como um ramo científico propriamente dito.

A segunda acepção, de certa forma, faz parte da primeira, uma vez que *processo* aqui é o conjunto de atos jurídicos a serem cumpridos pelos participantes do processo (juiz e partes), conforme modelo previamente estabelecido em consonância com as diretrizes da Constituição e das leis infraconstitucionais, dando origem ao procedimento.

A terceira acepção traz o *processo* como realidade fenomenológica⁴ da atuação de juízes ou árbitros e das partes nos conflitos.

Fredie Didier⁵ analisa essas três acepções, respectivamente: a) Sob o enfoque da Teoria da Norma Jurídica, sendo o processo criador de normas; b) Sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, como sinônimo de procedimento, caracterizando-se como ato jurídico complexo formado por diversos atos sucessivos destinados a um fim. Ainda de acordo com Teoria do Fato Jurídico, analisando-se os efeitos dos fatos jurídicos, *processo* é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da

² Francesco Canelutti, *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958 - p. 53-54

³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II* - 7ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2017 – pág. 23-25

⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II* - 7ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2017 – pág. 24

⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016 – pág. 32

justiça, etc). E c) O conceito de processo aliando à Teoria Geral do Direito, segundo a qual o *processo* é o procedimento com o contraditório.

2. Fases metodológicas do Direito Processual

O Direito enquanto ciência está em constante evolução, afinal, uma vez que se dedica ao estudo do comportamento humano, é natural que com a evolução da sociedade, ele passe por transformações e evoluções capazes de modificar a sua abordagem e até mesmo possibilitar o entendimento da necessidade de promulgação do Novo Código de Processo Civil, em 2015.

Assim sendo, essa evolução pode ser dividida em três fases metodológicas: a primeira denominada fase imanentista ou sincretista; a segunda, fase científica; e a terceira, fase instrumentalista ou teleológica, na qual o Direito Processual encontra-se atualmente⁶.

2.1. Fase praxista ou sincretista

Nesta fase, conhecida “pela negação à autonomia científica do direito processual”,⁷ o direito processual e o direito material confundiam-se, de modo que o Direito Processual não possuía autonomia científica, não detinha qualquer fundamentação principiológica ou conceitos próprios, resumindo-se a uma sequência de atos jurídicos que, empiricamente, compunham o procedimento que se confundia com o conceito de processo.

2.2. Fase científica ou processual

A segunda fase do Direito Processual teve início em 1868 com a publicação da obra *Die Lehre den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen – A Teoria*

⁶ DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo (recurso eletrônico)* – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2019 – pág. 32

⁷ DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo (recurso eletrônico)* – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2019 – pág. 32

das exceções processuais e os pressupostos Processuais do jurista alemão Oskar von Bülow, em que surge a teoria do processo como relação jurídica⁸.

A partir de então, o direito processual passou a ser visto como ciência autônoma, em que a existência de relação jurídica entre os sujeitos do processo não se confundia com o direito material sobre a qual se apoiava. Nessa fase, desenvolveram-se os conceitos fundamentais do direito processual, como ação, jurisdição, defesa, destacando-se entre os doutrinadores da época Francesco Carnelutti, Enrico Tullio Liebman, Giuseppe Chiovenda, Alfredo Buzaid, entre outros.

2.3. Fase instrumentalista ou teleológica – Teoria Circular de Carnelutti

A terceira fase é a fase evolucionista do direito processual civil, uma vez que acrescenta ao tecnicismo extremo da segunda fase a finalidade do processo, qual seja, obter resultados justos para os sujeitos do processo.

Assim sendo, o direito processual torna-se instrumento idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos⁹.

Nessa fase, o processo como procedimento ou ato jurídico complexo é o instrumento por meio do qual a parte buscará a tutela de uma situação jurídica material carecedora de apreciação jurisdicional¹⁰, estabelecendo-se entre o direito processual e o direito material uma relação circular em que um serve o outro (Teoria Circular de Carnelutti), sendo o processo o sistema de princípios e regras que regerá os atos jurídicos e o direito material o mérito da causa.

⁸ DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo (recurso eletrônico)* – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2019 – pág. 32

⁹ Exposição de motivos do Novo CPC – consulta em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> - 06.08.2019 - pág. 24

¹⁰ A quem entenda pelo caráter não instrumental do processo, por exemplo, José Frederico Marques. Para ele, o Direito Processual Civil não possui caráter instrumental, uma vez que não serve de meio para restabelecimento da observância do direito objetivo material; ao contrário, seria o direito material que se constitui como instrumento, por meio do qual o órgão jurisdicional soluciona a lide, visto que o direito processual objetiva a composição do litígio – WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1* – 16ª ed., reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016 – pág. 63

Nas palavras de Fredie Didier¹¹:

(...) ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.

Na mesma toada, com a constitucionalização do processo, este caracteriza-se como instrumento de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais esculpidos na Carta Magna de 1988, como a preservação da dignidade da pessoa humana, razão pela qual sustenta-se uma quarta fase do direito processual civil com o fenômeno da constitucionalização do processo.

Muitos doutrinadores importantes identificam essa quarta fase do direito processual civil e a denominam como neoconstitucionalismo, neoprocessualismo ou formalismo valorativo, a exemplo de Fredie Didier e Luiz Guilherme Marinoni. Para este último, “ainda que o juiz tenha como parâmetro as normas constitucionais, cabe-lhe, antes de tudo, dar tutela concreta ao direito material, se necessário mediante meios de execução”¹².

E acrescenta, dizendo que “a importância da perspectiva de direito material fica ainda mais nítida quando se percebe que a função do juiz não é apenas a de aditar a norma jurídica, mas sim a de tutelar concretamente o direito material (...)”.

Para Luiz Guilherme Marinoni, “o processo se apresenta como algo que necessariamente deve viabilizar a tutela autorizada e prometida pelo direito material”¹³.

E destaca que:

(...) não há como admitir que a técnica processual possa ser incapaz de permitir a tutela do direito. Na ausência de técnica processual adequada, o

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016 – pág. 41

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1 – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – pág. 157

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1 – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – pág. 161

juiz deve suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹⁴.

É o que o CPC/2015 consagra como o princípio da primazia da decisão de mérito, no sentido de que “deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra”¹⁵.

Veja que o artigo 4º do CPC/2015¹⁶ é assertivo ao “garantir à parte o direito à solução integral do mérito”¹⁷. No mesmo sentido, há outros dispositivos no código que reforçam esse princípio, como o art. 6º (segundo o qual os sujeitos do processo devem cooperar objetivando uma decisão de mérito justa e efetiva)¹⁸, art. 76 (com o dever do juiz de corrigir incapacidade processual)¹⁹, art. 139, IX (juiz deve determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de vícios)²⁰ e ainda os art. 282, §2º, art. 317, art. 321, art. 485, §7º, art. 488, art. 932 e art. 1.029, §3º, todos do CPC/2015.

3. Sistema multiportas de solução de litígios – ordem jurídica justa

3.1. Constitucionalização do processo

Como premissa, relembando a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a unidade da ordem jurídica:

(...) é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente a norma fundamental –

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1 – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – pág.161 – ao contrário do que defende Chiovenda, para quem uma tutela prometida pelo direito material pode não ser obtível no processo, tendo em vista que a técnica processual necessária pode não estar autorizada na lei.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016 – pág. 137

¹⁶ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável **a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.**

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016 – pág. 137

¹⁸ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, **decisão de mérito justa e efetiva.**

¹⁹ Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja **sanado o vício.**

²⁰ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IX - determinar o **suprimento** de pressupostos processuais e o **saneamento** de outros vícios processuais;

pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nesses termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora²¹.

Nesse contexto, “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado²², é norma positiva por meio da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais”²³. Depreende-se deste conceito que a Constituição Federal encontra-se hierarquicamente acima das demais normas jurídicas, de modo que todas as leis abaixo dela devem obedecer as suas regras, preceitos normativos, princípios e com ela ser compatível, sob pena de ser declarada formalmente ou materialmente inconstitucional.

E além de regular a produção de normas gerais, a Constituição pode determinar ainda “sobre o conteúdo das futuras leis”²⁴. Assim sendo, “o catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir”²⁵.

Tem-se assim um modelo constitucional do processo civil, em que as normas e regras atinentes ao processo civil “somente podem ser integradas e satisfatoriamente interpretadas em cotejo com aquelas dispostas na Constituição Federal, isto é, não se bastam sozinhas”²⁶.

Ou seja, “é a própria Constituição que orienta todo o ‘dever ser’ do processo e de todos os seus temas e institutos”²⁷, conforme se depreende, inclusive, do artigo 1º do CPC/2015²⁸.

²¹ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 – pág. 247

²² KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 – pág. 247

²³ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 – pág. 247

²⁴ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 – pág. 249

²⁵ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 – pág. 249

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1* – 16ª ed., reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016 – pág. 57

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1* – 16ª ed., reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016 – pág. 57

Isto posto, evidente que o Código de Processo Civil, enquanto lei ordinária, deve compatibilizar-se ao texto constitucional. No entanto, com relação ao Novo Código de Processo Civil promulgado no ano de 2015, os legisladores foram além. O CPC de 2015 não só é compatível com a Constituição Federal de 1988 (artigo 1º do CPC/2015), como incluiu em seu bojo, a começar, entre os artigos 1º e 12º – rol não exaustivo - normas fundamentais com o claro objetivo de adequar-se ao modelo constitucional de processo, a fim de que o processo civil leve aos operadores do direito as regras procedimentais em matéria civil, ressaltando o dever de observância aos preceitos constitucionais.

3.2. O princípio do acesso à justiça à luz do sistema multiportas

Nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, constitui um dos fundamentos da nossa República o princípio da *dignidade da pessoa humana*. Outrossim, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de modo a garantir o acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros.

Já o artigo 3º do Código de Processo Civil trata do princípio do acesso à justiça e ainda prestigia o sistema multiportas de solução de conflitos, visto que traz em seu bojo os Métodos Adequados de Solução de Conflitos – MASCS²⁹, os quais não vinham expressamente indicados no CPC de 1973, sendo, portanto, uma inovação e inaugurando o primeiro capítulo do novo CPC.

Dessa forma, o §1º dispõe que “é permitida a arbitragem” como meio de solução de controvérsias e é seguido do §2º consignando que é dever do Estado promover, “sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Em seguida, o §3º dispõe que:

²⁸ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

²⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A **conciliação**, a **mediação** e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Pode-se assim dizer que o Novo Código de Processo Civil encampa o princípio do acesso à justiça constitucionalmente estabelecido e dá origem a uma nova norma fundamental do processo civil contemporâneo, qual seja o estímulo à solução consensual de conflitos.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni³⁰:

Não é por outra razão que o novo Código explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de litígios e de forma expressa incentiva os meios alternativos de resolução de controvérsias (art. 3º do CPC). Ao fazê-lo, nosso Código concebe a Justiça Civil disposta não apenas um único meio para resolução do conflito – uma única porta que deve necessariamente ser aberta pela parte interessada. Pelo contrário, nosso Código adota um sistema de Justiça Multiportas que viabiliza diferentes técnicas para solução de conflitos – com especial ênfase na conciliação e na mediação.

E isso porque o acesso à justiça não se restringe apenas em acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça é muito mais do que ajuizar um processo na justiça estatal, é o cidadão conseguir resolver o seu conflito de forma que satisfaçam os seus interesses e suas necessidades, num espaço de tempo razoável, em respeito ao princípio da dignidade humana, a fim de que não precise aguardar por anos por uma sentença judicial que, nem sempre, trará a esperada justiça.

E conforme consta na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, fazia-se necessário que o sistema processual se harmonizasse com o Estado Democrático de Direito³¹.

