



A (IM)POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA MEDIAÇÃO

Diego José Baldissera*
Celso Hiroshi Iocohama**

RESUMO: O CPC/2015 instituiu uma nova ideia de processo, que incentiva a solução consensual de conflitos. Unificou procedimento sumário e ordinário no agora chamado procedimento comum, que tem como fase inicial a realização de audiência de mediação ou conciliação. A mediação tem lugar quando houver, entre as partes, relação contínua, que não se extinguirá juntamente com o processo. Tendo em conta o aprofundamento das discussões que ocorrerão, deve ser vedado, ao magistrado, participar das sessões de mediação. Inobstante a chance de formação de pré-julgamento, as informações trazidas são, em regra, confidenciais, e o mediador deve ter independência para conduzir o procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Confidencialidade; Independência; Autocomposição; Conflitos; Métodos Alternativos.

THE IMPOSSIBILITY OF JUDGE'S PARTICIPATION AT THE MEDIATION

ABSTRACT: The CPC\2015 has instituted a new idea of process, which incentives the consensual conflicts solution. Summary and ordinary procedures were unified, forming the common procedure, which has as initial stage the holding of a mediation or conciliation audience. The mediation will happen when there be, among the parties, a continuous relation, that will not be extinguished with the lawsuit. Considering the thorough way of discussion that will take place, the judge shall not attend these sessions. Despite the chance of creating a pre-judgement, the information raised are, by rule, classified. Thus, the mediator shall have independence to conduct the procedure.

KEYWORDS: Confidentiality; Independence; Auto Composition; Conflicts; Alternative Methods.

* Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela UNIPAR. Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR.

** Advogado. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL. Doutor em Direito pela PUC-SP. Doutor em Educação pela USP.





1 INTRODUÇÃO

Em um sentido estritamente técnico, a expressão meios alternativos de solução de conflitos, ou *alternative dispute resolution* (ADR) designa os meios extrajudiciais de solução de conflitos. No entanto, como, no Brasil, tem-se usado o termo para abarcar, também, os meios alternativos judiciais, valer-se-á da expressão nesse sentido.

Tradicionalmente, a cultura de autocomposição foi bastante tímida no Brasil. O CPC/2015 buscou fortalecer essa cultura, principalmente, ao estabelecer a realização de uma audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento comum, que unificou os antigos procedimentos sumário e ordinário. Sob a nova sistemática, em todas as ações sujeitas ao procedimento comum será exigida a realização da referida audiência, dispensável somente nas hipóteses taxativas trazidas pelo próprio Código.

Para que a nova fórmula processual funcionasse satisfatoriamente, o CPC/2015 determinou, aos tribunais, a instauração de uma estrutura adequada à realização dessa fase inicial do procedimento comum, com a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, bem como, com a criação de um cadastro de conciliadores e mediadores.

A instauração dessa estrutura, embora complexa, tendo em conta as notórias limitações orçamentárias dos Estados-membros, é imprescindível para que a nova ideia de processo seja satisfatoriamente implantada. Sob o CPC/1973, o procedimento sumário já previa a realização de uma audiência de conciliação, onde era tentada a autocomposição. No entanto, não havia estrutura adequada para que as partes se sentissem, realmente, estimuladas ao consenso. A audiência, geralmente, era presidida pelo próprio juiz da causa, que, em razão do excesso de serviço, não a tratava com a devida importância, vendo-a mais como uma simples formalidade processual.

O CPC/2015 buscou mudar essa realidade. Não apenas ao determinar a implantação de uma estrutura adequada, mas, também, ao diferenciar as causas em que deve ser realizada audiência de conciliação, e as causas que demandam a realização de audiência de mediação, institutos que, à primeira vista, podem parecer a mesma coisa, mas que não se confundem. Com isso, o Código pretendeu dar o tratamento adequado a cada espécie de conflito, atendendo, assim, ao menos, em tese, aos escopos trazidos à baila pela Resolução 125/2010, do CNJ.



A efetiva implantação e absorção desse novo sistema, seja pelos advogados, pelos serventuários, pelos juízes, ou pela sociedade, em geral, leva tempo, obviamente. Até lá, muitas dúvidas surgirão no dia-a-dia forense. Uma delas é a que aborda o presente trabalho, elaborado mediante pesquisa bibliográfica, qual seja, a possibilidade ou não de que o juiz da causa participe da(s) audiência(s) de mediação. Naturalmente que a dúvida pode ser transportada à conciliação, porém, a questão mais problemática parece estar na mediação.

2 ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO TEMA: A RELEITURA DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 garante, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Consagrou, pois, o constituinte, a garantia do acesso à justiça, também chamada de garantia da inafastabilidade da jurisdição.

A visão clássica acerca de tal garantia era, simplesmente, que a Constituição garantia a todos o direito de provocar o Poder Judiciário, a fim de que conseguir uma tutela ressarcitória ou inibitória, conforme tenha havido lesão ou ameaça de lesão a algum direito do postulante. Essa concepção puramente formal foi chamada por Cappelletti (2014) de supersimplificação da realidade, por ignorar, segundo o Autor, o contexto social do sistema jurídico.

