



CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO - NOVO CPC E LEIS ESPECÍFICAS

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 41/2014 | p. 19 - 42 | Abr - Jun / 2014
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 6/2014 | p. 789 - 814 | Set / 2014
DTR\2014\8921

Luis Fernando Guerrero

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP.
Especialista em Mediação de Conflitos pela Northwestern University. Visiting Scholar na
Columbia Law School da Columbia University. Advogado.

Área do Direito: Processual; Arbitragem

Resumo: De que modo os métodos alternativos de solução de conflitos, especialmente os consensuais, serão utilizados no direito brasileiro? O artigo analisará as tentativas realizadas para a regulação do instituto e os cuidados necessários a fim de se criar um sistema eficiente.

Palavras-chave: ADR - Mediação - Conciliação - Jurisdição.

Abstract: How Alternative Dispute Resolution method's, especially those ones which are based on consensus, shall applied under Brazilian law? This article will analyze the attempts made for regulated this matter and the circumstances that have to be considered in order to create an efficient system.

Keywords: ADR - Facilitative Mediation - Evaluative Mediation - Jurisdiction.

Sumário:

1. Introdução e objetivo - 2. A jurisdição civil e a solução de conflitos - 3. O quadro legal e o quadro pretendido - 4. Os métodos consensuais: a conciliação e a mediação - 5. Conclusão - 6. Bibliografia

1. Introdução e objetivo

O trabalho que ora se inicia pretende esclarecer de que modo um Código de Processo Civil, que estabelece as diretrizes de um método de solução de controvérsias, qual seja, o Processo, se relaciona, incentiva ou inibe e convive com outros métodos.

O primeiro viés da análise das disposições do Projeto de novo CPC, portanto, será determinar uma linha relacional entre aos métodos de solução de controvérsias e se tais métodos são apresentados como sucedâneos, válvulas de escape para situações processuais ou questões de direito material específicas. Essa será a visão da matriz de soluções de controvérsias indicadas pelo Projeto de novo CPC.

Em segundo lugar, será feita uma análise específica de cada um dos métodos de solução de controvérsias mais conhecidos em nosso sistema, conciliação, mediação e arbitragem e de que modo cada um deles é alocado no processo civil ou de que maneira estipula-se sua autonomia em determinadas situações.

Será verificada a autonomia desses institutos quando utilizados de modo específico e sua relação com o processo na medida em que suas técnicas podem ser utilizadas de modo endoprocessual.

Por fim, e com um caráter propositivo, tentar-se-á apontar algumas medidas que podem ser adotadas para melhorar a utilização entre os métodos de solução de controvérsias de modo a torná-los um caminho seguro para aqueles que pretendam solucionar um conflito.

2. A jurisdição civil e a solução de conflitos

O Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro dispõe em seu art. 3.º: "Não se



excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei", embora, logo depois, o art. 16¹ disponha que "A jurisdição civil é exercida pelos juízes em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código".

Tradicionalmente, a doutrina processual, desde a sua organização como uma disciplina autônoma, caracterizou a jurisdição como um poder função exercido pelo Estado, e esse é um caráter importante do presente instituto, de aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse sentido, Giuseppe Chiovenda,² Francesco Carnelutti³ e Enrico Liebman⁴ conceituam a jurisdição, com algumas diferenças, mas sempre exercida por órgãos públicos ou pelo Estado. Esse é um traço marcante da conceituação tradicional do instituto da jurisdição.

Passado mais de um século da autonomia do direito processual, contudo, a doutrina passou também a considerar como jurisdicional a aplicação do direito ao caso concreto realizada por outros métodos de solução de controvérsias, especialmente a arbitragem.

Contribuiu de modo decisivo para alteração dessa realidade o seminário "Participação e Processo" organizado pelos Professores do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. A partir dos ensinamentos do palestrante Carlos Alberto Carmona, foi plantada a semente daquilo que viria a ser conhecida como uma visão teleológica da jurisdição.

Para o referido autor, tratar a jurisdição como poder, atividade e função não descaracterizaria o aspecto jurisdicional da arbitragem, não havendo ainda qualquer diferença intelectual no trabalho do árbitro e do juiz.⁵ Em estudos mais recentes, ainda, Carlos Alberto Carmona, afirma a crise do instituto da jurisdição e a necessidade de que tal instituto "deve receber novo enfoque".⁶ Tal conceito se difundiu pela mais balizada doutrina.⁷

A partir desse momento, o foco do conceito foi deslocado da atuação Estatal para a aplicação do direito ao caso concreto. Assim, passou a ser mais relevante para a definição do instituto a sua natureza e não quem o exercia. Torna-se palatável, portanto, observar-se a jurisdição por um terceiro que não esteja diretamente inserido na estrutura estatal conquanto tenha responsabilidades e possa ser equiparado a funcionários públicos no exercício de suas funções.⁸

Nitidamente, a função do árbitro é jurisdicional. A análise exaustiva da doutrina sobre o tema demonstra o que se entende de modo recente sobre o assunto. A jurisdição não pode ser caracteriza ou conceituada por quem a exerce, via de regra, o Estado, mas sim com a atividade desenvolvida por aquele que a detém, ou melhor, aqueles que essencialmente dizem o direito.⁹

Em 1996 tal entendimento finalmente cristalizou-se na lei: arts. 18¹⁰ e 31¹¹ da Lei 9.307, de 23.09.1996. A atividade do árbitro estava equiparada à atividade do juiz, assim como a sentença arbitral estava equiparada à sentença judicial.

O Projeto de Código de Processo Civil, no entanto, de acordo com a disposição do seu art. 16, parece estar alheio a tal tendência, desconsiderando completamente os avanços realizados pela doutrina e pela jurisprudência processual. Não obstante o discurso seja sempre o de incentivar os métodos de solução de controvérsias, na prática e na letra da lei a tendência é diametralmente oposta.¹²

As alterações do Código de Processo Civil Francês,¹³ por exemplo, têm a clara preocupação de disciplinar formas de solução de controvérsias eficientes e inserindo-as de modo relacionado com o processo civil. Trata-se de uma providência que deveria ser adotada também no Brasil.



No contexto dos métodos de solução de controvérsias, inicialmente, parece claro que o Projeto de Código de Processo Civil deveria ter se preocupado em criar um quadro geral de métodos de solução de controvérsias, buscando o cotejo de leis já em vigor, como a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), especialmente para um sistema jurisdicional de solução de controvérsias, e criando baliza para o desenvolvimento da conciliação, que adquiriu importantes papéis no Projeto de Código Civil como se verá a seguir, e a mediação, que conta com Projeto de Lei específico em tramitação no Congresso Nacional.

3. O quadro legal e o quadro pretendido

A grande novidade do Projeto de Código de Processo Civil é a presença da mediação em seu bojo, um reconhecimento e um incentivo ao instituto sem precedentes no direito brasileiro.

O sistema multiportas de solução de controvérsias já existente em nosso sistema jurídico de modo claro, pelo menos, desde a Lei dos Juizados Especiais (9.099/1995) e alteração do art. 331 do CPC/1973 (Lei 10.444, de 07.05.2002), e passa a contar com um marco legal específico para a mediação e o Projeto de Novo Código de Processo Civil passa a sistematizar, ainda que com algumas críticas, os métodos de solução de conflitos e a sua dinâmica. Todo esse esforço, sem dúvida, vem também na esteira na Res. CNJ 125.¹⁴

De qualquer modo, é fundamental sistematizar o emaranhado de diplomas legais voltados à regulação dos métodos consensuais de solução de conflito e eles são basicamente três: (i) Projeto de novo Código de Processo Civil; (ii) Projeto de Lei 5.17/2011,¹⁵ e (iii) Res. CNJ 125.

