



Brasília | ano 52 | nº 205
janeiro/março – 2015

Novos desafios da mediação judicial no Brasil

A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

TATIANA MACHADO ALVES

Sumário

1. Considerações iniciais.
2. Evolução normativa da mediação no Brasil.
3. Novos desafios.

1. Considerações iniciais

O Brasil vive um momento de renovação no processo civil, implementada pela elaboração de um novo Código de Processo Civil e da prática judiciária, que vem se adaptando para se adequar a um novo modelo de processo civil, mais aberto ao diálogo e à colaboração entre as partes.

Nessa dimensão, podem-se apontar não só os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, que está prestes a ganhar um marco legal próprio, regulamentando a sua utilização dentro e fora do Poder Judiciário, como também a advocacia colaborativa, que, tendo sido trazida para o Brasil com aplicação originalmente no Direito de Família, está se expandindo para abarcar outros ramos do Direito, como o Civil e o Empresarial.

Não é de espantar, portanto, que, em um ambiente de profundas mudanças, surjam dúvidas e questionamentos sobre a relação desses mecanismos de pacificação com as garantias constitucionais processuais, tais como a duração razoável do processo e a inafastabilidade de controle jurisdicional. Na verdade, tais dúvidas indicam que está por nascer um novo modelo de processo civil.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho é doutor e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-doutor pela University of Connecticut (EUA). É professor associado da UERJ, professor adjunto na Universidade Estácio de Sá e Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

Tatiana Machado Alves é graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e advogada no Rio de Janeiro.

O principal mecanismo estabelecido pelo direito processual para a resolução de conflitos é a jurisdição. Não se trata, todavia, do único mecanismo de pacificação social, podendo ser apontados também os comumente denominados “meios alternativos de solução de conflitos”. Dentre eles estão a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, objeto do presente artigo.

É bem verdade que hoje em dia o termo “alternativos” vem sendo substituído por “apropriados, adequados, ou mesmo amigáveis”, na medida em que, numa sociedade desejavelmente evoluída, a jurisdição deveria ser o último degrau a ser galgado, bem depois das soluções consensuais, e apenas em caso de insucesso dessas.

Com efeito, a importância e a valorização que serão dadas a cada um desses mecanismos dependerão – e muito – do modelo de Estado e, por conseguinte, de processo civil que esteja sendo adotado por uma determinada sociedade. Isso porque o Estado de Direito, embora sempre tenha mantido seu conteúdo nuclear no que tange à submissão de toda a sociedade – e do próprio Estado – à Lei, passou por diversas e significativas transformações, que refletiram na concepção e estruturação dos ramos do Direito. O Direito Processual Civil não foi exceção, sendo hoje possível identificar três modelos de processo civil.

Os mais tradicionais são o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitivo*. O primeiro é marcado pelo caráter altamente privado e liberal, segundo o qual as partes são as únicas responsáveis pela condução do processo, e o órgão jurisdicional assume uma postura passiva perante o conflito que se desenvolve.

Por sua vez, no modelo *inquisitivo*, o processo tem como objetivo precípua a busca da verdade, de modo que às partes é imposto o dever absoluto de afirmá-la, e ao Estado é re-

conhecida a possibilidade de fazer de tudo – até mesmo mentir – para obtê-la (MITIDIERO, 2011, p. 19). Por esse motivo, nesse modelo, o juiz assume o papel de condutor e diretor do processo, cabendo a ele, a partir de sua posição de supremacia em relação às partes, tomar a iniciativa na busca da verdade.

De forma geral, a doutrina costuma associar o modelo de processo adversarial a modelos de estados liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários. Se, por um lado, não se nega que é possível identificar certa influência dos ideais liberais na concepção adversarial de processo¹, não se pode dizer, de forma absoluta, que o aumento dos poderes dos juízes implica um regime autoritário. Ainda mais tendo em conta a dificuldade em se identificar um modelo processual que seja inteiramente adversarial ou inquisitivo. O mais comum é que se encontre a prevalência de um ou outro princípio com relação a determinados institutos de direito processual – tanto penal, como civil.

Ademais, ainda que os princípios inquisitivo e dispositivo continuem permeando o processo civil, é inegável que as essências dos modelos processuais que eles representam não mais se ajustam às necessidades contemporâneas.

A experiência tratou de demonstrar que a resolução de conflitos pela via da jurisdição contenciosa, com o Estado-juiz dando uma solução para a lide que muitas vezes não agrada a nenhuma das partes e demora excessivamente para chegar, gera gastos e transtornos excessivos para os indivíduos.

¹ Pode-se dizer, por exemplo, que a ideia do processo adversarial de que o conflito que se coloca perante o Poder Judiciário será resolvido pelo “livre jogo de forças sociais” (OLIVEIRA, 2003, p. 3) reflete, em certa medida, a própria ideia liberal de Adam Smith aplicável ao campo econômico da “mão invisível” que regula o mercado, de forma a indicar que o mercado econômico é capaz de se regular, da mesma forma que o conflito entre as partes seria – na perspectiva adversarial – capaz de se “auto-resolver”, sem a necessária intervenção do juiz.

A insatisfação da sociedade com a demora do Poder Judiciário, a saturação da própria máquina judiciária abarrotada de processos, as condutas – muitas vezes ímprobas – das partes e de seus procuradores são elementos que, somados, geram um verdadeiro caos.