O acesso à justiça, todavia, passou por uma releitura. “O conceito de acesso à Justiça significa muito mais do que acesso ao processo jurisdicional estatal”, pontua Beneti (2014). A concepção que hoje impera é de que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não garante apenas o direito à postulação de uma tutela ressarcitória ou inibitória, mas, sim, o direito ao chamado processo justo e à ordem jurídica justa, ou, nas palavras de Nery Júnior (2016), à tutela jurisdicional adequada. “Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”, destaca o Autor (2016, p. 210). O exemplo de que se vale o aludido autor é o da parte que necessita de tutela de urgência; nesse caso, preenchidos os requisitos, o juiz é obrigado a conceder a tutela antecipada, sob pena de não prover, à parte, a tutela jurisdicional adequada. Daí Greco (2003) dizer que a tutela jurisdicional efetiva, além de garantia da eficácia concreta dos direitos assegurados, é, em si, um direito fundamental.



Consagrando essa nova visão, o CPC/2015 trouxe, na redação de seu artigo 3º, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. À primeira vista, a impressão que se tem é a de que o Código simplesmente reproduziu a previsão constitucional. Todavia, note-se que, enquanto a Constituição fala em Poder Judiciário, o CPC/2015 fala em apreciação jurisdicional. Não se trata, pois, da mesma coisa, eis que Poder Judiciário e jurisdição, embora mantenham constante relação, não são sinônimos. Esta, pontuam Pinho e Stancati (2016), “[...] pode ser delegada para serventias extrajudiciais ou ser exercida por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais”. Assim, quando o legislador se vale do termo apreciação jurisdicional, prosseguem os Autores, “[...] ele abre as portas para outras formas positivas de composição, buscando o dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores”. Essa sistemática, ao contrário do que possa parecer, não foi uma criação do CPC/2015. Sua origem está na Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que trouxe essa ideia de incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos, que ficou conhecida como Tribunal Multiportas. Na doutrina, Dinamarco (2005, p. 137) já lecionava que “[...] a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado”.

3 DO PROCEDIMENTO COMUM NO NOVO CPC

Antes de se tratar das inovações trazidas pelo procedimento comum do novo CPC, cabe, inicialmente, distinguir, de forma resumida, processo e procedimento.

O procedimento, diz Greco Filho (2009, p. 38), “[...] é a forma pela qual se sucedem os atos processuais”, enquanto o processo se consubstancia na relação jurídica havida entre autor, réu e juiz. Diante disso, é o procedimento que, nos dizeres de Marques (1999, p. 6), “[...] revela o processo, dá-lhe realidade exterior e torna possível, mediante o *modus faciendi* impresso à sucessão de atos que se entrelaçam na relação processual, a que se atinja, de maneira adequada, a finalidade compositiva da intervenção estatal”. Por exemplo, uma ação de interdição não segue a mesma sequência de atos processuais de uma ação monitória, que, por sua vez, não se desenvolve pelo mesmo caminho de uma ação possessória, e assim por diante.



Dito isso, podemos tratar de uma das principais inovações trazida pelo novo CPC: a extinção da separação do processo de conhecimento, em procedimento ordinário e sumário.

Agora, pela regra do artigo 318, do novo Código, o processo de conhecimento segue o procedimento comum. Medina (2016) frisa que a terminologia ‘comum’ não deve levar o intérprete a imaginar que se trata de um procedimento simples, alheio às peculiaridades do direito material. Pelo contrário, o procedimento é comum “[...] apenas no sentido de ser geral e abrangente, sendo suas regras, por tais razões, aplicáveis aos demais procedimentos”, observa o Autor (2016, p. 541).

A antiga divisão do processo de conhecimento em procedimento ordinário ou sumário visava agilizar as causas de menor complexidade, que, *a priori*, tramitariam pelo procedimento sumário. Ocorre que, o resultado almejado não era atingido.

Não obstante, algumas peculiaridades do procedimento sumário faziam com que a análise da demanda, por parte do Judiciário, não fosse plena, ou, então, exigia a conversão do procedimento, que passaria de sumário para ordinário, a fim de possibilitar a cognição plena, pelo Juízo. “Enquanto o procedimento sumário caracterizava-se pela concentração dos atos processuais e pela maior ênfase à oralidade, no ordinário os prazos eram mais amplos, as fases menos concentradas e a oralidade menos intensa”, lembra Medina (2016, p. 540).

Substancialmente, o atual procedimento comum manteve o *iter* do antigo procedimento ordinário. No entanto, o artigo 334, do novo Código estabeleceu a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação e mediação. Realizada a referida audiência, com conciliação, extingue-se o feito. Infrutífera a tentativa de conciliação, o processo terá seguimento, nos exatos moldes do antigo procedimento ordinário, isto é, apresentação de contestação, impugnação à contestação, e assim por diante.