O Projeto de novo Código de Processo Civil, em seus arts. 166 e ss., trata dos casos de conciliação e mediação judicial, ou melhor, diz que tratará para depois abarcar questões envolvendo a mediação e a conciliação extrajudicial e até mesmo a conciliação e a mediação na administração pública (art. 175 do Projeto de CPC). O PL 517/2011, por sua vez, trata dos casos de composição de conflitos entre particulares e no âmbito da Administração Pública. A Res. CNJ 125, finalmente, trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

O Projeto de Código de Processo Civil, ainda, insere os mediadores e os conciliadores judiciais na rubrica dos Auxiliares da Justiça (Capítulo III, Seção VI).

Obviamente, onde existe um auxiliar, há um principal. Tal regime se justifica na medida em os Auxiliares da Justiça auxiliam as peças principais da condução do processo judicial, juízes, na realização da atividade de prestação jurisdicional.¹⁶

Nesse contexto, os mediadores e conciliadores judiciais são auxiliares da Justiça em alguns casos até permanentes e que poderão ser aprovados mediante concurso público e curso de capacitação específico. Para o exercício dessa função, como se verá a seguir quando se tratar especificamente da regulação dessas atividades, há justificativa das regras indicadas e dos tratamentos previstos.

No entanto, o Projeto de Código de Processo Civil trata também das mediações e das conciliações particulares e das mediações e conciliações na Administração Pública, utilizando as mesmas regras da mediação judicial. Nesses casos, os mediadores e conciliadores não seriam Auxiliares da Justiça já que os procedimentos sequer ocorreriam na esfera do Judiciário.

Isso nos mostra que a matriz do Projeto de Código de Processo Civil deveria ser apenas a mediação e a conciliação judicial. Aliás, essa deve ter sido a ideia, mas o conteúdo foi ampliado, tornando as disposições legais por vezes inadequadas para a amplitude de situações que acabaram sendo tratadas.

Para confundir um pouco mais o intérprete, o art. 176 do Projeto do CPC, último que



trataria dos mediadores e conciliadores judiciais, diz que as disposições dessa seção se aplicam no que couber para as mediações e conciliações extrajudiciais e que lei específica pode regulá-las.

Ora, qual a necessidade dessa disposição se a própria redação do projeto trata especificamente das mediações e conciliações judiciais? Ainda, já há projeto de lei específico. Sem querer ser repetitivo, porque não se faz um esforço de consolidação de regras pelo bem da mediação e da conciliação. E ainda, se isso não for possível ou difícil, por que tratar da mediação e da conciliação extrajudiciais no Projeto de Código de Processo Civil?

Parece ser possível simplificar.

A análise dos textos dos documentos mencionados nos permitiria verificar pela primeira vez no Direito Brasileiro a possibilidade de uma aplicação coordenada dos métodos de solução de conflitos, especialmente os consensuais. Em primeiro lugar, há uma política pública definida, com a Res. CNJ 125 e, na sequência, dois Projetos de Lei destinados a algumas questões programáticas, é verdade, mas voltados principalmente para os aspectos práticos de aplicação desses métodos. A conciliação e a mediação, a partir desse arcabouço jurídico, certamente serão tratadas como técnicas e não como vocábulos esparsos.

Porém, as disposições constantes do Projeto de Código de Processo Civil e as disposições do PL 517/2011 são parecidas e, por vezes, conflitantes.

4. Os métodos consensuais: a conciliação e a mediação

É bastante tormentosa na doutrina a diferenciação entre a conciliação e a mediação como ferramentas de solução de controvérsias. Nesse contexto, é importante ressaltar que o Projeto de Código de Processo Civil pouco contribui para algum esclarecimento na medida em que os dois institutos são tratados em conjunto e sem qualquer conceituação.

No direito internacional, especialmente de Common Law, são diferentes os sentidos aplicados os métodos de solução de controvérsias.

Cristopher W. Moore, por exemplo, considera ser mediação aquele processo em que um terceiro, via de regra não envolvido com o litígio, fornece novas perspectivas do litígio às partes auxiliando-as a solucionar o litígio.¹⁷ Nesse contexto, Stephen B. Goldberg, Frank E. A. Sander, Nancy, H. Rogers e Sarah Rudolph Cole conceituam a mediação como uma negociação facilitada pela participação de um terceiro. Ou seja, o mediador não tem função decisória, mas pode participar ativamente da negociação propondo soluções.¹⁸

O conceito de conciliação inexistente ou é tratado como sinônimo da mediação.¹⁹ A busca por um acordo, como bem salienta Neil Andrews geralmente se dá com a mediação.²⁰

Já na França, os termos mediação e conciliação são utilizados.²¹ A mediação seria um processo convencional e não decisório no qual um terceiro imparcial e independente tem por missão estabelecer condições de comunicação entre as partes para que eles mesmos solucionem o litígio.²² Já a conciliação é tratada como o método pelo qual um terceiro, considerando os aspectos subjetivos das partes envolvidas e as regras jurídicas, propõe soluções para as partes.²³

No direito brasileiro, de outro lado, os conceitos coincidem substancialmente.

Fernanda Tartuce considera a mediação e a conciliação duas técnicas de autocomposição, sendo a conciliação aquela na qual o terceiro imparcial, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliará as partes a celebrarem um acordo, até mesmo expondo pontos fortes e fracos de suas posições e propondo acordo. A mediação, por sua vez, conta com a participação de terceiros que auxiliarão as partes no



conhecimento das origens multifacetadas do litígio fazendo com que elas próprias, após esse conhecimento ampliado, proponham soluções para os seus litígios.²⁴

Petrônio Calmon, por sua vez, considera que a mediação é a ingerência de um terceiro facilitador, mediador, em uma negociação já existente entre as partes que apenas ampliará os canais de comunicação entre elas, sem qualquer poder de decisão.²⁵ Já a conciliação seria realizada diretamente pelo juiz ou por pessoa que faça parte do aparelho judiciário, com o marcante traço de que o terceiro imparcial, conciliador, "Manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo (...)".²⁶

Do que se vê, mediação e conciliação são métodos, instrumentos de solução de controvérsias cujo fim é o mesmo, pôr termo a um litígio, via de regra, instrumentalizado por um contrato, acordo. A diferença fundamental estaria na forma de participação do terceiro em cada um desses métodos.