Assim sendo, tendo em vista o caráter instrumental do processo analisado na terceira fase metodológica, o processo deve ser o instrumento para o reconhecimento e concretização de direitos e satisfação de necessidades, em busca da real efetividade do processo. E é nesse panorama que se desenvolvem os Métodos Adequados de Solução de Conflitos, como se verá adiante.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – pág. 174

³¹ Exposição de motivos do Código de Processo Civil – consulta em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> - 06.08.2019 - pág. 24

3.3. Os MASCs – Métodos Adequados de Solução de Conflitos

3.3.1. Contexto histórico

A expressão MASCs – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos ou Métodos Adequados de Solução de Conflitos tem origem na expressão inglesa “*alternative dispute resolution*” (ADR), cujo precursor foi o professor da escola de direito de Harvard Frank Sander, em meados de 1970³².

Em 1976, Frank Sander ganhou visibilidade na Conferência Roscoe Pound por meio do seu discurso famoso “Variedades de Processos de Resolução de Disputas”. Conforme explica Fernanda Tartuce³³:

(...) ele trouxe a visionária ideia, recentemente recepcionada no Brasil pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, de que os tribunais estatais não poderiam ter apenas uma “porta” de recepção de demandas relacionada ao litígio, mas sim que poderiam direcionar casos para vários outros meios de resolução de disputas, entre os quais a mediação, a conciliação e a arbitragem; esse evento é visto por muitos como o “Big Bang” da teoria e prática moderna da resolução de disputas.

As ideias do professor Sander foram muito bem recepcionadas pela Suprema Corte norte-americana, de modo que foram precursoras de inúmeras iniciativas no setor público, de modo que não demorou para a iniciativa privada aderir aos movimentos sociais no mesmo sentido³⁴.

Notou-se uma grande adesão à mediação nas causas envolvendo o Direito de Família, sendo que em alguns estados americanos a mediação familiar passou a ser obrigatória, estimulando o que se chamou de advocacia colaborativa (*collaborative law*); e desenvolve-se também a justiça restaurativa na área criminal, já em meados da década de 80.

Em meio a todos os estudos que vinham sendo desenvolvidos na época nas várias formas de mediação e negociação, surge o Projeto de Negociação (PON) de Harvard cujos fundadores são Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, amplamente utilizado em casos de disputas empresariais, sendo que as técnicas de

³² LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem (recurso eletrônico)*. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 – pág. 15

³³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis (recurso eletrônico)*. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019 – pág. 206

³⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis (recurso eletrônico)*. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019 – pág. 206

negociação ensinadas são aplicadas no mundo todo e constituem a base dos cursos de Capacitação de Conciliadores e Mediadores no Brasil.

No livro “*Como chegar ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*”, os autores estabelecem as principais diferenças entre a negociação distributiva e a negociação cooperativa, bem como destrincham os seus quatro princípios para o sucesso da negociação, quais sejam: separar as pessoas do problema, concentrar-se nos interesses e não nas posições, criar opções com possibilidade de ganhos mútuos e insistir no uso de critérios objetivos³⁵.

Na Argentina, em 5 de outubro de 1995, foi sancionada a Lei nº 24.573, segundo a qual, os casos que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis devem se submeter previamente à mediação para após terem acesso à Justiça Estatal, sendo que apenas advogados podem capacitar-se como mediadores judiciais³⁶. Pode-se afirmar, assim, que lá a audiência de mediação constitui-se como requisito de admissibilidade da demanda.

Contudo, não é o que ocorre no Brasil, uma vez que aqui o uso da conciliação e da mediação de forma prévia ao ingresso da ação judicial é facultativo. Com relação a este ponto, importante a lição do professor Humberto Theodoro Júnior³⁷:

(...) o sistema do novo Código não é o da obrigatoriedade de prévia busca da solução conciliatória como requisito para o ingresso em juízo. Ao contrário do que se passa em outras legislações atuais, como, por exemplo, a suíça, entre nós, a utilização da conciliação ou mediação pelas partes é facultativa.

O professor Paulo Eduardo Alves da Silva explica que “o *monopólio da jurisdição pelo Estado corresponde a um modelo político consolidado durante o século XIX que entrou em decadência nas últimas décadas do século XX*”³⁸ e ressalta:

³⁵ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 37 a 119

³⁶ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça; coordenadores Ada Pellegrini Grinover. Kazuo Watanabe* – Rio de Janeiro: Forense, 2012 - página 20

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (recurso eletrônico)* – 60ª ed. rev., atual. e ampl. (2ª reimpr.) – Rio de Janeiro: Forense, 2019 - pág. 470

³⁸ LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem (recurso eletrônico)*. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 – pág. 15

Os mecanismos não jurisdicionais de solução de conflitos não são uma criação do século XX, longe disso. Sempre houve, em cada sociedade e em cada época, maior ou menor propensão a mecanismos de justiça formais e centralizados no Estado ou, por outro lado, a mecanismos menos formais e com menor ou nenhuma presença estatal (ROBERTS & PALMER, 2005, p. 3)³⁹. Os ciclos de desformalização e reformalização da solução de disputas movem-se por impulsos de variada natureza (religiosos, étnicos, políticos, territoriais e temporais) no sentido da desformalização, que são de tempos em tempos refreados por reações de institucionalização e formalização, comumente pela via das leis e um órgão centralizador (ROBERTS & PALMER, 2005). Os atuais MASCs são o resultado da oscilação mais recente no sentido dos mecanismos informais e privados de justiça, identificada originalmente nos EUA nos anos 1980, difundida por diferentes países e que aportara mais intensamente no Brasil no início do século XXI³⁹.

No Brasil, os MASCs começaram a ser introduzidos no sistema de leis com a promulgação da ousada Lei de Arbitragem nº 9.307 de 1996, com o permissivo legal de que as partes pudessem resolver os seus conflitos pela arbitragem privada, fora do âmbito do Poder Judiciário, por meio de terceiro imparcial que proferiria sentença arbitral cujos efeitos seriam os mesmos da sentença judicial.

Uma vez promulgada a Lei 9.307/96, a aceitação da arbitragem como meio de solução de conflitos não fora imediata. Por alguns anos, pendeu sobre ela questionamento acerca da sua constitucionalidade, sob o argumento de que haveria violação ao princípio do acesso à justiça preconizado no artigo 5º, inciso XXXV da CF. Até que, no ano de 2001, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem nº 9.307/1996⁴⁰, fundamentando o decisum na máxima de que “o inciso XXXV representa um direito de ação e não um dever” (STF, SE 5.206).

Após, em 2002, por meio da Convenção de Nova Iorque, houve a internacionalização do decreto nº 4.311/2002, disciplinando o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, com consolidação posterior da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais reconhecendo os negócios jurídicos que convencionavam a arbitragem como meio de solução de conflito alternativo à Justiça Estatal e renunciavam ao Poder Judiciário, limitando-se os juízes a atuar apenas nas hipóteses em que a Lei de Arbitragem permitisse.

³⁹ LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem (recurso eletrônico)*. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 – pág. 15

⁴⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198&caixaBusca=N> (acesso em 23/07/2019)

Com a difusão da arbitragem no Brasil, quebrou-se a resistência cultural ao uso dos MASCS⁴¹ e a crise no sistema judiciário acabou por contribuir para a disseminação de novas formas de solução de conflitos.

Nesse contexto, passou-se a fomentar o que a professora Ada Pellegrini Grinover chamou de “justiça consensual”, propagando-se a “cultura da pacificação” com a resolução consensual dos conflitos em contraposição à “cultura da sentença” - expressão de autoria do professor Kazuo Watanabe⁴² -, segundo a qual a sentença proferida pelo juiz togado é que seria mais justa para as partes.

E em meio à crescente evolução da cultura da pacificação, a Resolução nº 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça introduziu a mediação no Poder Judiciário, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e determinou a instalação dos CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (artigo 7º, inciso IV), representando importante marco na mediação.

Mais tarde, outro marco importante, a promulgação da Lei de Mediação nº 13.140/2015 que trouxe regramento específico do instituto para iniciativa privada e para a Administração Pública, com normas sobre quem pode ser mediador, requisitos e regras procedimentais, sendo outro marco importante para o sistema multiportas de meios adequados de solução de conflitos.

Finalmente, o Código de Processo Civil de 2015 consagrou, como norma fundamental, no seu artigo 3º, §3º, os métodos de solução consensual de conflitos deixando claro o dever de todos os participantes do processo em estimulá-los, conforme segue:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
(...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores

⁴¹ LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem (recurso eletrônico)*. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 – pág. 19

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Mediação e gerenciamento do processo (recurso eletrônico): revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação* – 1ª ed., 3ª reimpr. - São Paulo: Atlas, 2013 – pág. 7

públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Assim sendo, todos esses diplomas legais compõem o “sistema multiportas” de solução de conflitos, que, nas palavras de Fernanda Tartuce é:

(...) o complexo de opções que cada pessoa tem à sua disposição para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos; tal sistema (que pode ser ou não articulado pelo Estado) envolve métodos heterocompositivos (adjudicatórios) e autocompositivos (consensuais), com ou sem a participação estatal⁴³.

Como se vê, são diversos os caminhos que a parte interessada pode seguir, a fim de solucionar o seu conflito, seja pelas vias de heterocomposição ou pelas vias de autocomposição.

3.3.2. Métodos heterocompositivos

Os métodos heterocompositivos são formas de solução de conflitos em que as partes delegam a um terceiro imparcial a função de solucionar o conflito existente entre elas, de modo que elas não possuem qualquer participação no resultado do julgamento e deverão submeter-se ao que restar decidido, ainda que a solução as desagrade.

Possuem cunho adversarial, de modo que as partes assumem as suas posições (autor, réu, requerente, requerido e demais denominações, conforme a matéria tratada), não fazem concessões e aguardam que o terceiro decida quem tem razão, sendo que uma das partes precisará perder para outra ganhar, numa relação ganha-perde.

Diante disso, são métodos heterocompositivos: a Justiça Estatal e a Arbitragem. No procedimento da Justiça Estatal, a parte que se sentiu lesada em seu direito ou com a intenção de prevenir-se contra eventual lesão (princípio do acesso à justiça – art. 5º, inciso XXXV da CF⁴⁴) provocará o Poder Judiciário

⁴³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis (recurso eletrônico)*. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019 – pág. 71

⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(princípio da inércia da jurisdição – art. 2º do CPC/2015⁴⁵), levando ao conhecimento do juiz da causa - escolhido por sorteio e imparcial – os fatos e documentos demonstradores do seu direito, com a intenção de convencer o juiz da veracidade dos seus argumentos (art. 319, incisos III a VI do CPC/2015⁴⁶).

Ato contínuo, a outra parte litigante será citada e terá a oportunidade de apresentar a sua defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor, bem como juntando eventuais documentos e especificando provas que pretenda produzir (arts. 336 e 337 do CPC/2015⁴⁷).

E, após o devido processo legal, caberá ao juiz da causa proferir a sentença (art. 316 do CPC/2015⁴⁸) cujo cumprimento será obrigatório pelas partes litigantes, após a interposição de todos os recursos cabíveis e certificado o trânsito em julgado. É claro que, caso a sentença seja reformada nas instâncias recursais, o acórdão reformador substituirá a sentença proferida em primeiro grau e as partes deverão cumprir o nele estabelecido.

Da mesma forma, a arbitragem também é método heterocompositivo de solução de conflitos e o seu procedimento está previsto na Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, recentemente alterada pela Lei 13.129/2015.

Para Carlos Alberto Carmona⁴⁹, a arbitragem:

É meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

⁴⁵ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

⁴⁶ Art. 319. A petição inicial indicará:

(...)III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

(...)

⁴⁷ Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

⁴⁸ Art. 316. A extinção do processo dar-se-á por sentença.

⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009 – pág. 31

Diferentemente da Justiça Estatal, em que qualquer das partes pode provocá-la a qualquer tempo em razão de lesão ou ameaça à direito, a arbitragem deverá ser eleita pelas partes como via solucionadora de conflitos já existentes ou que vierem a existir entre elas, desde que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, para que as partes possam provocá-la, privilegiando-se a autonomia da vontade.

Ou seja, as partes devem optar expressamente por resolver os seus conflitos pela arbitragem, o que o farão por meio da convenção de arbitragem em forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (art. 3º da Lei nº 9.307/1996⁵⁰):

a) pela cláusula compromissória: caso em que a arbitragem é eleita previamente ao conflito, com a inserção de cláusula específica no contrato firmado entre as partes, a qual disporá que futuros litígios oriundos deste contrato serão solucionados por meio da arbitragem, nos termos do artigo 4º da Lei 9.307/96⁵¹. Conforme disposto no artigo em referência, a cláusula arbitral deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado a que se refira;

b) pelo compromisso arbitral: firmado após a existência do conflito, em documento apartado, no qual as partes convencionam que o conflito será dirimido por meio da arbitragem, podendo ser judicial ou extrajudicial, nos termos do artigo 9º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.307/1996⁵².

A Lei de Arbitragem traz as regras gerais do procedimento arbitral, sendo certo que na convenção de arbitragem as partes poderão ainda definir o

⁵⁰ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁵¹ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁵² Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

procedimento que deverá ser seguido pelo árbitro ou tribunal arbitral para o conflito delas, como prazos, leis aplicáveis ao julgamento, bem como o que entenderem necessário, de modo a estabelecerem como se dará o procedimento, nos termos do que dispõe o artigo 21, *caput*, da Lei nº 9.307/1996⁵³, privilegiando-se a autonomia de vontade das partes, mais uma vez.

Outrossim, as partes têm a liberdade de escolher ainda o direito material e processual aplicável ao caso, podendo optar que a decisão do árbitro paute-se na equidade ou com base nos princípios gerais do direito, usos e costumes e nas regras internacionais do comércio, bem como escolher as leis aplicáveis, de modo que a Lei de Arbitragem “prestigiou em máximo grau e de modo expreso o princípio da autonomia da vontade”⁵⁴.

Neste método de solução de conflitos, o terceiro imparcial é o árbitro ou corpo de árbitros, sempre em número ímpar, todos capazes e de confiança das partes, nomeados por ambas⁵⁵ que seguirão um processo informado pelo devido processo legal e sua decisão terá a mesma autoridade de uma sentença judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996⁵⁶).

Desta forma, as partes interessadas elegem um árbitro ou tribunal arbitral como terceiro imparcial que irá impor às partes a solução do conflito, em sentença arbitral contra a qual não cabe recurso (art. 18 da Lei 9.307/1996⁵⁷).

Além de heterocompositivo, trata-se de método extrajudicial e privado, de modo que as partes elegem esta via fora dos âmbitos do Poder Judiciário, junto a um árbitro *ad hoc* ou a uma Câmara de Arbitragem devidamente regulamentada. Como os árbitros são profissionais altamente capacitados e experientes nas suas

⁵³ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009 – pág. 15

⁵⁵ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

⁵⁶ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, **os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário** e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁵⁷ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e **a sentença que proferir não fica sujeita a recurso** ou a homologação pelo Poder Judiciário.

áreas de conhecimento e os seus honorários são pagos diretamente pelas partes, a arbitragem tende a ser um método um tanto caro, sendo um método de solução de conflitos mais utilizado na área empresarial e em relações internacionais, em que as empresas prezam pela confidencialidade do procedimento - uma das características do processo arbitral - e preferem contratar um profissional de habilidade reconhecida para decidir a causa ao invés de ingressar na Justiça Estatal e ter o seu caso julgado por um magistrado generalista. E observe-se que, de fato, o árbitro deve ser *expert* na matéria, uma vez que contra a sentença arbitral não é cabível recurso.

Por fim, importante mencionar que, ao elegerem a arbitragem como meio de solução dos conflitos, as partes renunciam à Justiça Estatal do Poder Judiciário, de modo que toda e qualquer discussão advinda da relação firmada deverá ser dirimida junto ao árbitro ou tribunal arbitral, salvo em alguns casos em que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário, como para concessão de medidas urgentes antes da instauração da arbitragem ou ainda para execução da sentença arbitral.

É possível notar que diferentemente do que ocorre na Justiça Estatal, a arbitragem privilegia a autonomia de vontade das partes, deixando a cargo delas convenciona-la antes ou depois de nascido o conflito, a escolha do árbitro ou tribunal arbitral e mesmo delinear o procedimento arbitral que será seguido pelo julgador.

No entanto, em que pese a autonomia das partes ser a sua principal característica, as partes não se dissociam de suas posições, há ainda a polarização e a sentença decidirá quem perde e quem ganha, assim como ocorre na Justiça Estatal. E essa é a principal diferença entre os métodos heterocompositivos e os autocompositivos, uma vez que nestes as partes não se submetem à decisão de um terceiro, elas constroem juntas a solução para o problema delas, numa relação ganha-ganha, como veremos a seguir.

3.3.3. Métodos autocompositivos

São métodos autocompositivos de solução de conflitos a conciliação e a mediação, nas quais um terceiro imparcial – conciliador ou mediador - utilizará técnicas que facilitem o diálogo entre as partes em conflito, a fim de auxiliá-las a

criar opções de soluções para o seu problema com possibilidades de ganhos mútuos (técnica de *brainstorm*)⁵⁸ e seja passível de cumprimento.

Nos termos da Lei de Mediação nº 13.140/2015, artigo 1º, parágrafo único, “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Em ambos os métodos, o objetivo precípua da sessão é o diálogo entre as partes que estão em conflito, de modo que eventual acordo sobre os fatos discutidos constituirá meramente o resultado de uma conversa bem conduzida. Dessa forma, o acordo não é o objetivo da sessão de conciliação e mediação, mas a consequência, o fruto do que as partes decidirem a respeito do seu problema.

Quanto ao terceiro imparcial, na conciliação será o conciliador e na mediação será o mediador, de modo que a conciliação ocorrerá nos casos em que as partes não possuem vínculo anterior aos fatos que a levaram à sessão, ou seja, aquele problema seja um conflito pontual a ser resolvido, sendo certo que uma vez solucionado, cada uma seguirá em caminhos distintos, nos termos do artigo 165, §2º do CPC/2015⁵⁹. Neste caso, o conciliador auxiliará no diálogo das partes sem sugestão de opções de solução para o conflito, de modo que, por meios de técnicas, estimulará a reflexão das partes e as instigará a proporem soluções à outra parte para resolverem o problema existente com ganho mútuo.

Já a mediação se dará nos casos em que as partes possuem entre si vínculo afetivo que merece ser preservado (artigo 165, §3º do CPC/2015⁶⁰), é um vínculo duradouro, ou seja, é interessante a solução do problema existente, para que as partes mantenham ou retomem o relacionamento entre elas. Por essa razão, a

⁵⁸ URY, William. *Como chegar ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – pág. 84-94 – a técnica *brainstorming* “tem o objetivo de produzir o máximo de ideias possível para resolver determinado problema”.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

mediação é utilizada principalmente em matéria de direito de família e sucessório, nos quais as partes envolvidas possuem vínculo familiar a ser preservado.

Neste caso, é permitido que o mediador sugira opções de soluções, a fim de auxiliar às partes a construírem a solução para o seu problema.

Nos métodos autocompositivos, os conciliadores e mediadores aplicam diversas técnicas com o objetivo de estimular o diálogo e identificar eventuais interesses por trás do conflito latente das partes, ou seja, por quais razões as partes estão ali na sessão realizando certos pedidos. Quer dizer, muitas vezes as pessoas fazem determinados pedidos motivados por fatos que a outra parte desconhece. Nesse contexto, é dever do conciliador e mediador identificar esses interesses subjacentes e trazer à mesa para que sejam resolvidos, a fim de que não haja demandas futuras oriundas daquele conflito mal resolvido.

E isto porque uma conciliação ou mediação mal feita, que seja frutífera em termos de acordo para aquele pedido declarado, mas que não trate os interesses subjacentes ao pedido principal, poderá dar ensejo a novas demandas, uma vez que o problema original continuou sem solução.

E entre as técnicas utilizadas pelos conciliadores e mediadores, tem-se o preparo do local da sessão, a disposição da sala, da mesa, das cadeiras, o desenvolvimento da empatia com o trato amistoso com as partes, o *raportt*, a formulação de perguntas para estimular as partes a dialogar e fazer com que o outro ouça os fatos narrados da forma exposta pelo participante da sessão, a recontextualização do que é dito retirando as palavras que imprimam forte carga emocional, o *brainstorming* já explicado, o teste de realidade, a fim de que as partes reflitam sobre suas reais possibilidades de cumprimento do que está sendo pactuado, entre outras técnicas.

4. A audiência preliminar do artigo 334 do Código de Processo Civil

Neste momento, necessário fazer um apanhado do que foi visto até aqui, a fim de compilar os temas abordados, para melhor entendimento da audiência do artigo 334. No capítulo 2, este trabalho dedicou-se a expor as fases metodológicas

do processo civil desde a fase sincretista até a terceira fase do direito processual civil - instrumentalista ou teleológica - na qual o processo torna-se instrumento capaz de possibilitar o exercício do direito material, numa relação circular, sendo que o direito processual e o direito material estão intrinsecamente ligados no sistema processual.

Com relação ao seu caráter instrumental, a própria exposição de motivos do novo Código de Processo Civil destaca essa característica, consignando que o processo deve proporcionar “à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados⁶¹”, a fim de que o sistema processual civil esteja em consonância com o Estado Democrático de Direito.

E mais à frente⁶², ao debruçar-se sobre os objetivos a serem alcançados com o novo diploma processual, no item 2, enfatizou a importância social do processo, inovando o CPC/2015 ao possibilitar expressamente que as partes utilizem-se da mediação e da conciliação para colocar fim ao seu litígio, conforme consta do artigo 3º, §§2º e 3º do CPC/2015.

É aí que o sistema multiportas de solução de conflitos ganha destaque como um conjunto de caminhos à disposição de cada indivíduo, a fim de que opte pela via que melhor atenda as suas necessidades, tanto em relação ao custo, quanto tempo de duração e eficácia do meio a depender da matéria envolvida.

Acrescente-se ainda a base principiológica do novo CPC, uma vez que os princípios do autorregramento da vontade das partes, bem como de estímulo às soluções consensuais do processo estão entre as principais características do novo código, tendo em vista os diversos artigos espalhados pelo códice que deixam evidente a intenção do legislador ordinário de dar às partes o papel de protagonistas do processo, privilegiando o negócio processual, concedendo maiores poderes de decisão aos demandantes, bem como ampliando o conceito de jurisdição, como já visto.

⁶¹ Exposição de motivos do Novo CPC – consulta em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> - 06.08.2019 - pág. 24

⁶² Exposição de motivos do Novo CPC – consulta em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> - 06.08.2019 - pág. 31

Com base em todo o exposto é que a exposição de motivos torna regra a realização da audiência de mediação prevista no artigo 334 do CPC/2015, antes mesmo de ser apresentada contestação pelo réu, a fim de que conciliadores e mediadores tentem a solução consensual do litígio.

Neste sentir, o artigo 334 do CPC/2015 é uma das principais inovações do CPC/2015 em relação ao CPC/1973, de modo que será analisado minuciosamente nos próximos itens.

4.1. Um paralelo entre o CPC/1973 e o CPC/2015

Estabelecendo-se mais uma vez um paralelo entre o CPC/1973 e o CPC/2015, no antigo diploma processual, a audiência preliminar estava prevista no artigo 331, *caput* e §§, nos termos que seguem:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

E sobre essa audiência, alguns pontos que merecem destaque. A audiência do art. 331 foi introduzida no sistema processual civil pela Reforma do CPC de 1973, com a Lei nº 8.952/1994, como uma audiência destinada à tentativa de conciliar as partes, para saneamento do processo, fixação de pontos controvertidos e ainda definição das provas a serem produzidas⁶³.