4 ESCOPOS PROCESSUAIS

O Direito Processual Civil se desenvolve sobre três pilares, chamados de escopos processuais. São eles o escopo político, o escopo jurídico e os escopos sociais. Para o presente trabalho, importam, principalmente, os escopos sociais, que, serão, em razão disso, abordados de forma mais detalhada.

O primeiro deles, o político, importa, nos dizeres de Dinamarco (2005, p. 148), em “[...] concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos



na vida e nos destinos do Estado”. Esse escopo se alicerça na teoria de Chiovenda (2002, p. 42-43), de que “[...] a ação se origina do fato de que aquele que deveria conformar-se com uma vontade concreta da lei, que nos assegurava um bem da vida, a transgrediu; daí, procuramos a atuação dela independentemente da vontade do devedor”. O escopo político, então, pode-se dizer, é uma garantia de sobreposição da vontade da lei à vontade do obrigado.

No que concerne ao escopo jurídico, muito se debateu acerca da adoção da teoria unitária¹, de Carnelutti, ou da teoria dualista², de Chiovenda, segundo as quais, o escopo jurídico do processo seria, respectivamente, a justa composição da lide ou a atuação da vontade concreta do direito, como dito acima. A discussão, ao menos com a intensidade de outrora, foi superada, prevalecendo a teoria dualista. Hoje, a controvérsia que acalora os embates dos juristas é se o juiz cria ou não a norma jurídica. Sem adentrar no mérito da questão, que é bastante denso, crê-se ser equivocado dizer que o juiz cria a norma. Isso porque a norma não deixa de existir quando cumprida – e, se cumprida, obviamente, não será colocada perante o juiz.

Tem-se, finalmente, os escopos sociais, que se desdobram em escopo social de educação e escopo social de pacificação.

Historicamente, o Poder Judiciário brasileiro não funciona de forma satisfatória, seja pela morosidade, seja pelo alto custo, seja pela qualidade das decisões. O fato é que, como aponta Dinamarco (2005), as pessoas acabam se sentindo inibidas em procurar as vias legais para solucionar suas demandas, preferindo, muitas vezes, não buscar seus direitos. O escopo social de educação, leciona Dinamarco (2005, p. 148), “[...] pode vir da instrução escolar básica, de campanhas publicitárias de variada ordem e, como dito, do exemplo ofertado pelos bons resultados do processo”, ou seja, incumbe à comunidade jurídica, em geral, a busca constante pela melhoria do Judiciário, a fim de efetivar o escopo social de educação.

¹ O processo contencioso seria, no entender de Carnelutti (2000, p. 93-94), “[...] um processo caracterizado pelo fim, que não é outro que a composição da lide. [...], a composição se deve fazer conforme o direito ou conforme a equidade, e a conformidade com o direito ou com a equidade expressa-se por meio do conceito da justiça, a fórmula pode ser integrada falando de justa composição da lide”. O conceito se aplica, *a priori*, somente ao processo contencioso porque o processo voluntário, em Carnelutti, tinha valor prático inferior. Ainda, o autor se utiliza da expressão “fim”, no sentido de finalidade, e não de resultado, de modo que, embora seja sua finalidade, o processo pode não resultar na justa composição da lide.

² Para Chiovenda, ação e obrigação não se confundem. “A ação não se assimila à obrigação, não é o meio para atuar a obrigação, não é a obrigação em sua tendência para a atuação, não é um efeito da obrigação, não é um elemento nem uma função do direito de obrigação, mas um direito distinto e autônomo que exsurge e pode extinguir-se independentemente da obrigação [...]”; direito tendente a um efeito jurídico e não à prestação”, na lição do Autor (2002, p. 43)



Outra questão a ser levada em conta, em se tratando de escopos sociais, é a pacificação de conflitos. Tradicionalmente, o escopo social de pacificação foi levado a cabo, quase que totalmente pelo Judiciário. “Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado”, critica Watanabe (2005, p. 685). O problema já havia sido percebido por Carnelutti (2000), que apontava a supervalorização do processo contencioso, e o abandono à penumbra, do processo voluntário. Essa forma de solução de conflitos se torna bastante delicada, levando-se em conta que, via de regra, uma das partes sairá vencedora. Daí que, não obstante a tendência, do vencido, ao acatamento da decisão judicial, em razão da legitimidade do juiz para impor uma decisão, como aponta Armelin (1979), viu-se a possibilidade de uma melhor solução advir da autocomposição entre as partes. Nessa eliminação de conflitos³, seja pelos meios tradicionais ou pelos meios alternativos, é que se consubstancia o escopo social de pacificação.

5 DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

A coisa julgada material, na lição de Nery Junior (2016), é o centro do processo civil.