Como bem sintetiza Carlos Eduardo de Vasconcelos, mediação é um gênero e dela duas espécies se destacam. Há uma mediação avaliativa, voltada para o acordo, que é sinônimo da conciliação, termo arraigado e tradicional do direito brasileiro.²⁷ Nesse caso, o terceiro imparcial sugere soluções para as partes e, via regra, não é escolhido pelas partes, sendo escolhido por uma estrutura de poder, normalmente o Judiciário. Outra espécie de mediação focada no acordo é a mediação facilitadora da escola de Harvard, cujo maior expoente é o livro *Getting to Yes*.²⁸ De outro lado, há uma mediação voltada para a relação entre as partes com formas específicas ainda diversas, tais como a circular-narrativa e a mediação transformadora.²⁹

O mesmo entendimento é apresentado por Yann Duzert e Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ao tratarem da mediação ativa (conciliação, em que há a atuação do "mediador com músculos") e da mediação passiva ("metamediação" ou como podemos denominar mediação *stricto sensu*). Os mencionados autores vão além caracterizando, como atividades de mediação aquelas disposições presentes nos arts. 331 e 447 do CPC/1973.³⁰

Há ainda que se fazer uma diferenciação entre o conceito de disputa e o conceito de conflito, considerando-se relações unidimensionais e multidimensionais. As relações unidimensionais são aquelas que envolvem interesses pontuais das partes e, salvo a questão litigiosa, elas não terão nenhuma relação envolvendo carga emocional menos acentuada. Já as relações multidimensionais envolvem interesses e valores inter-relacionados, sendo necessária uma verificação das decorrências futuras de eventuais decisões tomadas. "É diferente deixar de pagar uma dívida frente a um banco e deixar de pagar uma dívida a um irmão ou colega de trabalho".³¹ Para situações diferentes, devem ser aplicados métodos de solução de conflitos também diferentes, embora espécies de um mesmo gênero.

É nesse aspecto que a conciliação se relaciona mais com conflitos unidimensionais e a mediação com conflitos multidimensionais. Vale dizer, foco no acordo e foco na relação para conciliação e mediação, respectivamente.

Tal diferenciação pode ser realizada a priori, de acordo com o caso, objetivando-se a determinação daquilo que é mediação e daquilo que é conciliação.

Conforme dito anteriormente, a Res. CNJ 125 trata de aspectos gerais da aplicação da conciliação e mediação no Brasil, estabelecendo as atribuições do CNJ para o desenvolvimento dos institutos, estabelecendo os Núcleos de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos para os Tribunais de Justiça e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania para órgãos de primeira instância. Além disso, a resolução trata de princípios aplicáveis para esses métodos e também da capacitação dos terceiros que atuarão como mediadores e conciliadores.



A mesma preocupação consta do Projeto de novo Código de Processo Civil e do Projeto 517/2011, embora com um viés mais prático, não de política pública de fomenta à utilização de métodos de solução de conflitos.

O Projeto de Código de Processo Civil, contudo, adotou o conceito mais comum na doutrina pátria embora talvez não o mais objetivo, e apresentou um norte para diferenciação entre os institutos. O art. 166,³² o qual incentiva a utilização de métodos de solução de controvérsias e a sua promoção por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, e seus parágrafos descrevem as diferenças entre os institutos.

A conciliação, de acordo com o § 3.º do referido artigo, conta com a proposta de solução do litígio pelo terceiro imparcial, no caso o conciliador, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Já na mediação, de acordo com o § 4.º do mesmo artigo, o mediador auxilia as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo. Ou seja, não há propostas de solução do litígio por parte do terceiro imparcial, mediador.

Mas como fazer essa diferenciação no caso concreto? Ainda mais com o sigilo imposto aos referidos procedimentos? Tais conceitos geram consequências jurídicas importantes, mas são carregados de subjetivismo.

Nesse sentido parece caminhar o Projeto 517/2011. Em seu art. 1.º, a mediação é indicada como o método em que o mediador ajuda as partes a desenvolver ou identificar soluções consensuais para a controvérsia. Ao que parece, o Projeto 517/2011 adota o conceito de mediação que mais se coaduna com a técnica jurídica, permitindo que as diversas técnicas ou formas de mediação sejam utilizadas sem esbarrar em quaisquer limitações impostas ou sugeridas pela lei.

Do ponto de vista estrutural, o Projeto de Código de Processo Civil repete iniciativas que já estão sendo tomadas pelos Tribunais de Justiça,³³ Ministério da Justiça,³⁴ CNJ,³⁵ etc., há muito, como por exemplo, a criação de programas destinados a estimular a autocomposição, semanas de conciliação etc. (art. 166 do Projeto de CPC). Apenas permite-se o que já vem ocorrendo.

Há a indicação de princípios norteadores da mediação tanto na Res. CNJ 125, quanto no Projeto de Código de Processo Civil como no Projeto 517/2011. Entretanto, tais princípios não são no todo coincidentes. Coincidem no Projeto de Código de Processo Civil e no Projeto 517/2011, os princípios da: (i) imparcialidade; (ii) autonomia da vontade; (iii) confidencialidade; (iv) oralidade; e (v) informalidade coincidem. Os únicos princípios que coincidem em todos os textos legais, em vigor e projetados, são os princípios da imparcialidade e da confidencialidade.

Alguns princípios, contudo, estão presentes em apenas um dos diplomas legais projetados e algumas vezes são inovadores. No Projeto 517/2011, constam a isonomia, a busca do consenso e a boa-fé. Já no Projeto de Código de Processo Civil constam especificamente também a normalização do conflito e a decisão informada (presente também no Código de Ética da Res. CNJ 125).

Embora diversos ou mais ou menos amplos, a decisão informada pode ser vista como uma vertente da boa-fé na medida em que as partes devem ter conhecimento do procedimento em que estão adentrando e as consequências que dele advirão ou poderão advir para os seus direitos. É algo próximo ainda daquilo que o Código de Ética da Res. CNJ 125 indicou como "compreensão quanto à conciliação e à mediação". Boa-fé, sem dúvida, é uma expressão mais ampla e com aplicação em todas as áreas do direito, sendo a decisão informada uma de suas vertentes. De outro lado, a busca do consenso também pode se assemelhar com a normalização do conflito, exatamente um dos



objetivos, talvez o maior, da mediação. O ideal, sem dúvida, é que esses conceitos fossem uniformizados de modo a facilitar a aplicação dos institutos e dos próprios princípios.

Poder-se-ia dizer ainda que os princípios constantes do Projeto 517/2011 só se aplicariam para a mediação e aqueles que constam do Projeto de Código de Processo Civil se aplicariam para a mediação e a conciliação. Tal interpretação, no entanto, parece não fazer sentido na medida em que a conciliação, como já se viu, é uma especificação da mediação. A ideia de uniformização parece ser a mais adequada e junte-se a isso a relação já discriminada de coincidência de objetivos entre os princípios, que são diversos, indicados nos Projetos de Lei.

O princípio da imparcialidade voltou a ser adotado na redação de um Projeto de Lei que diga respeito à mediação. A disputa da presença desse princípio se dá com outro, de forte apelo na doutrina dos métodos consensuais de solução de conflitos, mas de fraco apelo na doutrina processual, que é o princípio da neutralidade.

Para José Carlos Barbosa Moreira, o terceiro imparcial estaria completamente indiferente ao resultado do processo, sendo neutro.³⁶ A neutralidade se aplicaria àquele que não julgará, mas que tentará facilitar a comunicação entre as partes.

O Projeto de CPC prevê em seu art. 167, § 3.º que o mediador ou conciliador poderá aplicar técnicas de negociação sem ferir a sua imparcialidade. Trata-se de um interessante reconhecimento da origem da mediação e da conciliação como negociações facilitadas.

O princípio da isonomia consta no Projeto 517/2011 e indica que as partes deverão ter tratamento equânime do terceiro imparcial que atuará em seus casos institui que os mediadores e os conciliadores devem ceder à pressão de terceiros e nem das partes, estando pautada em critérios objetivos.³⁷ O procedimento deve ser conduzido sem qualquer favorecimento de nenhuma das partes.³⁸

O binômio imparcialidade-isonomia, presente só no Projeto 517/2011 parece ser mais adequado para responder às necessidades dos métodos consensuais de solução de conflitos na medida em que compromete o terceiro com o resultado, mas o afasta da predileção por uma tese, imparcialidade, ou por uma parte, isonomia. A neutralidade afasta a preocupação com o resultado, mas essa parece ser uma consequência da equidistância das partes e dos interesses apresentados.