A partir daí, eram duas as formas de saneamento do processo: pela audiência do art. 331 do CPC/1973, no caso do juiz julgar necessária e útil a sua designação;

⁶³ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 – pág. 95

ou no saneamento por gabinete⁶⁴, nos casos em que a audiência não fosse designada, seja pelo juiz não entender necessária, seja por ser descabida a sua realização a depender do objeto do processo⁶⁵.

Nesse sentir, tem-se que a designação dessa audiência não era obrigatória, de modo que não raras as vezes o saneamento dava-se no gabinete, prejudicando-se o encontro das partes para tentativa de conciliação. Ou ainda, quando designada a audiência, compareciam apenas os advogados das partes, *pro forma*, para acompanhar o despacho de saneamento do processo⁶⁶.

Outrossim, a audiência preliminar era realizada após a apresentação da contestação, não se falava em atuação de conciliadores e mediadores, de modo que a sessão era realizada pelo próprio juiz da causa, a quem incumbia a função de tentar a composição das partes, sem as técnicas adequadas de conciliação e mediação e, não havendo acordo, fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas ou sanear o processo e ordenar a produção de provas.

Pode-se dizer assim que tal audiência não poderia nem mesmo ser considerada preliminar, uma vez que autor e réu já teriam apresentado os seus argumentos tanto na petição inicial quanto na contestação, com o acirramento dos ânimos no processo.

No CPC/2015, houve o desmembramento dessas etapas, de modo que continua prevista a audiência de saneamento do processo, agora no artigo 357 do NCPC, mas com a criação da audiência preliminar exclusivamente para tentativa de solução consensual do litígio prevista no artigo 334.

⁶⁴ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 – pág. 96

⁶⁵ Conforme Guedes explica em seu livro, havia três posições à respeito da obrigatoriedade ou dispensabilidade da audiência do art. 331 do CPC/1973. O primeiro posicionamento no sentido de que ela deve ser realizada, independentemente do direito discutido ser disponível ou indisponível, sendo *ato essencial* do processo (como defensores, Cândido Rangel Dinamarco, Nelson Nery Junior, Alexandre de Freitas Câmara, entre outros). O segundo posicionamento entende que a audiência deverá realizar-se quando objeto do processo versar sobre *direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação*. O terceiro, no sentido de que só deverá ocorrer no caso de direitos disponíveis. – pág. 96-97

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC: Lei 13.105/2015* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 – pág. 919

Como ensina Humberto Theodoro Junior, o CPC/2015 prevê a realização de até três audiências no procedimento comum⁶⁷:

(a) a audiência preliminar (NCPC, art. 334), que poderá ocorrer em qualquer processo, e cujo **objetivo específico é a tentativa de composição consensual entre as partes**, a qual sendo obtida levará à extinção do processo, com decisão de mérito (art. 487, III, b); (b) a *audiência de saneamento* (art. 357, § 3º), que ocorrerá somente em causas complexas, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. O juiz, ao final, deverá proferir decisão que resolverá as questões previstas no *caput* do art. 357;¹⁴¹ e (c) *audiência de instrução e julgamento* (arts. 358-368), que será designada na decisão de saneamento quando não for possível o julgamento antecipado de mérito (art. 356, *caput*).

Outrossim, o CPC/2015 tornou obrigatória a realização de audiências em processos que versem sobre Direito de Família, conforme se depreende do artigo 695, *caput*: “recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694”. E o artigo 694, por sua vez disporá que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia”.

Sobre o tema, ensina Humberto Theodoro Junior que:

Nada obstante, o NCPC, entre suas normas fundamentais, inclui a que impõe o dever de estimular o uso dos métodos de solução consensual de conflitos, ao qual se submetem todos os sujeitos do processo (juízes, advogados, defensores públicos e representantes do Ministério Público), conforme se vê do § 3º do art. 3º. Nas ações de família, no entanto, a audiência de mediação e conciliação é obrigatória, independentemente do assentimento das partes (art. 695)⁶⁸.

Ademais, o artigo 696 dispõe que:

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

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (recurso eletrônico)* – 60ª ed. rev., atual. e ampl. (2ª reimpr.) – Rio de Janeiro: Forense, 2019 - pág.476

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (recurso eletrônico)* – 60ª ed. rev., atual. e ampl. (2ª reimpr.) – Rio de Janeiro: Forense, 2019 - pág. 470

Tudo para evidenciar o objetivo do legislador no sentido de estimular as soluções consensuais dos conflitos. Isto posto, passa-se à análise dos elementos da audiência do artigo 334 do CPC/2015.

4.2. Do indeferimento da petição inicial e da improcedência liminar do pedido

a) Do indeferimento da petição inicial

O artigo 334 do CPC/2015 traz duas situações a serem superadas, para que o juiz possa designar a audiência de conciliação e mediação, vejamos:

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

As regras do procedimento comum iniciam-se no CPC/2015 a partir do artigo 318, sendo que os artigos 319 ao 321 tratam “dos requisitos da Petição Inicial”, seguidos dos artigos 322 a 329 acerca “do pedido”. Ato contínuo, nos artigos 330 e 331, o CPC/2015 dispõe sobre as hipóteses de “indeferimento da Petição Inicial”, bem como no artigo 332 sobre “a improcedência liminar do pedido”.

Dessa forma, o CPC/2015 trata entre os artigos 330 e 332 do “juízo de admissibilidade negativo, seja de cunho processual (arts. 330 e 331) e também por razões de mérito (art. 332)”⁶⁹.

Do artigo 330 do CPC/2015 depreende-se que a petição inicial será indeferida em quatro hipóteses:

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:
I - for inepta;
II - a parte for manifestamente ilegítima;
III - o autor carecer de interesse processual;
IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321 .

E nos termos do §1º do mesmo dispositivo, considera-se inepta a petição inicial quando: a) Faltar-lhe pedido ou causa de pedir; b) O pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; c) Da

⁶⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* (recurso eletrônico) – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2019 – pág. 366

narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; e d) Contiver pedidos incompatíveis entre si.

Note-se que as hipóteses contidas nos incisos I e III eram conhecidas durante a vigência do CPC/1973 como condições da ação, de modo que na atual sistemática todas as hipóteses caracterizam requisitos de admissibilidade da Petição Inicial.

Outrossim, os §§ 2º e 3º dispõe que:

§ 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.

§ 3º Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.

O artigo 331 dispõe que caberá recurso de apelação contra a sentença que indeferir a Petição Inicial, sendo permitida a retratação do juiz, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 331, *caput*). Não havendo retratação, o juiz mandará citar o réu para responder ao recurso (ou seja, apresentar suas contrarrazões de apelação - §1º). Caso seja reformada a sentença, nos termos do dispositivo, abrir-se-á prazo para apresentação de contestação pelo réu (§2º), observado o disposto no art. 334. Aqui, merece uma ressalva quanto à remissão feita pelo legislador. Numa interpretação sistemática dos artigos 331 e 334, cumpre concluir que, reformada a sentença, o juiz deverá designar a audiência de conciliação e mediação com a intimação das partes que, caso se manifestem em sentido contrário, passará a correr o prazo para apresentação de defesa pelo réu⁷⁰.

Por fim, o §3º dispõe que, não sendo interposto recurso de apelação pelo autor, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

b) Da improcedência liminar do pedido

O artigo 332 é de fácil compreensão, de modo que o juiz julgará, de plano, improcedente o pedido, nas seguintes hipóteses:

⁷⁰BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* (recurso eletrônico) – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2019 – pág. 368

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

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

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

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

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

No que toca às hipóteses de improcedência liminar do pedido, importante a lição do professor Cássio Scarpinella Bueno⁷¹:

É coerente o CPC de 2015 com o que ele próprio propõe quanto à eficácia dos precedentes dos Tribunais ao impor a improcedência liminar quando a petição inicial re-tratar pretensão colidente nos casos destacados. Importa, por isso mesmo, interpretar as hipóteses dos incisos do art. 332 levando em conta os referenciais (os “indexadores jurisprudenciais”) do art. 927.

Outrossim, o §1º do mesmo artigo prevê ainda a hipótese de improcedência liminar do pedido, quando o juiz verificar desde logo a ocorrência de decadência ou prescrição.

Por fim, da mesma forma, caberá recurso de apelação contra a sentença que julgar liminarmente improcedente o pedido, sendo permitida a retratação do juiz, no prazo de 5 (cinco) dias (§§ 1º e 2º). Não sendo interposto recurso de apelação pelo autor, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença interposta (§1º). E, por fim, não havendo retratação, o juiz mandará citar o réu para responder ao recurso (ou seja, apresentar suas contrarrazões de apelação - §1º). Aqui, da mesma forma que no artigo antecedente, entende-se que haverá a citação do réu para comparecer na audiência de conciliação e mediação.

4.3. Da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação

Como visto, não incidindo as hipóteses de indeferimento da Petição Inicial e de improcedência liminar do pedido, o juiz designará a audiência de conciliação e mediação. E pela importância do dispositivo, bem como por questão didática, segue abaixo transcrito novamente o *caput* do artigo 334 do CPC/2015 para análise com destaques, vejamos:

⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* (recurso eletrônico) – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2019 – pág. 369

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

O *caput* do artigo em referência não deixa dúvidas no que toca à obrigatoriedade do juiz da causa designar a audiência, como primeira tentativa no processo de acordo entre as partes com auxílio do conciliador ou do mediador, a depender do caso.

Ocorre que, em que pese a obrigatoriedade quanto à sua designação, tanto o autor quanto o réu podem informar ao Juízo que não tem interesse na realização da audiência de conciliação ou mediação, sem a necessidade de justificar-se, meramente informando que não possuem interesse na sua realização.

Para o autor, constitui um dos requisitos da petição inicial informar a sua opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação, conforme dispõe o artigo 319, inciso VII do CPC/2015, vejamos:

Art. 319. A petição inicial indicará:
(...)
VII - a **opção do autor** pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Ademais, o próprio §5º do artigo 334, primeira parte, ressalta que o autor deverá fazê-lo na petição inicial e dispõe em sua segunda parte que quanto ao réu, deverá fazê-lo, por petição, a ser apresentada em Juízo com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência (§5º do mesmo artigo).

Assim sendo, conclui-se logicamente que o desinteresse deve ser expresso, de modo que permanecendo as partes silentes, ou no caso de apenas uma das partes manifestar interesse na realização da audiência, esta deverá ocorrer.

No mesmo sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni⁷²:

Note-se que não basta, para obstar à realização da audiência, que apenas uma das partes não queira a sua realização. O legislador refere que ambas as partes devem expressamente manifestar o desinteresse na composição

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – pág. 180

consensual. Uma interpretação favorável à autocomposição – que constitui a diretriz interpretativa preferida pelo legislador, art. 3º, §2º - determina que a audiência só não seja realizada se ambas as partes expressamente manifestarem o desinteresse. Apenas uma delas manifestando-se contra, o legislador aposta na possibilidade de a conciliação ou de a mediação vencer a sua resistência ao acordo em audiência.

E ainda Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷³:

(...) tendo em vista que o CPC determina que o desinteresse deve ser expresso, e deve abranger ambas as partes e todos os litisconsortes, se um dos envolvidos manifestar interesse, a audiência deverá ser realizada, haja vista que existe a possibilidade de ao menos entabular a negociação para amadurecimento e solução posterior. Por tudo isso, verifica-se que o processo brasileiro efetivamente enfatizou o acordo em lugar da litigância, a solução rápida em lugar da discussão eternizada por anos e anos.