Ao ingressar em juízo com determinada demanda, o autor visa à prestação jurisdicional que julgue procedente sua pretensão. Trata-se da efetivação do direito de ação, na clássica concepção da garantia constitucional do acesso à justiça

Sem afastar a busca por essa efetivação do direito de ação⁴, o processo civil brasileiro tem buscado incentivar a solução do litígio por meios alternativos, assim entendidos, na dicção de Stöber (2015), “[...] os instrumentos para que um conflito particular possa ser solucionado antes que o caso seja levado a julgamento perante um tribunal estatal”. “Surgindo um conflito entre dois interesses contrapostos, pode acontecer que seja resolvido

³ A consciência do escopo social de pacificação mediante a eliminação de conflitos e insatisfações é um dos fatores que levam o Estado-de-direito a proibir o exercício espontâneo da jurisdição. A tutela jurisdicional que o juiz se disporia a dar sem a iniciativa de parte poderia ser desprovida de utilidade, na medida de sua incidência sobre situações que não estivessem sendo motivo de angústias e tristezas ao possível titular de direitos. Ou poderia até fomentar conflitos que, apesar de algum direito violado ou obrigação descumprida, ainda estivessem latentes e portanto não constituiriam um inconveniente social. (DINAMARCO, 2005, p. 147)

⁴ Do ponto de vista puramente jurídico as diferenças são notáveis e eliminaríamos a ideia de que se equivalham, porque somente a jurisdição estatal tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que está fora de cogitação nos chamados meios alternativos. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição estatal, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de *pacificação* das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam (DINAMARCO e LOPES, 2017, p. 31).



por obra dos próprios litigantes ou mediante a decisão imperativa de um terceiro, [...]”, anota Carreira Alvim (2017, p. 8). Há, na primeira situação, prossegue, “[...] uma solução parcial do conflito, por obra das próprias partes, e, no segundo, uma solução imparcial do conflito, por ato de um terceiro, que não é parte”. No processo civil alemão, conforme lição de Stöber (2015), a regulamentação do incentivo à solução do litígio por meios consensuais data de 2001, quando foi alterado o § 278, do Código de Processo Civil alemão.

Os meios alternativos de solução de conflitos são a arbitragem, a transação, a conciliação e a mediação.

A arbitragem consiste na submissão do conflito a um árbitro, para que este o solucione. É verdadeiro processo, dizem Dinamarco e Lopes (2017), tanto quanto o processo judicial. “É do passado a crença em um *monopólio estatal* da jurisdição, responsável pela concentração dos estudos sobre esta com o foco lançado exclusivamente sobre a jurisdição estatal”, anotam os Autores (2017, p. 79). Naturalmente, existem diferenças entre a jurisdição estatal e a arbitral, “[...] mas não tantas nem tão profundas que legitimem o alijamento da jurisdição arbitral do conceito de jurisdição”, concluem.

Caracteriza-se, pois, a arbitragem, como uma espécie de renúncia à garantia do juiz natural. A arbitragem é instituto já mais difundido, eis que regulamentado desde 1996, por ocasião da Lei 9.307/96.

Os demais – conciliação, mediação e transação – são institutos que, embora semelhantes, não se confundem. A conciliação, anota Araújo (2016, p. 61), tem por objetivo “[...] pôr fim ao motivo de pendência entre as partes, sem uma preocupação específica quanto à interação e aos desdobramentos extra-autos da relação jurídica”. Diferencia-se a conciliação da transação porque a primeira pode resultar de simples renúncia ou reconhecimento, enquanto a segunda pressupõe concessões mútuas.

A mediação, por sua vez, segundo a lição de Araújo (2016), é a proposta construída com participação direta das partes e do mediador, no intuito de pôr fim ao próprio conflito existente entre as partes, ou, até mesmo, para evitar o nascimento do conflito. “O foco na mediação é o conflito, e não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito”, sintetiza Cahali (2017, p. 47). “As formas de autocomposição, se tiverem êxito, traduzem-se em negócios jurídicos realizados entre as partes (p. ex., através da transação, da renúncia, do reconhecimento etc.)”, comenta Medina (2016, p. 581). “Trata-se



de solução *consensual* do litígio, fundada no princípio da autonomia da vontade (cf. art. 166 do CPC/2015)”, conclui o Autor.

Possível relacionar, ainda, a possibilidade de autocomposição com a liberdade processual das partes, acrescentam Dinamarco e Lopes (2017), que, embora não tenha previsão expressa na legislação, decorre diretamente do princípio constitucional de liberdade geral, prevista no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

5.1 Da obrigatoriedade de realização de audiência de conciliação e mediação no procedimento comum do CPC/2015

Conforme explanado, o CPC/2015 buscou incentivar que as partes se valessem, com mais frequência, dos meios consensuais de solução de conflitos. Assim, não sendo caso de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido, o juiz determinará a citação do réu, para comparecimento em audiência de conciliação e mediação.

Aqui reside a principal diferença entre o processo de conhecimento, sob a égide do CPC/2015, e o processo de conhecimento regulado pelo CPC/1973. Neste, quando ordinário o procedimento, o réu era citado para apresentar contestação, e, sendo sumário o procedimento, para comparecer em audiência de conciliação; naquele, o réu é citado para comparecer em audiência de conciliação e mediação.