A autonomia da vontade, por seu turno, é princípio tipicamente de direito privado. Indica-se por esse paradigma que as partes são livres para efetuarem a vinculação jurídica que desejarem, sendo obedecidas certas limitações legais, que podem variar de sistema para sistema jurídico, e físicas.³⁹ Nesse aspecto Carlos Alberto de Salles leciona que nos métodos alternativos de solução de controvérsias há uma clara e natural liberdade envolvida, sendo claramente possível que as partes moldem o método de solucionar sua controvérsia de acordo com os seus interesses.⁴⁰

Nesse sentido, há a importante consequência do art. 169 do Projeto do CPC. As partes poderão escolher os conciliadores e os mediadores para os seus casos no limite da legislação vigente. Ou seja, o sistema jurídico brasileiro estabelecerá parâmetros e, dentro deles, as partes poderão escolher livremente. Se não houver acordo, haverá distribuição do caso para um mediador ou conciliador registrado no Tribunal, na linha da distribuição dos casos feita para os juízes de uma dada Comarca (art. 146, parágrafo único).

De outra banda, confidencialidade também é princípio fundamental quanto se trata de mediação e conciliação, ainda mais em face dos assuntos tratados em sessões de mediação e conciliação que não necessariamente se restringirão ao objeto da controvérsia de um processo já existente, por exemplo. Nesse sentido, todas as



informações surgidas ao longo do procedimento não podem ser divulgadas pelas partes, eventualmente por serventuários da Justiça, bem como árbitros e mediadores.

Aqui há mais uma expressão do princípio da autonomia da vontade na medida em que as partes poderão disciplinar os fins a que se destinarão as informações obtidas na mediação e na conciliação.

Mais uma vez o legislador andou bem ao prever que mediadores e conciliadores, dada a natureza de suas funções, não poderão também depor sobre fatos ocorridos na sessão de mediação ou de conciliação (art. 167, § 2.º, do Projeto de CPC). Trata-se de mais uma categoria de sigilo profissional, como o existente para advogados em face de informações trazidas por clientes,⁴¹ com a diferença fundamental de que o advogado, por exemplo, tem o direito de não depor enquanto que o mediador e o conciliador não podem depor.

Há situações indicadas pelo Projeto 517/2011, contudo, que excepcionam o dever de confidencialidade, especialmente a ocorrência de crime de ação pública. A prova apresentada em processo judicial ou arbitral que estiver em desacordo com as regras de confidencialidade estabelecidas não será aceita (art. 28 do referido Projeto).

Por fim, há dois princípios muito caros e de larga utilização, especialmente quanto tratados dos Juizados Especiais Cíveis (art. 13 e ss. da Lei dos Juizados Especiais Cíveis).

A oralidade indica que a forma escrita não será obrigatória, sendo registrados apenas os atos tidos como essenciais tendo suas disposições orais reduzidas a termo, permitindo economia e concentração dos atos processuais. A discussão da causa em audiência é vista como fator fundamental para concentrar os atos processuais.⁴²

Essa ideia passa a ser aplicada também para os métodos de solução de controvérsias no âmbito endoprocessual, quando servem de instrumento posto à disposição das partes no âmbito do Judiciário para solução da controvérsia demandada.

Finalmente, a informalidade indica que independentemente da forma dos atos praticados, eles serão considerados válidos sempre que atingem suas finalidades. Os atos dos procedimentos de mediação e de conciliação serão praticados de acordo com as formas que os conciliadores e os mediadores considerarem para cada caso, sempre com atenção para o escopo de tais medidas e para a segurança das partes.⁴³

Trata-se de uma expressão máxima da instrumentalidade das formas.

Nesse aspecto, tanto o PL 517/2011 quanto o Projeto de Código de Processo Civil permitem a realização de audiência por meios eletrônicos, arts. 42 e 335, § 7.º, respectivamente. Algo que além de consagrar o princípio da informalidade ainda atualizada a utilização dos métodos de solução de conflitos com a realidade.

A Res. CNJ 125 trata ainda de princípios específicos, a saber: (i) independência e autonomia do mediador e conciliador, que não devem sofrer pressões externas e podem interromper os procedimentos quando considerarem que são inexistentes as condições para o seu desenvolvimento; (ii) respeito à ordem pública e às leis vigentes de modo a garantir que eventual acordo não colida com tais regras; (iii) empoderamento, estimulando as partes e resolver seus problemas futuros pela autocomposição a partir dessa experiência Judiciária; e (iv) validação, dever de estimular as partes e se perceberem como seres humanos e se respeitarem mutuamente.

Há ainda outro importante aspecto presente no Projeto de Código de Processo Civil que diz respeito à regulação da atividade de mediador e conciliador judicial. Algo que consta também da Res. CNJ 125 e do Projeto 517/2011 (art. 10 e ss.).

A exigência parece adequada para aqueles profissionais que pretendam atuar em órgãos Judiciários. Por se tratar de um serviço público, é razoável exigir que esses mediadores e



conciliadores tenham conhecimento técnico e prático para auxiliar as partes na solução de seus conflitos.

E exigência genérica do art. 168 do Projeto de CPC, porém, não é aceitável. Isto porque, essa regra pode ser aplicada também para os serviços privados e extrajudiciais, nos termos do art. 176 do mesmo Projeto.⁴⁴

A mesma crítica é feita por Yann Duzert e Humberto Dalla Bernardina de Pinho, que consideram a mediação *stricto sensu* ou metamediação como uma atividade eminentemente privada. A conciliação, de outro lado, seria uma pertencente ao Judiciário. A crítica é muito interessante e correta na medida em que apresenta os métodos de solução de conflitos em sua natureza própria, sem desnaturações, propondo ainda bastante cuidado na utilização conceitual dos institutos.⁴⁵

A questão é nova, mas já há precedentes quando se analisam outros métodos de solução de controvérsias, especialmente a arbitragem.

Em 2005, houve um Projeto de Lei que tinha como escopo regular a função de árbitro e mediador. Tratava-se do Projeto de iniciativa do Deputado Federal Nelson Marquezelli (4.891/2005) que tinha o objetivo de regulamentar a função dos árbitros e dos mediadores, bem como a regulamentação de instituições voltadas à utilização da arbitragem, especialmente as chamadas câmaras arbitrais. Medida semelhante, ainda, foi adotada pela Deputada Estadual Edna Rodrigues da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, PL 3011/2005, que pretendia criar o "Conselho Estadual de Fiscalização e Disciplina da Arbitragem no Estado do Rio de Janeiro".

A despeito dos bons objetivos dos citados Projetos de Lei, o fato é que eles padeciam do mesmo problema. Tentavam aplicar aos métodos de solução de controvérsias e àqueles que neles atuavam uma série de regras que só tinham espaço no Judiciário. Enquanto o juiz é sempre juiz, o árbitro, o mediador e o conciliador em geral só exercerão suas atividades quando designador e para um determinado caso específico. Vale dizer, portanto, que o árbitro, o mediador e o conciliador possuem funções momentâneas, não podendo se falar sequer na função ou profissão de árbitro, mediador ou conciliador. Há, na verdade, a atividade de árbitro, mediador ou conciliador que pode ser executada por qualquer pessoa maior e capaz que possua a confiança das partes envolvidas nos litígios para solucioná-lo, nada mais.