Dessa forma, em que pese a obrigatoriedade do juiz em designar a audiência, ela não se realizará: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na composição consensual; II – ou quando a matéria sobre a qual versem os fatos não admitir autocomposição, nos termos do artigo 334, §4º do CPC/2015.

Em seguida, o §6º do artigo 334 do CPC/2015 estabelece que “havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes”, de modo que caso um dos participantes do processo seja silente ou manifeste interesse na realização da audiência, ela deve se realizar.

Sobre litisconsórcio, pondera o professor Cássio Scarpinella Bueno⁷⁴ que:

(...) A regra merece ser compreendida no sentido de que, não havendo concordância de todos os litisconsortes sobre a sua realização, a audiência deve ser realizada. Assim entendida, a regra tem em mira os casos de litisconsórcio simples. É neles que qualquer um dos litisconsortes pode chegar a consenso com a parte contrária independentemente da concordância ou vontade do outro litisconsorte. Quando a hipótese for de litisconsórcio unitário, a audiência e eventual solução consensual até podem ocorrer com apenas parte dos litisconsortes. A diferença é que os efeitos de tal solução no plano do processo podem não ser sentidos, gerando, inclusive, novos litígios entre os próprios litisconsortes. Neste caso, e para obviar o problema, parece preferível ao magistrado, rente à relação jurídica material característica daquela espécie de litis-consórcio, que deixe de

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC: Lei 13.105/2015* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 – pág. 919

⁷⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* (recurso eletrônico) – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2019 - pág. 374

designar a audiência, a não ser que todos os litisconsortes estejam concordes com sua realização⁷⁵.

No que toca às matérias que não admitem autocomposição. Quanto ao clássico exemplo de que a Administração Pública não poderia transacionar, necessário ressaltar que a Lei 13.129/2015 alterou a redação do artigo 1º, §1º da Lei 9.307/1996, estabelecendo que:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
 § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**. (grifamos)

Outrossim, a Lei de Mediação nº 13.140/2015, além de dispor sobre a mediação entre os particulares como meio de solução de controvérsias, dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, dedicando um capítulo apenas para tratar da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. É o que se extrai dos artigos 32 ao 40, com algumas pinceladas nos artigos 30 e 31 que diz respeito ao dever de confidencialidade e suas exceções.

4.4. Da citação do réu

Cumprir notar a importante alteração legislativa do CPC/1973 para o CPC/2015. O título VIII do CPC/1973 tratava especificamente do procedimento ordinário e o seu capítulo I iniciava-se com os requisitos da petição inicial em seu artigo 282⁷⁶. E conforme preconizava o antigo artigo 285⁷⁷, primeira parte, “estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para

⁷⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* (recurso eletrônico) – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2019 - pág. 374

⁷⁶ Art. 282. A petição inicial indicará:

- I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
- II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
- III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- IV - o pedido, com as suas especificações;
- V - o valor da causa;
- VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII - o requerimento para a citação do réu.

⁷⁷ Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor.

responder”. E em complemento, o artigo 297⁷⁸ que iniciava o capítulo atinente à resposta do réu, estabelecia o prazo de 15 (quinze) dias para que o réu oferecesse a sua contestação.

O CPC/2015 altera esta dinâmica. Ao invés do réu ser citado para responder à ação, ele será citado para comparecer na audiência de conciliação ou mediação, como primeira tentativa de acordo dentro do processo para que conciliadores e mediadores auxiliem as partes a tentarem a autocomposição.

Isso não quer dizer que o réu não terá oportunidade de defender-se. Ocorre que o CPC/2015 privilegiou a realização da audiência de conciliação e mediação antes mesmo da apresentação da defesa pelo réu.

E o objetivo do legislador ao assim determinar é, de certa forma, fácil de se compreender. Uma vez instaurada a demanda, ao menos que a parte autora fale, não há como o juiz da causa ter conhecimento se as partes do processo já tiveram oportunidade anterior de conversarem a respeito dos fatos que deram origem àquele litígio.

Dessa forma, antes da apresentação da contestação, os ânimos ainda não estão tão exaltados e ainda há chances melhores das partes de comporem. Na contestação, o réu trará os seus argumentos à demanda e os sentimentos poderão ficar mais difíceis de serem tratados posteriormente.

Dito isto, o momento de apresentação da contestação será diferente, quer dizer, o termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias – úteis – dependerá das providências atinentes à própria audiência do art. 334. Explico. O artigo 335 dispõe o seguinte:

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

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

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

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

⁷⁸Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

Assim sendo, o termo inicial do prazo para apresentação de defesa pelo réu variará de acordo com os fatores elencados.

4.5. Do não comparecimento injustificado da parte na audiência

Como dito, o autor tem o dever de indicar na petição o inicial o seu desinteresse na realização da audiência de conciliação e mediação; tal como o réu, só que em petição dirigida ao Juízo no prazo de 10 (dez) dias úteis antes da audiência.

Defende-se aqui que a intenção do CPC/2015 é realmente levar as partes à audiência como tentativa de solucionarem o seu conflito. E isso não apenas como uma imposição legal, mas justamente porque o legislador acredita piamente nos institutos da conciliação e da mediação que, muitas vezes, não são utilizados pelas partes por desconhecimento ou mesmo porque erradamente acreditam que o melhor é delegar ao juiz a função de decidir sobre os fatos, seja porque entenda que é o mais justo, seja por praticidade, pois é mais fácil dar a alguém o poder de dar uma solução para o problema, mesmo que depois a parte não concorde, do que negociar e pensar em soluções que sejam boas para ambas as partes e coloquem fim ao litígio.

Assim sendo, defende-se a interpretação do texto legal no sentido de que caso uma das partes manifeste o interesse na realização da audiência de conciliação e mediação, esta deverá ser designada pelo juiz da causa e ambas as partes serão obrigadas a nela comparecer, sob pena da conduta da parte ausente incorrer em ato atentatório à dignidade da justiça e ser aplicada a multa prevista no §8º do artigo 334 do CPC/2015:

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

Neste ponto, há quem questione: obrigar a parte que não tem interesse na realização da audiência de conciliação e mediação a nela comparecer ofende o

princípio do autorregramento da vontade das partes tão prestigiado pelo CPC/2015⁷⁹?

Veja que há um conflito principiológico. Primeiro, porque da mesma forma que uma das partes tem o direito de não querer participar da audiência, a outra tem o direito de o querer, de modo que havendo manifestação de interesse de uma das partes, de rigor que a parte interessada tenha a oportunidade de tentar chegar a um acordo com a parte contrária (fala-se aqui em parte contrária, pois a audiência do art. 334 é realizada já com o processo em andamento, de modo que as partes já estão em posições adversárias, embora na sessão de conciliação e mediação o trato seja no sentido delas abandonarem as suas posições).

Segundo, pois claramente a intenção do código ao encampar a conciliação e a mediação como meios de solução de conflitos é justamente estimular a solução consensual do conflito, a fim de que a Justiça Estatal torne-se o “meio alternativo” de solução de conflitos e não a primeira porta do jurisdicionado, no caso de não conseguir resolver os seus problemas.

Por tudo isso, entende-se aqui que a ideia do legislador é a não realização da audiência apenas nas duas hipóteses previstas no §4º, de modo que ambas as partes devem manifestar o desinteresse na realização da audiência, com interpretação restrita do referido dispositivo.

Nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, não raramente, comparece apenas uma das partes na audiência com interesse genuíno de tentar um acordo e a audiência acaba prejudicada pela ausência da outra parte. Chega a ser triste ver o potencial da sessão e a sua não realização pela ausência da outra parte que não se dispôs a comparecer a uma conversa informal.

Isto posto, repita-se, uma vez que as partes permaneçam silentes ou uma das partes manifeste o interesse na realização da audiência, o juiz deverá designá-la e ambas as partes deverão comparecer.

⁷⁹ Para José Miguel Garcia Medina, o §5º do art. 334 do CPC/2015 deve ser considerado como outra hipótese em que se justifica não realização da referida audiência, e não uma explicação do modo como se deve operacionalizar a hipótese já prevista no §4º, I do mesmo artigo. Em MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017 – pág. 599*

Importante destacar ainda que o dispositivo exige o comparecimento das partes na audiência. Sobre a matéria, há duas correntes doutrinárias no que toca à obrigatoriedade da presença dos advogados na audiência: para José Maria Câmara Júnior, por exemplo, não há obrigatoriedade da presença dos advogados no ato processual, apenas das partes, numa interpretação restrita do dispositivo legal⁸⁰. Já para Nelson Nery e Rosa Nery, as partes devem estar acompanhadas por seus respectivos advogados ou defensores públicos⁸¹.

Assim sendo, embora o texto da lei obrigue “as partes” a comparecerem na audiência, é aconselhável a presença dos respectivos advogados – que devem comparecer com uma postura cooperativa ao acordo, saliente-se. Até porque a audiência preliminar constitui um ato processual, de modo que uma vez instaurada a demanda, o advogado possui o dever de acompanhar o seu cliente em todo o procedimento.

Por fim, resta uma última observação. Comparecer na audiência não se confunde com apresentar proposta de acordo, uma vez que é possível a parte comparecer à sessão sem, contudo, apresentar qualquer proposta de acordo, em cumprimento estrito ao texto da lei. Em casos como esse, não havendo proposta de acordo, faltarão ao conciliador e ao mediador elementos para a fase de negociação da sessão, de modo que muito provavelmente o resultado da audiência será infrutífero. Apesar do desfecho negativo, a audiência será realizada e ambas as partes terão atendido ao que dispõe o artigo 334, *caput* e seus parágrafos, do CPC/2015.

Numa outra perspectiva, a atuação do conciliador e do mediador consiste em aproximar as partes e auxiliar no restabelecimento do diálogo entre elas. Desta feita, ainda que as partes não cheguem à fase de negociação por falta de proposta de acordo, a audiência poderá ser bem sucedida no sentido dos participantes conseguirem conversar, expor os seus pontos de vista e negociar a solução do caso fora do CEJUSC.

⁸⁰ CÂMARA JR, José Maria; coordenação de ALVIM, Angélica Arruda. *Comentários ao código de processo civil* – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 – pág. 478

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC: Lei 13.105/2015* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 – pág. 920

Se assim se sucede, em que pese no termo de audiência vir a constar que a sessão restou infrutífera, há grandes chances das partes virem a se autocompor extrajudicialmente e peticionarem nos autos o acordo a que chegarem. Num contexto como este, conclui-se que o objetivo da sessão de conciliação e mediação foi alcançado, uma vez que o diálogo entre as partes terá sido restabelecido e levado à solução consensual do caso.

Como bem se verá dois itens adiante, o objetivo é a solução do problema e não de que forma essa solução será encontrada, seja no CEJUSC, seja extrajudicialmente, fora das portas do Judiciário, o importante é que as partes consigam enxergar a solução e encerrar o litígio, da melhor forma para ambas.

4.6. Do ativismo judicial

Conforme exposto no primeiro item deste capítulo, a antiga audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC/1973 era realizada pelo juiz da causa e o seu objetivo precípuo não era tentar a conciliação das partes, de modo que o julgador o tentava *pro forma*.

Ocorre que, entre as inovações trazidas pelo CPC/2015, encontra-se a busca pela solução consensual dos conflitos como norma fundamental do processo. Neste sentir, retome-se aqui o teor do artigo 3º, §§ 2º e 3º do CPC/2015:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
(...)

§ 2º O **Estado promoverá**, sempre que possível, a **solução consensual dos conflitos**.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser **estimulados por juízes**, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Como se vê, o novo diploma processual impõe aos juízes (e da mesma forma, aos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público) o dever de estimular a solução consensual dos conflitos.