A regra, contudo, comporta duas exceções, nas quais não será realizada a audiência de conciliação e mediação. São elas: (a) a manifestação de desinteresse na realização da audiência, por ambas as partes; e (b) a vedação de autocomposição entre as partes.

Há, ainda, uma terceira causa, extralegal, consistente na demonstração, pela parte, de prévia tentativa, infrutífera, de conciliação ou mediação⁵.

Designada a audiência de conciliação e mediação, o não comparecimento de qualquer das partes será considerado ato atentatório à dignidade da Justiça, e, ao faltante, será imposta multa, na forma do artigo 334, § 8º, do CPC/2015.

6 DA MEDIAÇÃO: NOÇÕES GERAIS

⁵ Enunciado 29 da I Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios: Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado.



A compreensão do tema pressupõe que se faça uma breve explanação acerca dos meios alternativos de solução de conflitos. No entanto, como o foco do presente estudo está relacionado à mediação, esse meio alternativo será analisado com mais profundidade.

Conforme dito, a mediação intenta a solução da própria controvérsia havida entre as partes, e não somente a resolução do processo. “A mediação trata o conflito existente entre as partes, para tentar resolver o litígio hoje e evitar que outros brotem amanhã”, traduz Scripilliti (2004). “Ela visa, assim, a prevenção ou correção dos pontos de divergência decorrentes da interação e organização humana”, acrescenta Cahali (2017, p. 87). A mediação, portanto, tem lugar quando houver relação permanente entre as partes, como, por exemplo, nas relações de vizinhança e de família.

Stöber (2015) aponta que, nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, a mediação é praticada já a algum tempo. A União Europeia, por meio da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, passou a regular a mediação. No Brasil, a primeira abordagem da mediação, no formato atualmente instituído, deu-se por meio da Resolução 125/2010, do CNJ, que parece ter influenciado decisivamente na regulamentação da mediação pela Lei 13.140/2015, e pelo próprio CPC/2015.

A ideia era de incentivar o uso dos meios consensuais ou alternativos para solucionar as questões havidas entre as partes, sempre que esses meios se apresentassem como mais adequados em relação ao processo convencional. Aqui, vale abrir um parênteses para dizer que o modelo adotado pelo CPC/2015, e pela Lei da Mediação se distanciou do escopo da Resolução 125 do CNJ. O artigo 1º, da Resolução estabelece que a finalidade da Política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse seria “[...] assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (BRASIL, 2010), enquanto o CPC/2015, em seu artigo 334, e a Lei de Mediação, em seu artigo 27, estabeleceram a obrigatoriedade de realização da mediação para quaisquer espécies de demandas submetidas ao procedimento comum⁶, sem qualquer preocupação em averiguar a viabilidade, caso a caso, da realização do ato. “Tratamento adequado significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de cada técnica e meio. Não se trata de uma mera questão semântica, mas do próprio paradigma organizacional da justiça civil” comenta

⁶ O CPC/2015 possibilita a não realização da audiência de conciliação ou mediação em duas hipóteses: (a) quando ambas as partes manifestarem desinteresse; e (b) quando a causa não admitir autocomposição. A Lei de Mediação não prevê exceções à obrigatoriedade de realização da audiência de mediação.



Lessa Neto (2015). Nesse ínterim, o artigo 334, do CPC/2015 vai de encontro ao disposto no artigo 3º, do mesmo Diploma, que estabelece a política de solução adequada de conflitos como norma fundamental do processo.

6.1 Princípios informadores

A conciliação e a mediação são orientadas pelos princípios trazidos pelo artigo 166, *caput*, do CPC/2015, a saber, independência; imparcialidade; autonomia da vontade das partes; confidencialidade; oralidade; informalidade e decisão informada. Além dos citados, “[...] outros de natureza geral são aplicáveis ao tema, como a igualdade e a boa-fé, que encontram previsão no art. 2º, II e VII, da Lei 13.140/2015, sem prejuízo de princípios não positivados, como o do empoderamento das partes (*empowerment*)”, salienta Araújo (2016, p. 703)⁷.

Por independência, dizem Farinelli e Cambi (2014), “[...] entende-se que os conciliadores e mediadores não poderão sofrer interferências capazes de reduzir sua atuação perante as partes”, de modo que, prosseguem, “[...] durante a atividade desempenhada, têm autonomia para conduzir a negociação da melhor forma e no interesse dos litigantes, desde que não excedam os limites legais, morais ou impostos pelos próprios envolvidos”. Assim, na mediação judicial, por exemplo, não pode o magistrado dizer ao conciliador ou ao mediador para proceder desta ou daquela maneira. Como lembra Araújo (2016), por mais que o juiz tenha uma tendência ao incentivo da solução consensual, suas técnicas para tanto, ao menos, em tese, não são melhores do que as dos conciliadores e mediadores.