No mesmo sentido se pronunciou Maurício Gomm Ferreira dos Santos em Parecer da Comissão de Mediação e Arbitragem Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná, encaminhado ao Deputado Nelson Marquezelli: "Não obstante a boa intenção de se atacar eventuais desvios por algumas pessoas e entidades, cujas consequências têm sido induzir a erro advogados e a sociedade em geral, a proposta contida no citado Projeto de Lei [Projeto 4.891] não só revela completo desconhecimento sobre as características básicas da mediação e arbitragem, como também, se aprovada, tende a inviabilizar o uso destes institutos no Brasil. Entende a Comissão que não se pode regular a profissão de árbitro e mediador, haja vista que ninguém é árbitro ou mediador. A pessoa pode estar árbitra ou mediadora se gozar da confiança das partes e por estas for escolhido. Como se sabe, não é título, o curso, a carteira de árbitro ou o pagamento de anuidade a um Conselho de Árbitros que credencia ou legitima a atuação como árbitro".

Em relação ao mencionado Projeto de Lei do Estado do Rio de Janeiro, o parecer à Comissão de Mediação e Arbitragem Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro, de autoria de Lauro Gama Júnior e Gustavo Binenbojm foi no mesmo sentido: "O fim almejado pela medida em questão é o controle e fiscalização das entidades de arbitragem. Ainda que se dê por adequada a medida, certo que não passa pela etapa da necessidade (ou exigibilidade). Isso porque, a toda a evidência, a medida restringe excessivamente a liberdade de exercício profissional e o da livre iniciativa no que concerne à arbitragem. É dizer: existem meios menos agressivos à liberdade do



exercício profissional e de iniciativa do que aquele vislumbrado pelo legislador estadual, capazes, igualmente, de conduzir ao fim almejado de controle e fiscalização. Como se demonstrou, o Poder Judiciário, mediante provocação das partes, pode controlar e fiscalizar não apenas a arbitragem como também as entidades especializadas que se propõem a administrá-la. Exemplo disso são as intervenções já realizadas pelo Judiciário fluminense (...)"

Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional. No entanto, os mediadores e conciliadores devem necessariamente ter capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal (art. 166, caput e § 1.º do Projeto de CPC).

Havia ainda uma exigência que felizmente foi retirada do Projeto, e que parecia mesmo absolutamente inadequada, qual seja, a exigência de que o mediador e o conciliador sejam inscritos na OAB. A disposição soa como corporativista e inadequada. Diversas profissões, com destaque para a psicologia, contabilidade e administração de empresas, já atuam de modo marcante em mediações e conciliações. Convém lembrar ainda que sequer para a arbitragem, em que o conhecimento do ordenamento jurídico se faz mais necessário do que na mediação e na conciliação por lá haver aplicação do direito ao caso concreto, tal exigência existe.

Com o registro, o Tribunal indicará ao diretor do foro para que o conciliador ou o mediador passe a constar de uma lista (art. 168, § 2.º, do Projeto de Código Civil). No registro do mediador ou do conciliador constarão todos os dados para o exercício de sua atividade (art. 168, § 4.º, do Projeto de Código Civil), sendo divulgados para conhecimento da população e fins estatísticos (art. 168, § 3.º, do Projeto de Código Civil).

As hipóteses de exclusão do registro de mediadores e conciliadores vêm listadas nos incisos do art. 174 do Projeto de CPC. São elas: (i) tiver sua exclusão motivadamente solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal; (ii) agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade; (iii) violar os deveres de confidencialidade e neutralidade; (iv) atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido.

É importante notar que o Projeto de Código de Processo Civil passou a contar com a expressão "motivadamente", ou "fundamentada", como está hoje, a partir da revisão realizada pelo Senador Valter Pereira. Tal inclusão é importante porque há a garantia de um processo administrativo para se analisar a exclusão e não a simples atuação da vontade do Judiciário (essa é a indicação do § 1.º do mesmo artigo).

Nesse sentido, é o magistrado quem fiscalizará a atuação dos mediadores e conciliadores nos processos sob a sua presidência (juiz da causa) e caso considere necessário poderá afastá-los de suas atividades no processo e notificar o Tribunal de Justiça para instauração de processos administrativos.

Na redação original do Projeto de Código de Processo Civil, o mediador e o conciliador poderiam ser sancionados não só pelo Tribunal de Justiça a que estiverem vinculados como também pela OAB caso violem algum dos deveres do advogado explicitados no Código de Ética e Disciplina da OAB (art. 2.º, § 2.º), conforme art. 148, § 2.º, do Projeto de CPC). O bis in idem foi eliminado na revisão realizada pelo Senador Valter Pereira.

Eventuais sanções ao mediador ou conciliador serão impostas pelo Tribunal e que estiverem vinculador e, eventualmente, pelo CNJ.

O PL 517/2011 contém também sanções à atuação dos mediadores e conciliadores que não atuem de modo adequado, ferindo princípios do Projeto de Lei ou práticas



recomendadas de mediação e conciliação. O processo de exclusão do mediador ou do conciliador é muito parecido com aquele previsto no Projeto de Código de Processo Civil.

Mais uma vez seria interessante a sistematização desse procedimento de modo idêntico pelos dois Projetos de Lei.

A situação de impedimento do mediador ou do conciliador está prevista no art. 171 do Projeto de CPC. Nesse caso, parecem estar incluídas questões de foro íntimo do mediador ou conciliador que poderá fazer requerimento ao juiz devolvendo os autos. Se tal requerimento for anterior ao recebimento, basta a devolução dos autos. Se a mediação ou a conciliação já tiverem começado, deve ser lavrado relatório sobre o ocorrido, com encaminhamento dos autos para novo conciliador ou mediador.

Sendo temporária a impossibilidade de atuação do mediador ou conciliador, esse deverá informar ao Tribunal para que não haja novas distribuições de processos (art. 172 do Projeto de CPC).

Além do dever de sigilo, conciliadores e mediadores ainda são obrigados a respeito um período de resguardo ou quarentena após a atuação em cada caso. Nesse sentido, não podem assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes pelo prazo de um ano (art. 173 do Projeto de CPC).

Obviamente, enquanto conciliadores e mediadores, não poderiam assessorar, representar ou patrocinar ninguém no Tribunal a que estejam vinculados (art. 168, § 5.º, do Projeto de CPC). Mas o objetivo da lei é mais amplo. Além da limitação informada, ainda há um resguardo de um ano para atuação em qualquer outra jurisdição além daquela do Tribunal a que os conciliadores e mediadores estejam vinculados para assessoramento de partes que tenham sido mediadas ou conciliadas pelo profissional.

A atividade de mediador e conciliador será remunerada de acordo com tabela fixada pelo Tribunal conforme parâmetros que serão estabelecidos pelo CNJ (art. 170 do Projeto de CPC). A tendência é que tal remuneração seja mais ou menos uniforme entre todos os mediadores e conciliadores brasileiro. De outro lado, no entanto, não há como garantir a mesma qualidade de treinamento para todos. É um ponto que os Projetos deixam em aberto e a prática terá que solucionar.

Além das disposições específicas que foram tratadas. Há ainda algumas referências à mediação e à conciliação que devem ser verificadas.