Assim sendo, no caso do juiz visualizar qualquer chance das partes chegarem a um acordo, poderá encaminhar os autos ao CEJUSC correspondente, para que seja designada audiência de conciliação e mediação, com auxílio dos conciliadores e

mediadores. Caso não haja acordo, o processo segue normalmente, sem qualquer prejuízo às partes.

A partir da leitura do *caput* do artigo 334 do CPC/2015, bem como da sucessão de atos processuais previstas em seus parágrafos, depreende-se que esta audiência é a primeira tentativa de acordo entre as partes, após a propositura da demanda.

E diga-se primeira tentativa, uma vez que poderá haver mais de uma sessão para tentativa de solução consensual do litígio, conforme se extrai do § 2º do mesmo artigo, vejamos:

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

Outrossim, o artigo 139 do CPC/2015, atinente especificamente aos poderes do juiz, traz em seu inciso V que incumbe ao juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Cumprir trazer à baila ainda o teor do artigo 696 atinente às ações de família, segundo o qual a “audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual”.

Por todo o exposto, tem-se que o CPC/2015 cobra uma postura ativa do juiz da causa. Vejamos isso no princípio do estímulo à solução consensual do processo, do princípio da motivação das decisões e no princípio da primazia pelo julgamento do mérito, de modo que o novo CPC/2015 induz o juiz a buscar de fato a verdade dos fatos, a pedir diligência quando entender necessário, a solicitar dados e provas às partes, como um verdadeiro “ativismo judicial”.

4.7. Do foco no resultado - cultura da pacificação

A obrigatoriedade na designação da audiência de conciliação e mediação não deve ser entendida como “processualização” da mediação conforme defendido por alguns autores. É preciso compreender o espírito da lei.

Nesse sentir, a exposição de motivos do CPC/2015 deixa claro, entre outros pontos, que a intenção do legislador com a promulgação de um novo diploma processual civil é a de que o processo não seja um mero instrumento, com uma sequência de atos formais até a prolação da sentença, para que a parte que dela discorde interponha o seu recurso, sucedendo-se a uma nova sequência de atos processuais, até que, finalmente, haja o trânsito em julgado da decisão e as partes se conformem (ou não), com o que restar decidido.

O foco do legislador é no grau de satisfação das partes. Por isso que chegam a sustentar que estamos passando por uma nova fase metodológica do processo, uma vez que não se trata mais do processo tão somente como instrumento.

O processo civil deve ser um instrumento capaz de oferecer às partes uma solução que atenda aos seus interesses, que ponha efetivamente fim ao conflito, que a decisão judicial não funcione como um “remédio paliativo” e num futuro próximo, haja novas demandas com as mesmas partes acerca do mesmo objetivo litigioso, que seja capaz de oferecer às partes uma solução que lhes pareça justa a ponto dela confiar no processo como meio de solução de seu conflito e de outros que vierem a surgir.

A partir do momento em que a parte tem sucesso na solução do seu caso por meio da conciliação e da mediação, ela saberá que tem outros caminhos a seguir para futuros conflitos que não a Justiça Estatal. Que ela pode procurar o CEJUSC mesmo antes de propor uma demanda e um conciliador ou mediador estará a disposição dela para convidar a outra parte para uma sessão em que poderão conversar sobre os fatos e, possivelmente, solucionar o conflito, antes mesmo da propositura de demanda judicial.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, a conciliação e a mediação não só valorizam a capacidade de as partes chegarem à solução do conflito, como também passa a elas a percepção de capacidade, o que contribui significativamente com a obtenção da pacificação social⁸².

⁸² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: MÉTODO, 2016 – pág. 36

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni⁸³, com a designação de multiportas de composição de litígios:

(...) pretende-se fazer ver que a solução judicial não é, e não deve ser, para a maioria dos litígios, a única via de solução cabível. Em verdade, sabe-se que, muitas vezes, a decisão judicial não é a solução mais adequada, considerando que suas características tendem a acirrar o conflito que eventualmente existe entre as partes. Por isso, uma jurisdição preocupada com a pacificação social deve oferecer aos litigantes um leque de opções para a composição da controvérsia, de modo que eles possam eleger aquele mecanismo que lhes ofereça a solução mais adequada e vantajosa, diante do caso concreto.

E a consequência lógica do maior uso dos MASCs é a continua diminuição de novos processos em trâmite perante o Poder Judiciário. Com isso, há maior disponibilidade dos magistrados dedicarem-se com mais empenho às causas que realmente necessitam de sua intervenção, uma vez que não será possível qualquer solução consensual.

Utilizando-se da expressão de autoria do professor Kazuo Watanabe, nos métodos heterocompositivos de solução de conflitos propaga-se a cultura da sentença⁸⁴ enraizada em nossa sociedade como o melhor caminho a ser seguido, seja por desconhecimento pelas partes do sistema multiportas de solução de conflitos, seja pelo comodismo dos juízes que ainda preferem proferir sentença a estimular as partes a comporem a solução do seu caso.

Ocorre que, ao final da demanda, o juiz proferirá uma sentença judicial típica da mentalidade litigante, em que um precisa perder para o outro ganhar, pois precisa cumprir a lei e sopesar direitos, sendo quase impossível conciliar interesses e necessidades de ambas as partes, numa mentalidade ganha-ganha.

Na cultura da litigiosidade, aumentam as diferenças entre as partes que possuem dificuldade em enxergar soluções, atribui-se culpa e responsabilidade, prejudica-se a relação entre os envolvidos, além dos custos inerentes a um processo.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – pág. 181

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Mediação e gerenciamento do processo (recurso eletrônico): revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação* – 1ª ed., 3ª reimpr. - São Paulo: Atlas, 2013 – pág. 7

É por isso que a inserção da audiência de conciliação e mediação logo após a propositura da demanda e antes mesmo da citação do réu é uma forma eficaz de dar notoriedade aos MASCs e dar-se cada vez mais espaço para a “cultura da pacificação”.

Afinal, é na conciliação e na mediação que se difunde a Cultura da Paz, ou seja, caminhamos no sentido de que a mentalidade passe de litigante à cooperativa. Em ambas, o conciliador e o mediador preparam um ambiente acolhedor para receber as partes, demonstram uma postura colaborativa e por meio da escuta ativa e de outras técnicas auxiliarão na reestruturação do diálogo entre as partes.

A sessão de conciliação e mediação torna-se um momento para que as partes dialoguem, talvez como nunca o fizeram ou o fizeram mal, possam contar o que se passou, sintam-se ouvidas, compreendidas, em que se propõe colocarem-se no lugar do outro e conciliarem interesses e necessidades para construir juntos a solução do problema. Por isso, são meios autocompositivos de solução de conflitos.

E a partir do momento em que as partes constroem a solução do caso, elas sentem-se mais satisfeitas, responsáveis e capazes de cumprir o que restou acordado, diferentemente de uma decisão judicial que lhes é imposta e que podem não concordar.

Nos métodos autocompositivos, todos ganham, sem negociar posições, interesses e necessidades, preocupando-se com o outro, com os interesses e necessidades do outro. Nesse sentir, cuidar das pessoas envolvidas garante a manutenção da relação entre elas, o que é importante, principalmente nas mediações de ações de família, conflitos entre sócios, entre empregador e empregados, relações estas que tendem a se fundir com o problema, trazendo um grande prejuízo para os envolvidos.

Assim sendo, a conciliação e mediação só tem a contribuir para Cultura da Paz, privilegiando o diálogo, permitindo que as partes sejam ouvidas e compreendidas e sejam preservadas as relações entre os envolvidos, numa participação inteiramente colaborativa.

5. Dos conciliadores e mediadores

5.1. Auxiliares da Justiça

Junto com a visibilidade dada aos MASCs no novo CPC, o novo diploma processual valorizou a função dos conciliadores e mediadores passando a enquadrá-los como Auxiliares da Justiça.

Dentro do título IV do CPC/2015 - “Do juiz e dos auxiliares da justiça”, está o capítulo III – “Auxiliares da justiça” em que se falará na Seção I - Do Escrivão, do Chefe da Secretaria, do Oficial de Justiça; na Seção II - Do Perito; na Seção III - Do Depositário e do Administrador; na Seção IV - Do Intérprete e do Tradutor; até que na Seção V falar-se-á Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, de modo que os artigos 165 ao 175 do CPC/2015 tratarão acerca de sua atuação.

A partir disso, cumpre definir os conciliadores e mediadores como terceiros imparciais que, desvinculados de sua profissão de origem⁸⁵, atuarão, por meio de técnicas de negociação, objetivando aproximar as partes participantes da sessão, de acordo com os princípios e regras dispostos na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça; na Lei de Mediação nº 13.140/2015 e no CPC/2015.

Outrossim, os §§ 2º e 3º do artigo 165 dispõem que o conciliador atuará nos casos em que houver apenas vínculo pontual a ser resolvido entre as partes - como numa causa consumerista, por exemplo - enquanto o mediador atuará nas causas em que houver vínculo duradouro entre as partes – como em causas que envolvam direito de família -, de modo que o vínculo merece ser preservado, vejamos:

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

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

Os conciliadores e mediadores atuarão junto aos CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos vinculados aos seus respectivos

⁸⁵ Resolução 125/2010, Anexo III, art. 2º, IV.

tribunais, conforme determinado pelo art. 7º, IV da Resolução 125/2010 do CNJ⁸⁶ e pelo artigo 165 do CPC/2015.

Ato contínuo, o artigo 167 do CPC/2015 dispõe acerca da necessidade de registro dos conciliadores, mediadores e câmaras de conciliação e mediação junto ao Cadastro Nacional, bem como do dever de concluírem o curso de capacitação para poderem atuar, conforme segue:

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

O curso de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de conciliadores e mediadores, diretrizes curriculares, bem como quantidade de horas de estágio supervisionado é estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, o que o faz por meio da Resolução nº 125, nos termos do artigo 12, § 3º, vejamos:

Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos **mediadores e conciliadores capacitados** na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.
 § 1º Os tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.
 § 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário.
 § 3º Os **cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores** deverão observar as **diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ (Anexo I)** e deverão ser compostos necessariamente de **estágio supervisionado** . Somente deverão ser certificados mediadores e conciliadores que tiverem concluído o respectivo estágio supervisionado.

⁸⁶ Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (...)

IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

Em relação às diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ, o curso é composto de dois módulos: i) Módulo Teórico, com no mínimo 40 (quarenta) horas/aula e frequência para aprovação de 100% (cem por cento) com entrega de relatório ao final do módulo; b) Módulo Prático que consiste no estágio supervisionado de 60 (sessenta) a 100 (cem) horas, em que o aluno deverá exercer as funções de observador, co-conciliador e co-mediador e conciliador e mediador, com preenchimento de relatório e controle de presença a cada sessão realizada.

E com a mesma finalidade de valorizar a função dos conciliadores e mediadores, o artigo 334, §1º do CPC traz disposição expressa no sentido de que as audiências de conciliação e mediação deverão ser dirigidas por conciliadores e mediadores, vejamos:

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

Observe-se que o CPC fala “atuará necessariamente”, de maneira a afastar a atuação dos juízes da causa, por exemplo, nas audiências de conciliação e mediação. No tocante a essa questão, necessário relembrar que a audiência do artigo 331 do CPC/1973 era realizada pelo próprio juiz da causa.

Tal inclusão foi muito feliz no novo diploma processual, uma vez que valoriza a função dos conciliadores e mediadores e preserva o sigilo do que vier a ser conversado na audiência em relação ao juiz.

Explico. Veja-se que a audiência é uma oportunidade para que as partes possam dialogar, com o auxílio do conciliador e do mediador sobre os fatos que as levaram até lá. Estabelecido o diálogo, as partes podem ou não chegar a um acordo e, na eventualidade de não se comporem, o processo irá à julgamento.