Em que pese a solução dos conflitos por meios consensuais deva ser incentivada, a autocomposição pressupõe, sempre, espontaneidade das partes; “nunca poderá ser uma solução imposta e forçada”, observa Araújo (2016, p. 703). Nisso consiste o princípio da autonomia da vontade das partes, também chamado de voluntarismo da autocomposição. A esse respeito, a crítica já feita de que a obrigatoriedade de realização da audiência de conciliação e mediação parece equivocada, sem prejuízo da posição de Cahali (2017), de que a obrigatoriedade é tão somente de comparecimento ao ato.

⁷ Araújo comenta que o princípio do empoderamento das partes se consubstancia na quebra do paradigma da solução essencialmente judicial dos conflitos. “Trata-se do reconhecimento de que os próprios interessados devem ser investidos do poder de delimitar o melhor caminho para o fim do litúgio. O Estado apenas acompanhará a disputa, mas sem qualquer ingerência quanto à solução”, esclarece (2016, p. 709).



A imparcialidade da mediação segue caminho diametralmente oposto à referente aos juízes. Como o mediador não tem poder de decidir ou de propor soluções, como se verá adiante, sua postura deve ser de imparcialidade em relação às partes, enquanto na imparcialidade dos juízes, o que ocorre é o contrário, isto é, a posição das partes não deve influenciar a imparcialidade do julgador. Daí o apontamento de Araújo (2016), de que o que o CPC/2015 e a Lei 13.140/2015 chamam de imparcialidade, é, na verdade, neutralidade.

Ainda, a conciliação e a mediação se realizam de forma oral, não havendo, ainda, consenso sobre a possibilidade de realização por videoconferência, tendência que, todavia, parece inevitável.

Ainda, não há qualquer forma preestabelecida para a realização das audiências de conciliação e mediação, tratando-se, pois, de procedimento informal, a se realizar conforme as partes considerem mais pertinente. A propósito, é, também, em razão da informalidade que se acredita ser inevitável a possibilidade de realização por videoconferência.

O princípio da decisão informada se consubstancia na obrigação que têm os conciliadores e mediadores, de informar as partes e seus procuradores das consequências do acordo a ser firmado,

Tanto o CPC/2015, em seu artigo 166, §§ 1º e 2º, quanto a Lei 13.140/2015, nos artigos 30 e 31, preveem que o procedimento da mediação será sigiloso.

Essa confidencialidade pode ser analisada sob dois vértices. O primeiro deles é o interesse das próprias partes em manter sigilo das negociações. Sob esse ponto de vista, a confidencialidade pode ser interessante quando, como no exemplo de Araújo (2016), o caso possa abrir precedente a ser invocado contra uma das partes. A outra faceta da confidencialidade é a proibição de que o mediador divulgue ou deponha sobre fatos de que teve conhecimento em razão de sua atuação em determinado caso. Ainda, o artigo 172, do CPC/2015, veda que, antes do decurso de 01 (um) ano, contado da data da última sessão de mediação, o mediador assessore ou represente qualquer das partes.

6.2 Mediação judicial ou extrajudicial





Quando se fala em solução de conflitos, automaticamente, vem-nos à mente o conflito judicializado.

No entanto, é possível a realização da mediação extrajudicial, prevista expressamente na Lei 13.140/2015. Cahali (2017, p. 90) pontua que “[...] embora se refira à mediação judicial, a Res. CNJ 125/2010, já antes comentada, foi decisiva para impulsionar a mediação privada”. De fato, a essência da mediação extrajudicial é a mesma da mediação judicial: solucionar a questão material objeto de dissenso entre as partes. Contudo, na mediação extrajudicial, existem algumas peculiaridades, como, por exemplo, a facultatividade na representação por advogado, e a possibilidade de atuação, na condição de mediador, de qualquer pessoa que goze da confiança das partes.

Dentro da ideia trazida por Lessa Neto (2015), de que o CPC/2015 dividiu o procedimento comum em duas fases, “[...] uma de esforço de solução consensual e outra propriamente litigiosa”, percebe-se que a mediação ocorre na primeira fase, isto é, na de esforço de solução consensual. Nesse diapasão, o artigo 165, do CPC/2015 incumbiu os tribunais centros judiciários de solução consensual de conflitos, para condução dessa fase inicial do procedimento comum, em que será realizada a audiência de mediação ou conciliação. “A previsão do art. 165 externa uma ruptura com a noção clássica de que somente o juiz poderia atuar na posição de intermediação entre as partes com o fim de pacificar o conflito”, destaca Araújo (2016, p. 697).