O primeiro de tais dispositivos é o art. 335 do Projeto de CPC que trata da hipótese em que, após analisada a aptidão da petição inicial e a possibilidade de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de 30 dias.

O magistrado, ao receber a causa, verificará se foi feita a opção pela conciliação ou pela mediação, nos termos do inciso VII do art. 320. Uma espécie de disposição facultativa da petição inicial.

Caso exista mediador ou conciliador na Comarca ou no Foro, tal profissional atuará necessariamente na audiência de conciliação ou mediação (§ 1.º do art. 335 do Projeto de CPC).

Tudo indica, portanto, que naquelas Comarcas em que não haja mediador ou conciliador, tal sessão não ocorrerá uma vez que há necessidade de treinamento e inscrição junto ao Tribunal e, tendo em vista o sigilo, o magistrado não poderá acumular as duas funções já sua atuação como juiz, na maioria dos casos, é pública. Contudo, se a Comarca tiver mais de um juiz ou houver uma Comarca contígua com juiz, um poderá atuar como mediador ou conciliador nas causas do outro, desde que treinado e inscrito perante o Tribunal para tal função.



A preferência, obviamente, deve ser por mediadores e conciliadores não magistrados até porque a atividade será remunerada e pelas limitações impostas pelo art. 26, I, a, da LC 35, de 14.03.1979 (Lei Orgânica da Magistratura).⁴⁶ Mas em situações limite, como a que se indicou no parágrafo anterior, é preferível mitigar a disposição da referida lei do que vetar às partes o acesso à ou à conciliação.

O Projeto de CPC prevê ainda que a mediação e a conciliação sejam realizadas de modo tranquilo, permitindo a discussão do problema apresentado pelas partes, permitindo-se mais de uma sessão em prazo não excedente a dois meses da primeira audiência realizada (art. 335, § 2.º, do Projeto de CPC).

Referidas audiências serão pautadas com prazo nunca inferior a 20 minutos entre si e serão organizadas de modo separado das demais audiências realizadas pela Vara Cível (art. 335, § 12, do Projeto de CPC), sendo a intimação para audiência feita na pessoa do próprio advogado (art. 335, § 3.º, do Projeto de CPC). Tal medida, sem dúvida demandará novos profissionais e o Judiciário deve estar preparado para tanto.

Os réus devem peticionar em até 10 dias antes da realização da audiência informando que não tem interesse na sua realização, ela será cancelada (art. art. 335, § 5.º, do Projeto de CPC). Nesse aspecto, o legislador compreendeu muito bem a natureza da mediação e da conciliação como métodos de solução de controvérsias não jurisdicionais. Não se pode obrigar ninguém a contratar, transacionar, mediar ou conciliar. A autonomia da vontade é princípio basilar desses institutos.

A audiência, contudo, só será cancelada previamente se ambas as partes se manifestarem pela sua não realização. O autor na petição inicial e o réu em petição protocolada até 10 dias antes da realização da audiência. Ou se a natureza do processo, no texto do Projeto, ou menor, a natureza do direito envolvido, não admita autocomposição (art. 335, § 4.º, I e II, do Projeto de CPC). No caso de litisconsórcio, ainda, todos terão que manifestar o desinteresse (art. 335, § 6.º, do Projeto de CPC). Tal medida torna obrigatório o comparecimento das partes ainda que uma delas não tenha interesse na mediação ou na conciliação e mais provável a efetivação do método.

Nessa linha, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu será considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado (art. 335, § 8.º, do Projeto de CPC), num claro incentivo à presença das partes, ou preposto (art. 335, § 10, do Projeto de CPC) que juntamente com os seus procuradores (advogados ou defensores públicos), portanto, é obrigatória (art. 335, § 9.º, do Projeto de CPC). Não obstante ninguém seja, é bom frisar, obrigado a participar de sessão de mediação ou conciliação e muito menos a transacionar de acordo com o já exposto acima e a natureza da mediação e da conciliação como métodos de solução de controvérsias. Todos, partes e advogados, contudo, serão obrigados a comparecer.

Finalmente, o §11 indica que obtida a transação, haverá redução desta a termo e homologação por sentença. É disposição semelhante à do primitivo art. 153 do Projeto de CPC, que era mais amplo e poderia ser mantido, como se verá com mais vagar a seguir.

Tal audiência ganha relevância na mediada em que pode ser o termo o quo para apresentação de contestação. Caso tenha sido realizada mais de uma sessão de mediação ou de conciliação, contar-se-á o prazo a partir da última delas (art. 336, I, do Projeto de CPC).

Se a audiência for dispensada, o prazo para contestação será computado a partir da data do pedido de cancelamento (art. 324, § 2.º, do Projeto de CPC). Tal disposição parece um pouco contraditória com a lógica estatuída para a realização da audiência. Esse protocolo só se aplica se o réu não tiver interesse na audiência e se o autor já tiver manifestado esse desinteresse na petição inicial. Parece uma hipótese bastante

específica, embora possa ser usual, que foi tratada como genérica.

Ademais, disposição semelhante à dos arts. 331 e 448 do CPC/1973 é repetida pelo art. 366, de que logo após a instalação da audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente de ter ocorrido ou não tentativa anterior. Trata-se de um dos primeiros dispositivos de nosso ordenamento jurídico a incentivar de modo amplo a utilização de um método de solução de controvérsias. Se hoje diversas páginas podem ser dedicadas ao estudo dos métodos de solução de controvérsias no seio de um Código de Processo Civil, deve-se à existência de tal dispositivo e a perseverança de profissionais como Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

No procedimento de produção antecipada de provas, também, se privilegia a solução de conflitos utilizando-se métodos alternativos (art. 388, II, do Projeto de CPC).

Mais uma vez a redação do legislador poderia ter sido mais cuidadosa para incluir a mediação dentre o método que pode ser facilitado. Na verdade, o que aparentemente o legislador quis dizer é que a produção de provas é cabível em situações nas quais a transação puder ser facilidade com a prova obtida, não importando o método utilizado, mediação conciliação, arbitragem ou processo judicial para obtê-la.

Destaca-se ainda que, nos termos do art. 529, II, do Projeto de CPC, a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo, será título executivo judicial. É interessante notar que o objeto do acordo pode ser mais amplo do que o objeto de eventual demanda. Mesmo assim, depois de homologado, tal acordo terá os mesmos efeitos de uma sentença judicial.

Trata-se de uma ampliação da disposição do art. 475-N, V, do CPC/1973, em um claro incentivo à utilização dos métodos de solução de controvérsias.

Disposição complementar à do art. 529 do Projeto de CPC constava do art. 153 do Projeto original do CPC, mas foi retirada na revisão realizada pelo Senador Valter Pereira.

Tal disposição dizia respeito à possibilidade de imediata homologação da transação obtida em sessão de mediação ou conciliação. Em tese, tratava-se de procedimento célere e que traria grande vantagem para as partes. É simples notar que tal disposição não é conflitante com o art. 529 do Projeto de CPC.

Outra razão para exclusão de tal dispositivo poderia ser os transtornos aos magistrados que deveriam estar de prontidão para homologarem acordos. Aparentemente não. Não se queria com a antiga redação exigir a homologação imediata, mas sim garantir um procedimento simples e seguro para tanto.