Nesse contexto, caso o juiz atuasse como conciliador ou mediador, ele já teria contato com as partes, teria ouvido os seus relatos sobre os fatos e poderia ter tido a sua imparcialidade afetada. Assim sendo, a atuação exclusiva de conciliadores e mediadores nas audiências preserva a questão do sigilo dos fatos em relação ao juiz, bem como a imparcialidade do julgador.

5.2. Princípios da conciliação e da mediação

Ao refletir sobre a inclusão de capítulo específico sobre princípios do processo civil, num primeiro momento, a ideia era dedicar um capítulo no início do trabalho discorrendo acerca dos princípios aplicáveis ao direito processual contemporâneo, na linha de evolução traçada inicialmente.

Ocorre que, muitos dos princípios que seriam tratados neste capítulo viriam a repetir-se neste momento, ao tratarmos dos princípios específicos da conciliação e da mediação, de modo que a opção escolhida foi discorrer sobre os princípios neste momento, com a nova abordagem principiológica do CPC/2015.

Assim sendo, cumpre dizer que tanto o CPC/2015 quanto a Lei de Mediação nº 13.140/2015 trazem em seu bojo os princípios norteadores da conciliação e da mediação, o CPC/2015 no seu artigo 166 e a Lei de Mediação no seu artigo 2º, vejamos:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

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

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

Em que pese alguns princípios constarem em um diploma e não no outro, fato é que eles se complementam, de modo que todos devem ser observados por conciliadores e mediadores, e serão analisados a seguir.

a) Imparcialidade do conciliador e do mediador

Nos termos do art. 1º, IV, do Anexo III da Resolução nº 127 do CNJ, o conciliador e o mediado possuem:

Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado

do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

O professor Gaio Junior ensina que “o mediador sequer tem poderes para sugerir sobre o melhor direito posto em discussão, pois as partes se mantêm como protagonistas de suas próprias soluções⁸⁷”. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior pontua que “em seu mister, o terceiro intermediador costuma induzir a formação de atmosfera favorável à composição, atuando, porém, com o cuidado de não manipular nem adentrar no mérito da questão⁸⁸”.

O que ele fará é identificar os interesses das partes, tanto os latentes quanto os subjacentes, e provocar as partes, por meio de técnicas, a levarem à mesa o máximo de soluções possíveis para o conflito, até que elas identifiquem a que melhor atenda os interesses de ambas.

Inclusive, nos termos do artigo 148 do CPC/2015⁸⁹, como auxiliares da justiça que são, aplicam-se aos conciliadores e mediadores as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição de juízes relacionadas nos artigos 144 e 145 do CPC/2015⁹⁰.

⁸⁷ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos – vol I* - Belo Horizonte: Del Rey, 2008 – pág. 21

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (recurso eletrônico)* – 60ª ed. rev., atual. e ampl. (2ª reimpr.) – Rio de Janeiro: Forense, 2019 – pág. 471

⁸⁹ Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:

- I - ao membro do Ministério Público;
 - II - **aos auxiliares da justiça**;
 - III - aos demais sujeitos imparciais do processo.
- (...)

⁹⁰ Art. 144. Há **impedimento do juiz**, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

- I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;
- II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;
- III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
- IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
- V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;
- VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;
- VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;
- VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;
- IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

E da mesma forma, é dever dos conciliadores e mediadores comunicarem as razões do impedimento ou da suspeição, nos termos do artigo 170 do CPC/2015, vejamos:

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Outrossim, para o conciliador ou mediador advogado, o CPC traz algumas outras particularidades importantes: nos termos do artigo 167, §5º do CPC/2015, “conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”; e, nos termos do artigo 172 do CPC/2015, “o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

E tais impeditivos objetivam evitar a captação de clientela por parte do advogado, em observância ao artigo 7º⁹¹ do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

b) Autonomia da vontade (autorregramento da vontade das partes) e decisão informada

Outro princípio fundamental do direito processual exaustivamente presente no CPC/2015 é o princípio do autorregramento da vontade das partes, de modo que o

(...)

Art. 145. Há **suspeição do juiz**:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

(...)

⁹¹ Art. 7º É vedado o oferecimento de serviços profissionais que implique, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela.

novo diploma processual é todo estruturado objetivando permitir maior liberdade às partes quanto ao seu litígio.

Nas palavras de Fredie Didier, esse princípio visa “a obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis e injustificadas⁹²”.

São inúmeros artigos espalhados pelo código nesse sentido, retomando-se aqui: o estímulo à solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º), o dever a todos os participantes do processo de estimular a solução consensual das controvérsias (art. 3º, §3º), capítulo dedicado à conciliação e à mediação (art. 165 a 175), a audiência preliminar do artigo 334 a ser realizada antes mesmo da apresentação da contestação pelo réu.

Por fim, o CPC/2015 torna título executivo judicial a decisão homologatória de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); permite a autocomposição judicial envolvendo sujeito e matéria estranhos ao processo (art. 515, §2º); e ainda negócios jurídicos que impliquem em alterações no procedimento judicial, podendo as partes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, nos termos do artigo 190, *caput*, do CPC/2015.

De forma semelhante ao art. 190, o art. 166, §4º dispõe que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

Veja-se assim que as partes ganham no CPC/2015 a posição de protagonistas, valorizando-se, sobremaneira, as suas vontades, principalmente no que toca à autocomposição.

No mesmo sentido, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, no Anexo III, art. 1º, incisos VII e VIII, acrescenta como princípios da conciliação e da mediação ainda o empoderamento das partes e a validação de sentimentos pelos conciliadores e mediadores. Segundo o seu texto, empoderamento das partes é “o dever de

⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016 – pág. 135

estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição” e a validação dos sentimentos como “dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito”.

Ou seja, na conciliação e na mediação a ideia é empoderar as partes, a fim de que elas sintam-se plenamente capazes de construir a solução para o conflito estabelecido. E uma vez definida a solução consensual, estejam satisfeitas e certas de que escolheram o melhor caminho.

Ensina Fernanda Tartuce que “ao conceber a pessoa como protagonista de suas decisões e responsável por seu próprio destino, a mediação revela ter como fundamento ético a dignidade humana em seu sentido mais amplo”⁹³.

Outrossim, necessário destacar que a autonomia da vontade começa na própria escolha do meio adequado para a solução do conflito e na voluntariedade do cidadão de optar pela conciliação, mediação, arbitragem ou mesmo a via judicial. E optando pela conciliação ou mediação, dar ao indivíduo o poder de decidir sobre a solução do seu conflito ao invés de delegar tal função do juiz.

E para que as partes possam manifestar livremente sua vontade, é dever do conciliador e do mediador informa-las devidamente sobre os seus direitos, como funciona o procedimento, bem como as regras atinentes ao sigilo, a fim de que a solução a que chegarem seja livre de qualquer mácula, nos termos do que dispõe os artigos 1º, II; e 2º, II do anexo III da Resolução nº 125 do CNJ, bem como o art. 14 da Lei nº 13.140/2015⁹⁴.

c) Confidencialidade

O conciliador, o mediador, bem com as partes, advogados e eventuais observadores que estiverem presentes na sessão possuem o dever de sigilo em

⁹³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis (recurso eletrônico)*. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019 – pág. 212

⁹⁴ Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

relação ao que for conversado (art. 166,§1º, CPC/2015⁹⁵ e art. 30 da Lei nº 13.140/2015⁹⁶), salvo autorização expressa da parte (art. 31 da Lei 13.140/2015)⁹⁷, bem como violações à ordem pública ou às leis vigentes (art. 30, §3º da Lei nº 13.140/2015⁹⁸).

Outrossim, conciliador e mediador não podem servir como testemunhas em eventuais processos sobre os fatos narrados durante a sessão, nem atuar como advogado das partes (art. 166,§2º, CPC/2015)⁹⁹.

d) Oralidade

Nas sessões de conciliação e mediação dos CEJUSCs, em semelhança ao que ocorre nas audiências dos juizados especiais cíveis, a oralidade é tratada na sua forma mais pura, conforme explica Jefferson Carus Guedes¹⁰⁰, “em um sentido primitivo, a oralidade identifica-se com o modo de realização dos atos do processo, quando são eles verbalmente concretizados”.

A sessão de conciliação e mediação se pauta na oralidade, ou seja, não é o momento das partes apresentarem provas, documentos, defesas, devendo aproveitar a oportunidade para fazer os seus relatos e contar ao conciliador e ao mediador as suas versões do que ocorrera.

É importante explicar que a atuação do terceiro inicia-se justamente a partir do relato das partes, analisando a forma como os fatos são contados, a emoção depositada na fala no interlocutor, bem como a linguagem corporal de quem fala,

⁹⁵ Art. 166. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

⁹⁶ Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

⁹⁷ Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

⁹⁸ Art. 30. § 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

⁹⁹ Art. 166. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

¹⁰⁰ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 – págs. 52-53

uma vez que ela também decorre da oralidade, de modo que tudo isso servirá de material para o trabalho do conciliador ou mediador. É a técnica denominada escuta ativa, por meio da qual o terceiro escuta com atenção tudo que é dito na sessão.

Com base nisso é que o terceiro decidirá quais técnicas aplicar para restabelecimento do diálogo. Poderá utilizar, por exemplo, a técnica de resumo, apenas retomando de forma resumida o que foi dito pela parte; ou ainda utilizar a técnica de recontextualização, utilizada quando o relato for feito carregado de emoção, de modo recontar a versão desprendida de aspectos emocionais, focando na objetividade do caso e separando as pessoas do problema.

É muito importante também que as próprias partes ouçam o que o outro tem a dizer, uma vez que, nesse momento, podem perceber o que o outro pensa e mudar algo em seus conceitos, de modo que a oralidade é o centro da conciliação e da mediação.

e) Informalidade e independência

Nos termos do art. 1º, V, do Anexo III da Resolução nº 127 do CNJ, o conciliador e o mediador possuem o:

Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

Outrossim, os conciliadores e mediadores judiciais não possuem um procedimento próprio a ser seguido, com fases bem definidas e formas restritas de atuação, como o juiz, por exemplo, que deve se ater ao procedimento estabelecido no CPC. É o que dispõe inclusive o art. 166, §4º do CPC/2015¹⁰¹, já exposto.

Conclui-se, assim, que o conteúdo da sessão será criado pelo terceiro e pelas partes, de modo que será levado à termo, ao final da sessão, apenas o resultado da audiência, se infrutífera ou frutífera, sendo que, havendo êxito na solução consensual, serão redigidas as condições do acordo, bem como a forma de cumprimento e possíveis penalidades, apenas.

¹⁰¹ Art. 166, §4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

f) Isonomia entre as partes (paridade de armas)

O princípio da isonomia constitucionalmente estabelecido está invocado no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal¹⁰², segundo o qual, em resumo, todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de qualquer natureza.

E no modelo constitucional de processo, a isonomia entre os participantes do processo consubstancia-se na paridade de armas, no sentido de que devem ser dadas a ambas as partes as mesmas oportunidades processuais, os mesmos direitos e as mesmas garantias.

E quando se reporta à conciliação e à mediação, a isonomia é ainda mais importante. Durante a audiência, além do dever do terceiro em ser imparcial e não beneficiar uma das partes em detrimento da outra, deve ele atentar-se para oferecer às partes o mesmo tratamento, as mesmas oportunidades de falar, o mesmo tempo de falar, sob pena de condenar a tentativa de solução consensual do litígio.

Nesse sentir, se uma parte se alonga demais, o terceiro terá que dar a mesma oportunidade para a outra parte falar. Deve evitar qualquer postura corporal que importe concordância com o que está sendo dito, como um acenar com a cabeça, bem como emitir juízos de opinião em favor deste ou daquele.

Uma técnica possível de ser utilizada pelo conciliador ou mediador é a reunião individual (*cáucus*). Havendo necessidade de reunir-se individualmente com uma das partes, obrigatoriamente deverá reunir-se com a outra também e dedicar o mesmo tempo a ambas.