6.3 Da função do mediador

O CPC/2015, em seu artigo 149, incluiu os mediadores na categoria dos auxiliares da Justiça, demonstrando, nesse ponto, alinhamento com o modelo multiportas, buscado pela Resolução 125, do CNJ. Já o artigo 165 do Código, em seu § 3º, estabelece que o mediador “[...] auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL, 2015). O artigo 4º, § 1º, da Lei 13.140/2015, a seu turno, prescreve que o mediador “[...] conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito” (BRASIL, 2015). Daí se vê que o mediador não possui qualquer função decisória. “Diferentemente de um juiz ou de um árbitro, que têm como função a aplicação de



normas para produção de uma decisão vinculante, o mediador apenas ajuda as partes a chegarem a um acordo explorando seus interesses”, comenta Scripilliti (2004), para quem a mediação é uma extensão do processo de negociação. “O juiz sempre trabalha com os fatos passados; o mediador trabalha sempre para a (re)construção do amanhã e conduz as pessoas em conflito a exteriorizar o que desejam no presente ou almejam para o seu futuro”, complementa Andrighi (2012). Não é função do mediador, desta feita, nem mesmo a propositura de uma solução; sua atuação consiste em mostrar o caminho às partes, para que elas próprias cheguem a um consenso.

A audiência de mediação, explica Lessa Neto (2015), “[...] será conduzida pelo mediador ou conciliador, sem a participação, presença ou conhecimento do juiz em relação ao que for dito, discutido e apresentado”. Isso porque a cláusula de confidencialidade da mediação é oponível ao próprio juiz, que, portanto, não tem qualquer atuação na mediação.

7 A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Um dos principais componentes da ideia de Estado de Direito é a imparcialidade do juiz, e de outros atores processuais, que, todavia, não interessam ao presente trabalho. “Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder [...]”, diz Cabral (2007). Trata-se, como aponta Nery Junior (2005), juntamente com a vedação de tribunal de exceção, e com a garantia de julgamento por juiz competente e pré-constituído⁸, de um dos aspectos da tridimensionalidade da garantia constitucional do juiz natural. Constitui-se, para Moreira (2001, p. 19), “[...] como garantia, para os litigantes, de que a causa será processada e julgada por terceiro não envolvido no litígio, sem interesse próprio, pessoal, em que a vitória sorria a este ou àquele”. A imparcialidade, então, está relacionada ao subjetivismo da pessoa, tanto que, como destaca Cabral (2007), “[...] as hipóteses de impedimento e suspeição de determinados sujeitos processuais recaem sobre o indivíduo, sobre o agente público e não sobre o órgão público”, sem prejuízo do fato de que o magistrado, “[...] em virtude da independência que a Constituição lhe outorga e assegura, encontra-se em situação especial como órgão do Estado para o exercício das relevantes funções que lhe são atribuídas” (MARQUES, 1999, p. 166). Nesse ínterim, insta salientar que

⁸ “Não basta que o órgão esteja predeterminado na lei, com anterioridade e generalidade. A pessoa do juiz que exercerá a jurisdição do órgão deve nele ter sido investida através do procedimento legalmente previsto [...]”, esclarece Greco (2003, p. 69-70).



a imparcialidade do juiz é presumida, cabendo à parte questioná-la, quando o magistrado não tomar a iniciativa de se declarar suspeito ou impedido, conforme o caso.

Nas palavras de Greco (2003, p. 65), o juiz imparcial é “[...] um juiz equidistante das partes e dos interesses a ele submetidos, que vai examinar a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão [...]”. Destaque-se que imparcialidade não é sinônimo de indiferença, isto é, não significa dizer que o magistrado não deve se preocupar com o andamento e resultado do processo. Pelo contrário. “Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito”, como observa Moreira (2001, p. 19-20).

No que concerne à mediação, observa-se que, por força dos já mencionados princípios da confidencialidade e da independência do mediador, a participação do magistrado nas sessões comprometeria sua imparcialidade para condução e julgamento do processo em que a autocomposição restasse infrutífera.

Desta forma, o magistrado teria tido acesso a fatos que, via de regra, não são transportados à fase contenciosa do processo. Consequentemente, o juiz, muito provavelmente, formaria um prejulgamento que afetaria sua equidistância das partes e de seus respectivos interesses.

8 CONCLUSÃO

Buscando melhor efetivar os escopos sociais de educação e pacificação, a sistemática processual sofreu intensas alterações, no concernente ao incentivo à utilização mais frequente dos meios alternativos de resolução de conflitos; especialmente, dos meios consensuais.

O CPC/2015 unificou, no agora chamado procedimento comum, os antigos procedimentos sumário e ordinário. Quaisquer causas que estejam submetidas ao procedimento comum terão, como fase inicial, a realização da audiência de conciliação ou mediação, a ser dispensada somente nos casos previstos na própria lei. O Código determinou, aos tribunais, a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, bem como, a organização de um cadastro de conciliadores e mediadores. Ainda, positivou, como norteadores da mediação – e extensíveis à conciliação –, os princípios da independência; da autonomia da vontade das partes; da imparcialidade; da oralidade; da informalidade; da confidencialidade e da decisão informada.



Em que pese se tratar de uma fase de estímulo à autocomposição, sua realização se dá no bojo de um processo judicial. Daí se questionar acerca da possibilidade ou não de que o juiz da causa participe da(s) audiência(s) de mediação.