É importante, de acordo com tudo o que se expôs, que os jurisdicionados busquem o conhecimento acerca dos métodos de solução de controvérsias ditos autocompositivos, que ganham destaque com o Projeto de Código de Processo Civil e, mais do que isso, adotem experiências bem sucedidas como referência. Esse é o caso do Núcleo Estudos dos Meios de Solução de Conflitos – Nemes, ligado ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.⁴⁷

5. Conclusão

Como se viu, os Projetos de Código de Processo Civil, de Lei de Mediação e a Res. CNJ 125 trouxeram uma grande quantidade de disposições a respeito dos métodos de solução de controvérsias e, mais do que isso, ampliou sobremaneira a interação entre tais métodos e o Judiciário.

Obviamente, nem todas as disposições constantes do Projeto são dignas de Júbilo, mas com certeza o é a atenção e o espaço que o legislador dispensou para os métodos de



solução de controvérsias.

O que se vê, indubitavelmente, é a arbitragem cada vez mais consolidada como um meio de solução de conflitos consolidado enquanto que a conciliação busca romper as amarras do Judiciário e ter uma aplicação mais corriqueira. Por fim, a mediação busca seu espaço como uma novidade que já faz parte do dia a dia daqueles que ligam com contenciosos.

Realmente só o tempo vai dizer se as alterações tentadas serão úteis e, mais do que isso, utilizadas do ponto de vista prático. Cabe aos juristas e operadores do direito lutarem para que o Projeto ainda sofra adequações e, caso aprovado, venha a ser bem aplicado e lutar para que haja uma consolidação dessas regras de modo a impedir antinomias e garantir o conhecimento da população e daquelas que atuam com esses institutos os tornando utilizados e eficientes.

6. Bibliografia

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. The modern Civil Process (trad. ing.). São Paulo: Ed. RT, 2009.

ARROW, Kenneth J. et al. Barreiras para resolução de conflitos. São Paulo: Saraiva, 2011.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. vol. III.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. Temas de Direito Processual Civil – 7.^a Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATISTA MARTINS, Pedro Antonio. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Curso sistematizado de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. II, t. I.

_____. Poderes instrutórios do juiz. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

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

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1943. vol. II.

CASELLA, Paulo Borba (org.). Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

CHEVALIER, Pierre; DESDEVISES, Yvon; MILBBURN, Phillip (orgs.). Les modes alternatifs de reglement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice. Paris: La Documentation Française, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. Derecho procesal civil. México: Cardenas, 1989. vol. I, t. I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido



Rangel. Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vols. I e III.

_____. Vocabulário do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Nova era do processo civil, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. A Arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2013.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Getting to yes. 2. ed. New York: Penguin Books, 1991.

GOMES, Orlando. Contratos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). Participação e processo. São Paulo: Ed. RT, 1988.

_____. WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (coords.). Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo: Atlas, 2007.

GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GUERRERO, Luis Fernando. Cumprimento de sentença arbitral e a Lei 11.232/2005. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 15. p. 102-116. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. Arbitragem e jurisdição: permissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. Revista de Processo. vol. 159. p. 9-34. São Paulo: Ed. RT, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I.

MARCTATO, Antonio Carlos (coord.). Código de Processo Civil interpretado. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Autonomia privada: conceito atuação e limites. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. n. 9. vol. 7. p. 53-60. São Bernardo do Campo, 2003.

MOORE, Christopher W. The mediation process. 3. ed. São Francisco: Jossey Bass, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de; GUERRERO, Luis Fernando et al. A experiência do núcleo de estudos de meios de solução de conflitos (Nemesc). Revista Direito GV. vol. 11. p. 67-94. São Paulo: FGV, 2010.

_____. LORENCINI, Marco Antonio Garcia; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coords.). Negociação, mediação e arbitragem. Rio de Janeiro: Método, 2012.

SILVA, Jonny Paulo da. A Regulamentação paranaense acerca da atuação do juiz de direito no processo arbitral, no que diz respeito à condução de testemunhas e execução de medidas coercitivas e cautelares. Revista Brasileira de Arbitragem. n. 3. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I.

VALENÇA FILHO; Clávio de Melo; LEE, João Bosco. Estudos de arbitragem. Curitiba:



Juruá, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

1 Originalmente art. 15. A renumeração decorre das propostas de alteração do Senador Valter Pereira.

2 CHIOVENDA, Giuseppe. Derecho procesal civil, vol. I, t. I, p. 369.

3 CARNELUTTI, Francesco. Instituições de direito processual civil, vol. II, n. 137.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil, vol. I, n. 1, p. 22. Liebman ainda dedicou um item de seu trabalho ao "juízo arbitral" explicando que a decisão dos árbitros dependeria de um decreto do pretor para ter executoriedade (Manual de direito processual civil, vol. I, n. 16, p. 52). Como se verá, tal obrigatoriedade foi superada tornando-se a arbitragem um sucedâneo do Judiciário para solução de determinadas questões em diversos ordenamentos jurídicos.

5 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Participação e processo, p. 296-299.

6 _____. Arbitragem e processo, n. 22, p. 26-27.

7 "Carlos Alberto Carmona vem sustentando a natureza jurisdicional da arbitragem, conceito com o qual concordo ao menos em parte. Já ao prefaciar o primeiro de seus livros a respeito do tema, manifestei simpatia por essa ideia, asseverando que 'se o poder estatal é exercido, sub specie jurisdictionis, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencida, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem'. Mais recentemente, tenho pensado em uma natureza parajurisdicional das funções do árbitro, a partir da ideia de que, embora ele não as exerça com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal" (Cândido Rangel Dinamarco. Nova era do processo civil, n. 15, p. 38-39). Em sua obra A Arbitragem na Teoria Geral do Processo, Cândido Rangel Dinamarco considera a arbitragem jurisdicional, afirmando que: "(...), reconfirma-se que é imperiosa a inclusão da arbitragem na teoria geral do processo, considerando que ela contém em si um autêntico processo civil no qual se exercer um verdadeiro poder, a jurisdição (...)" (Cândido Rangel Dinamarco, A Arbitragem na Teoria Geral do Processo, p. 23).

8 Essa é a disposição do art. 17 da Lei de Arbitragem: "Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal".

9 Cf. Luis Fernando Guerrero. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. RePro 159/11-16.

10 "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."

11 "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."

12 Vide o Enunciado 3 elaborado na Carta de Salvador, proveniente do II Encontro de Jovens Processualistas do IBDP em que tal posicionamento foi criticado (RePro 227/199. São Paulo: Ed. RT, 2014). A profusão de textos legais sobre assuntos relacionados torna mais difícil a necessária e fundamental sistematização de seus textos.

13 Déc. 2011-48 du 13 janvier 2011 (tradução livre do francês).

14 Marco Antonio Garcia Lopes Lorencini. Sistema multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. da. Negociação, mediação e arbitragem. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 79.