O terceiro deve estar sempre atento para que nenhuma das partes sinta-se preterida, a fim de que ambas as partes estejam no mesmo patamar de igualdade, para poderem discutir possíveis soluções para o seu problema.

Se uma das partes sentir-se preterida ou não tiver as mesmas oportunidades que a outra, muito provavelmente ela não estará disposta a dialogar sobre possíveis soluções para o litígio e a audiência restará infrutífera.

¹⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

g) Busca do consenso, cooperação e não competitividade

O artigo 6º do CPC/2015 traz o princípio da cooperação sob os seguintes dizeres: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

E para aplicação desse princípio na conciliação e na mediação, faz-se necessário retomar os conceitos desenvolvidos na escola de Harvard pincelados no início deste trabalho.

No livro “*Como chegar ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*”, os autores estabelecem as principais diferenças entre a negociação distributiva e a negociação cooperativa, bem como destrincham os seus quatro princípios para o sucesso da negociação, quais sejam: separar as pessoas do problema, concentrar-se nos interesses e não nas posições, criar opções com possibilidade de ganhos mútuos e insistir no uso de critérios objetivos¹⁰³.

A negociação distributiva é a negociação da chamada “barganha”, em que uma precisa perder para que a outra possa ganhar, de modo que, para que cheguem a um acordo, uma parte deve ceder para outra obter uma vantagem, numa negociação ganha-perde. Na negociação distributiva, as partes concentram-se nas posições, tratam-se como adversários e com o objetivo de vencer a disputa, impondo concessões à outra parte que, por sua vez, se vê obrigada a abrir mão de seus interesses, para que possam chegar a um acordo e colocar termo ao problema, mesmo que os termos do acordo não lhe tragam todos os benefícios que gostaria.

O que se propõe na negociação cooperativa é que as partes negociem para que ambas tenham os seus interesses e necessidades atendidos, é uma negociação de ganhos mútuos, em que o resultado se baseia em critérios justos, é o ganha-ganha. Por meio de técnicas e princípios, o conciliador e o mediador atuam para que as partes enxerguem as necessidades e interesses do outro e juntas construam a solução para o seu problema, sem falar-se em concessões.

¹⁰³ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 32

O método da negociação cooperativa baseada em princípios foi desenvolvido no Projeto de Negociação de Havard, cujo um dos precursores é William Ury, coautor da obra “Como chegar ao sim”, na qual traz quatro princípios que a norteiam, sendo eles:

I. Separar as pessoas do problema: o primeiro ponto é ser gentil com as pessoas e firme com o problema¹⁰⁴, abandonando posições e lidando com o problema essencial ao mesmo tempo em que as partes mantêm uma boa relação entre si, como parceiras que buscarão um acordo justo e vantajoso para ambas. O que se propõe é que as partes respeitem-se, estejam abertas a compreender os pontos de vista e sentimentos do outro, numa perspectiva que vise um propósito e se volte para o futuro¹⁰⁵.

II. Concentrar-se nos interesses, não nas posições¹⁰⁶: a ideia é que as partes não sejam adversárias, mas atuem juntas no sentido de entender as necessidades uma da outra e construam a solução do problema que atenderá aos interesses de ambas. Isto porque, quando as pessoas saem de suas posições, elas ficam mais abertas a compreender os interesses e necessidades dos outros e mostram-se flexíveis a outras soluções, a partir do momento que entendem o que o outro espera. Até porque ambas as partes desejam resolver o problema e, entendendo o ponto de vista, interesses e necessidades dos outros, encontrarão uma solução definitiva¹⁰⁷.

No livro, o autor expõe que os interesses envolvidos estão relacionados a necessidades básicas como segurança, bem-estar econômico, sensação de pertencimento, reconhecimento e controle sobre a própria vida. Uma vez suprida a necessidade básica das partes, é mais fácil chegar a um acordo, sempre com uma visão prospectiva, olhando para frente, pro futuro e não sobre as causas do conflito.

¹⁰⁴ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 32-33

¹⁰⁵ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 39- 62

¹⁰⁶ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 32-33

¹⁰⁷ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 63-78

III. Crie opções com possibilidade de ganhos mútuos¹⁰⁸: a partir do momento em que as partes deixam suas posições e enxergam as necessidades e interesses da outra, elas são instigadas a dar ideias e oferecer soluções que atendam a ambas, ampliando o leque de opções (técnica do “*brainstorming*”) para o caso, é a técnica de aumentar o tamanho do bolo para depois dividi-lo¹⁰⁹.

IV. Insistir em usar critérios objetivos¹¹⁰: a solução não será tomada pela emoção ou pela pressão em fechar um acordo, porque a outra parte insistiu e a convenceu de fazer dessa forma. O princípio subsuma-se em focar em critérios objetivos, para que as partes enxerguem com clareza que essa é a melhor solução com base em tudo que fora demonstrado ou em princípios razoáveis¹¹¹.

Por fim, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, no Anexo III, art. 2º, inciso III, apresenta como regra de procedimento a ausência de obrigação de resultado, justamente porque o objetivo da conciliação e da mediação é retomar o diálogo entre as partes e estimular a criação de solução para o conflito, de modo que o acordo, se vier a ser realizado, é uma consequência, mas não o objetivo precípua da sessão.

h) Boa-fé

A boa-fé, assim como a confiança e o respeito são inerentes ao processo civil e da mesma forma à conciliação e à mediação. Uma vez que as partes comparecem à audiência, pressupõe-se que estão ali dispostas a colaborar com a sessão, como um meio de solucionar de forma consensual o conflito.

Comparecendo uma das partes com o objetivo de lesionar, prejudicar ou levar vantagem sobre a outra parte, cumpre ao terceiro imparcial identificar tal objetivo e utilizar técnicas capazes de persuadir aquele que está de má-fé, a fim de conseguirem dialogar.

¹⁰⁸ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 32-33

¹⁰⁹ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 79-103

¹¹⁰ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 32-33

¹¹¹ URY, William. *Como chega ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018 – págs. 105-118

Na ausência de boa-fé, não há como levar a audiência de conciliação e mediação a diante.

5.3. Remuneração dos conciliadores e mediadores

O artigo 169 do CPC/2015 trata da remuneração dos conciliadores e mediadores dispondo que:

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho **remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal**, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

E considerando o artigo acima transcrito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aprovou, apenas no dia 20 de março de 2019, a Resolução nº 809/2019, a qual fixa os parâmetros para pagamento da remuneração aos conciliadores e mediadores do Estado de São Paulo.

Sobre isso, importante mencionar que, até o CPC/2015, o trabalho desenvolvido pelos conciliadores e mediadores era voluntário, sem uma normatização no sentido de que seu trabalho deveria ser remunerado na esfera judiciária, uma vez que a Lei de Mediação nº 13.140/2015 é silente quanto à remuneração desses profissionais dentro do Judiciário.

E uma vez estabelecido o dever de remuneração pelo trabalho desenvolvido pelos conciliadores e mediadores judiciais, de quem é a responsabilidade desse pagamento? Seria do Estado ou dos participantes da sessão de conciliação e mediação?

Aqui, ao tratar da sessão de conciliação e mediação, inclui-se tanto a sessão pré-processual quanto a sessão processual tratada nos artigos 139 e 334 do CPC/2015.

E a resposta para esta questão está no artigo 13 da Lei de Mediação nº 13.140/2015, segundo o qual “a remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes”, sendo garantido o benefício da justiça gratuita aos necessitados (art. 4º, §2º).

Assim, não restam dúvidas de que são as partes que arcam com a remuneração do conciliador e do mediador. Outrossim, o artigo 2º, §4º da Resolução nº 809/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estabelece que “a remuneração do mediador judicial deverá ser recolhida pelas partes, preferencialmente em frações iguais”.

Conclusão

O Direito Processual, como toda ciência social, é dinâmico, tendo constantemente que se adequar à sociedade em que está inserido, a fim de responder aos anseios sociais, sendo instrumento capaz de garantir, declarar e concretizar direitos.

Nesse contexto, o CPC/2015 inovou ao consagrar os Meios Adequados de Solução de Conflitos como outras “portas” à disposição do jurisdicionado, com a finalidade de entregar a ele a solução para o seu problema, seja pela via judicial, seja pela arbitragem, pela conciliação ou pela mediação.

A importância torna-se o resultado e não o processo em si, com suas regras procedimentais, com a imposição de sentença pelo juiz como a mais justa, bem como com as partes apenas aguardando a solução jurisdicional que, esperam, colocar fim ao processo.

Conforme amplamente demonstrado neste trabalho, o CPC/2015 traz uma nova abordagem processual, privilegiando, além do sistema multiportas de solução de controvérsias, o estímulo à solução consensual de litígios, o autorregramento da vontade, os negócios jurídicos processuais, o protagonismo das partes no processo, a primazia do julgamento de mérito, o dever de cooperação entre os participantes do processo e a postura ativa do juiz durante o procedimento.

Nesse contexto, a audiência de fato preliminar do artigo 334 do CPC/2015 - a ser designada logo após a distribuição da ação e antes mesmo da apresentação da contestação, impondo o dever do juiz em designá-la, bem como prever multa, no caso do não comparecimento das partes, na hipótese de qualquer delas manifestar interesse em conciliar - objetiva não somente oferecer visibilidade à conciliação e à mediação, mais do que isso, visa ainda aplicar a nova abordagem processual civil em voga em todo o código, em observância aos princípios do Direito Processual Contemporâneo.

Empodera-se as partes, para que elas mesmas, conhecedoras do seu problema e de suas necessidades, construam a solução consensualmente, com o auxílio de conciliadores e mediadores, solução essas que ambas serão capazes de cumprir e que satisfará todos os envolvidos.

E tudo isso com o objetivo de que o processo tenha por finalidade alcançar o resultado que coloque fim definitivamente ao litígio, de modo que daquela relação processual não se originem mais processos - denominados “filhotes” - aos cuidados do Poder Judiciário.

Assim sendo, confirma-se a hipótese estabelecida no início deste trabalho, qual seja, o processo civil contemporâneo aliado à conciliação e à mediação pode ser instrumento capaz de obter a pacificação social.

Por fim, a transição da “cultura da sentença” denominada pelo professor Kazuo Watanabe para a “cultura da pacificação” já é uma realidade e cabe aos operadores do Direito, justamente como participantes do processo que são, aderirem à nova abordagem do Código de Processo Civil, no intuito de valorizar as outras formas de solução de conflito e ver o seu cliente satisfeito.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil / coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo*. - 2ª ed - Rio de Janeiro: Forense, 2016

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* (recurso eletrônico) – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2019

CÂMARA JR, José Maria. In: ALVIM, Angélica Arruda. *Comentários ao código de processo civil* – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958

DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo* (recurso eletrônico) – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2019

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 18ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II* - 7ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2017 – pág. 25

Exposição de motivos do Novo CPC – consulta em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> - 06.08.2019

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos* – vol I - Belo Horizonte: Del Rey, 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de

Almeida. *Conciliação e mediação: estrutura da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Coleção ADRs.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Mediação e gerenciamento do processo (recurso eletrônico): revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação* – 1ª ed., 3ª reimpr. - São Paulo: Atlas, 2013.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem (recurso eletrônico)*. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça; coordenadores Ada Pellegrini Grinover. Kazuo Watanabe* – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1 – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973* – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC: Lei 13.105/2015* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: MÉTODO, 2016

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis (recurso eletrônico)*. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum (recurso eletrônico)* – 60ª ed. rev., atual. e ampl. (2ª reimpr.) – Rio de Janeiro: Forense, 2019

URY, William. *Como chegar ao sim – como negociar acordos sem fazer concessões*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1* – 16ª ed., reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016

WATANABE, K. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. Luiz; MORAES, M. Z. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.