Inicialmente, é de se destacar a dificuldade de implantação efetiva da estrutura prevista pelo CPC/2015. Levará algum tempo até que todas as comarcas do país contem com centros judiciários e com equipe de conciliadores e mediadores. Nessas comarcas, ao que parece, a mediação e a conciliação serão conduzidas por serventuários da Justiça, uma vez que o magistrado não pode exercer tal função, e os advogados da comarca não terão, *a priori*, interesse em exercê-la, por força da vedação constante do artigo 166, § 5º.

O artigo 30, *caput*, da Lei de Mediação é claro ao estabelecer que as informações colhidas durante as sessões de mediação não serão divulgadas em processos arbitrais ou judiciais. Naturalmente, pode haver alguma informação que se enquadre nas exceções previstas na própria lei (vontade das partes, exigência legal ou necessidade de divulgação para cumprimento do acordo), mas a regra é que o juiz não tenha acesso a tais informações. Denota-se, pois, que a lei colocou o juiz como um terceiro, contra o qual é oponível a confidencialidade, via de regra.

A vedação visa à manutenção da imparcialidade do juiz. Conforme explanado, a mediação busca a solução do conflito, e não apenas do processo. Em razão disso, ingressa de forma mais aprofundada na relação das partes. Assim, tendo em conta que a imparcialidade se constitui como uma ausência de predisposição do magistrado a favorecer qualquer das partes, por razões outras que não estritamente jurídicas, é perceptível que, se o juiz participar desse aprofundamento havido nas sessões de mediação, muito provavelmente tomará posição sobre qual das partes, *a priori*, tem razão, o que, por óbvio, comprometerá sua imparcialidade para a condução do processo, caso não haja autocomposição.

Não obstante, a mediação é regida, também, pelo princípio da independência, por força do qual, o mediador deve ter total liberdade para, juntamente com as partes, conduzir o procedimento da forma que considerar mais pertinente. Obviamente, tal independência seria comprometida, caso o magistrado da causa participasse da audiência.

A mediação é um procedimento que visa estimular que as próprias partes cheguem a um consenso. Na mediação, conforme explanado, não há sugestão de possíveis soluções. Sem prejuízo da colisão com os princípios da confidencialidade e da independência, é de se destacar que, por maior simpatia que o magistrado tenha aos métodos de autocomposição, sua



atuação, ainda que involuntariamente, reveste-se de uma carga de judicialização, o que pode fazer com que, tanto as partes quanto o mediador, não se sintam à vontade para conduzir a mediação da forma que seria ideal.

Por isso é que a participação do magistrado incumbido da posterior condução e julgamento do processo, nas sessões de mediação, quando estas forem infrutíferas, é absolutamente incompatível com a essência do instituto.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, F. N. Novas perspectivas para mediação no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 34, p. 289-295, jul-set. 2012.

ARAÚJO, F. C. de. **Curso de processo civil**. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2016. 1048 p.

ARMELIN, D. **Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 191 p.

BENETI, S. A. Resolução alternativa de conflitos (ARC) e constitucionalidade. **Doutrinas essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 337-358, set. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf> Acesso em 23 ago. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 ago. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 08 fev. 2018.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 20 ago. 2018.

CABRAL, A. do P. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, v. 149, p. 339-364, jul. 2007.



- CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 573 p.
- CAPPELLETTI, M. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Doutrinas essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 1, p. 1103-1124, set. 2014.
- CARNELUTTI, F. **Instituições do Processo Civil**. v. 1. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. 613 p.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 371 p.
- CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 2002. 519 p.
- DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito processual civil**. vol. 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 735 p.
- DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 264 p.
- FARINELLI, A.; CAMBI, E. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). **Doutrinas essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 421-450, set. 2014.
- GRECO, L. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Jurídica**, a. 51, n. 305, p. 61-99, mar. 2003.
- GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil brasileiro**. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 274 p.
- I JORNADA PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS, 2016. Brasília. **Enunciados aprovados**. Brasília: Centro de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2016.
- LESSA NETO, J. L. O novo cpc adotou o modelo multiportas!!! e agora?!. **Revista de Processo**, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.
- LOPES, V. C. Breves considerações sobre os elementos subjetivos da mediação: as partes e o mediador. **Doutrinas essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 6, p. 975-1002, set. 2014.
- MARQUES, J. F. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Millenium, 1999. 512 p.
- MEDINA, J. M. G. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1740 p.
- MOREIRA, J. C. B. **Temas de Direito Processual**. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001. 280 p.



NERY JUNIOR, N. NERY JUNIOR, N. Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado. **Revista da Ajuris**, a. XXXII, n. 100, p. 305-316, dez. 2005.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 464 p.

PINHO, H. D. B. de.; STANCATI, M. M. M. S. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3.º do CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

SCRIPILLITI, M. S. P. Aspectos relevantes da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 1, p. 317-331, jan-abr. 2004.

STÖBER, M. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. **Revista de Processo**, v. 244, p. 361-380, jun. 2015.

WATANABE, K. Cultura de sentença e cultura de pacificação. In: YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. de. (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.