15 É longo o histórico de Projetos de Lei relativos ao tema no Brasil, quase 20 anos. As primeiras referências à mediação no direito brasileiro são da década de 1990 e tratam de questões envolvendo reajustes e participações nos lucros de trabalhadores, Dec. 1.572, de 28.07.1995, que trata da possibilidade de mediação para negociações coletivas. Posteriormente, surgem referências na Lei 9.870, de 23.09.1990, que trata do valor de anuidades escolares, art. 4.º e na Lei 10.101, de 19.12.2000, que trata da participação de trabalhadores nos lucros e resultados das empresas, art. 4.º e na Lei 10.192, 14.02.2001, que trata da negociação de correções salariais, art. 11, § 4.º. Por fim, a Lei 12.815, de 05.06.2013, art. 37, faz referência a uma arbitragem de ofertas finais que, da forma como está, lembra uma mediação. No entanto, nenhum desses diplomas legais trata da técnica dos métodos. O primeiro Projeto de Lei de Mediação é de autoria da ex-Deputada Federal paulista Zulaiê Cobra Ribeiro e era composto por sete artigos, contendo as linhas gerais da mediação. O Projeto recebeu o n. 4.827/1998, que foi aprovado em 2002. Posteriormente, em 2006, esse Projeto foi complementado no Senado por um Anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, no que se convencionou chamar de Projeto Consensuado de Mediação. Desde 2007, contudo, o Projeto não avançou. Em 2011, contudo, surge um novo Projeto, o 517/2011 do Senado a partir de influxos do Ministério da Justiça, contendo uma base do Projeto de 2006. As referências à conciliação também são esparsas.

16 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 231.

17 CHRISTOPHER W., Moore. The mediation process, p. 15 (tradução livre do inglês).

18 STEPHEN B., Goldberg; FRANK, E. A. Sander; NANCY, H. Rogers; SARAH, Rudolph Cole. Dispute resolution, Part II, Cap. 3, p. 111.

19 Não consta dos manuais que tratam dos métodos de solução de conflitos, em especial o mais destacado deles: STEPHEN B., Goldberg; FRANK E. A., Sander; NANCY, H. Rogers; SARAH, Rudolph Cole. Dispute resolution, Part II. Neil Andrews, por sua vez, o trata como sinônimo de acordo ou de mediação. O moderno processo civil, n. 11.2, p. 256. Contudo, consideramos que mediação e conciliação não podem ser sinônimos de acordo, são métodos. Não se pode definir o objeto pelo seu resultado. Seria o mesmo que definir processo civil e arbitragem como sentenças.

20 Neil Andrews, O moderno processo civil, n. 10.30, p. 251-252.

21 PIERRE, Chevalier; YVON, Desdevises; PHILLIP, Milbburn (orgs.). Les Modes Alternatifs de Réglament des Litiges: Les Voies Nouvelles d'Une Autre Justice.

22 JACQUES, Faget. La Jurisdicisation de la Médiation. In: PIERRE, Chevalier; YVON, Desdevises; PHILLIP, Milbburn (orgs.). Les Modes Alternatifs de Réglament des Litiges: Les Voies Nouvelles d'Une Autre Justice, Ch. VII, nota 7, p. 77.



23 YVON Desdevises; CHALES Suaud. Conciliateurs et Conciliation. In: PIERRE, Chevalier; YVON Desdevises; PHILLIP Milbburn (orgs.). Les modes alternatifs de reglament des litiges: Les voies nouvelles d'une autre justice. Ch. XIX, p. 225.

24 FERNANDA, Tartuce. Mediação nos conflitos civis, n. 1.3.2.3.2.2, p. 66-74.

25 PETRÔNIO, Calmon. Fundamentos, n. 10.1, p. 119-122.

26 Idem, n. 12.2, p. 142-144.

27 Em poucas palavras a conciliação é um modelo de conciliação avaliativa à brasileira, daqueles institutos tropicais, forjados à realidade brasileira tais como a alienação fiduciária e as duplicatas.

28 ROGER, Fisher; WILLIAM, Ury; BRUCE, Patton. Getting to yes. 2. ed. New York: Penguin Books, 1991.

29 CARLOS Eduardo de Vasconcelos. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 114-128.

30 Y. Duzert e H. D. B. de Pinho. Mediação no Brasil: uma forma de negociar baseada na abordagem de ganhos mútuos. In: K. J. Arrow; R. H. Mnookin; L. Ross; A. Tversky; R. B. Wilson e Y. Duzert. Barreiras para resolução de conflitos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 334, 336 e 341.

31 ALEXANDRE, Araújo Costa. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. Estudos em arbitragem, mediação e negociação, vol. III, p. 169-170.

32 A política de incentivo para os magistrados é reforçada pelas disposições do art. 118 do Projeto de novo CPC: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV – tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais", disposição semelhante à do art. 125 do CPC: "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes" embora este trate só da conciliação.

33 Por exemplo, o TJSP: [www.tjsp.jus.br/Egov/Conciliacao/Default.aspx?f=2]. Acesso em: 07.01.2014. Há setor de conciliação desde 2005, via Provimento do Conselho Superior da Magistratura 953/2005. Já existe de modo informal em Fórum regionais paulista também desde a década de 1980, como, por exemplo, no Fórum Regional de Santo Amaro, cujo setor de conciliação foi criado em 1986. Trata-se dos "Juizados Informais de Conciliação" cuja criação e funcionamento foi explicado por Ada Pellegrini Grinover (A conciliação extrajudicial. Participação e processo, p. 292 e ss.).

34

[<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ65097B8FITEMID41AA34488DAF462686C13AFC777E5CD1PTBR>]. Acesso: em 07.01.2014.

35 Movimento Conciliar:

[www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7932&Itemid=973]. Acesso em: 19.01.2011, bem como a Res. 125, de 29.11.2010.

36 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. Temas de direito processual civil, p. 19-30.

37 SELMA, Maria Ferreira Lemes. Árbitro: princípios de independência e de imparcialidade, p. 53.



38 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz, n. 3.3.3, p. 108.

39 "A autonomia privada supõe assim, em princípio, ou mais precisamente, supunha tradicionalmente, a possibilidade de as pessoas, numa relação jurídica estabelecida, pautarem, como bem lhes aprouvesse, dentro dos limites legais, a própria conduta, tornando-se cada uma delas, num procedimento de mútua barganha, árbitra dos próprios interesses. Por isso se podia dizer que, enquanto as normas legais são heterônomas, supondo uma supremacia do sujeito – órgão legislativo – que as dita aos seus destinatários, numa relação de subordinação, as normas negociais são autônomas, na medida em que os sujeitos que com elas propõem-se conformar a própria conduta estão num plano de igualdade, numa relação de coordenação. É por isso que autonomia e heteronomia, nesse sentido, teriam a ver com os dois planos distintos em que operam: a posição de igualdade ou não dos sujeitos uns em relação aos outros" (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Autonomia privada: conceito atuação e limites. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. n. 9. vol. 7. p. 53-60). No mesmo sentido, Orlando Gomes afirma que: "O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica". "Neste sentido, toda pessoa capaz, mediante declaração de vontade pode contratar, uma vez que a vontade unilateral e o concurso de vontades determinam a produção de efeitos jurídicos" (GOMES, Orlando. Contratos, p. 22).

40 SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, p. 779-792.

41 Art. 7.º, XIX, da Lei 8.906, de 04.07.1994.

42 THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil, 2003, vol. I, n. 28, p. 26-27.

43 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, n. 1.309, p. 819.

44 Em Portugal, a Lei 29/2013, de 19 de abril adotou essa diferenciação, prevendo cadastramento apenas para os serviços públicos. Referida Lei aplica-se exclusivamente para os litígios cíveis e comerciais.

45 Y. Duzert; H. D. B. de Pinho, Mediação... cit., p. 334.

46 "Art. 26. O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado): (...) II – em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes: (...) a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular (...)."

47 SALLES, Carlos Alberto de; GUERRERO, Luis Fernando et al. A experiência do núcleo de estudos de meios de solução de conflitos (Nemesc). Revista Direito GV 11/67-94 e [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100005&script=sci_arttext&tlng=es#top].