Nesse contexto, vem-se falando em um terceiro modelo de processo civil, que se almeja alcançar: o processo cooperativo, no qual as partes são chamadas a atuar em colaboração junto com o juiz, ajudando a ele e a si próprias a alcançar um resultado final que seja justo, tempestivo e o mais satisfatório possível para todos.

No Direito Brasileiro, o princípio da cooperação – que prevalece nesse novo modelo de processo civil – vem ganhando cada vez mais adeptos, seja na prática judiciária, seja no Poder Legislativo. Com efeito, o novo Código de Processo Civil, que está em tramitação no Congresso Nacional, traz em seus dispositivos a previsão expressa de uma cláusula geral para a cooperação, da qual poderão ser extraídos direitos e deveres tanto para as partes como para o próprio magistrado.

Dentro desse novo modelo de processo civil, instrumentos que incentivam o diálogo e a colaboração das partes entre si e delas com o juiz, tais como os meios alternativos de solução de conflitos, em especial a mediação e a advocacia colaborativa, ganham um significativo espaço e importância para se fortalecerem no ordenamento jurídico.

Um dos componentes fundamentais desse modelo é a capacidade de implementar meios não adversariais de solução de conflitos no aparelho judicial. Esses meios ou ferramentas devem ser utilizados de acordo com as peculiaridades de cada conflito, segundo o princípio da adequação. A ferramenta que vem chamando maior atenção dos estudiosos é a mediação.

2. Evolução normativa da mediação no Brasil

Hoje, no Brasil, não há, ainda, uma Lei Federal que trate da mediação, embora tenha havido muitas iniciativas, desde os anos 90.

Por aqui, a primeira iniciativa legislativa ganhou forma com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito².

Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

² Para um histórico completo da evolução legislativa brasileira, remetemos o leitor à *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do Direito Comparado* (PINHO, 2008).

O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos Projetos de Lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou a um novo relatório do PL 94.

Foi aprovado o substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então, dele não se teve mais notícia até meados de 2013 quando voltou a tramitar, provavelmente por inspiração dos projetos que já tramitavam no Senado.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, com base nas seguintes premissas³:

“[...] o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciais, implica acesso à ordem jurídica justa;

[...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

[...] a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

[...] a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

[...] é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

[...] a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça” (BRASIL, 2010).

O art. 1º da Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que

³Para um estudo mais completo sobre a Resolução 125 e seus efeitos no desenvolvimento da mediação no Brasil ver Peluso; Richa (2011).

incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão⁴.

Para cumprir tais metas, os Tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.

Na redação atualmente disponível do Projeto do novo CPC, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 166 a 176.

O Projeto se preocupa, especificamente, com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 176).

Na versão inicialmente apresentada na Câmara, ficavam resguardados os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) neutralidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; e (vi) informalidade. Na versão de outubro de 2013 (Emenda Aglutinativa Global), tais princípios foram omitidos.

Importante frisar, aqui, a relevância de a atividade ser conduzida por mediador profissional. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos.

No art. 166, §§ 3º e 4º, a Comissão de Juristas, após anotar que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por todos os personagens do processo, refere uma distinção objetiva entre essas duas figuras. A diferenciação se faz pela postura do terceiro e pelo tipo de conflito.

Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo. A conciliação é a ferramenta mais adequada para os conflitos puramente patrimoniais, ao passo que a mediação é indicada nas hipóteses em que se deseja preservar ou restaurar vínculos.

Com o advento do Projeto do Código de Processo Civil, no ano de 2011 o Senador Ricardo Ferraço apresentou ao Senado o Projeto de Lei 517/11, propondo a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, de modo a criar um sistema afinado tanto com o futuro CPC como com a Resolução nº 125 do CNJ.

Em 2013, foram apensados ao PLS 517 mais duas iniciativas legislativas: o PLS 405/13, fruto do trabalho realizado por comissão instituída pelo Senado e presidida pelo Min. Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, e o PLS 434/13, fruto de comissão instituída pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça, presidida pelos Mins. Nancy Andrichi e Marco Buzzi, ambos do STJ, e pelo Secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Flavio Croce Caetano.

Em novembro de 2013, foram marcadas audiências públicas com o objetivo de discutir os três projetos e amadurecer as questões controvertidas que ainda cercam o tema. O Relator da matéria do Senado, Sen. Vital do Rego, apresentou um substitutivo ao PLS 517/11 com o objetivo de congregar o que há de melhor nas três iniciativas. Foram, então, apresentadas duas emendas pelo Sen. Pedro Taques e três pelo Sen. Gim Agnello. A primeira emenda do Sen. Taques foi acolhida integralmente e a segunda,

⁴Sobre o uso da mediação enquanto política pública, ver Spengler; Spengler Neto (2010).

parcialmente. As três apresentadas pelo Sen. Agnello foram desacolhidas (COELHO, 2013).

Ultimada a votação, o texto do substitutivo foi remetido à Câmara, onde foi recebido como Projeto de Lei 7.169/14. Em junho de 2014, foi apresentado parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), Dep. Sergio Zveiter, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do projeto de Lei, com duas emendas – a Emenda nº 1, com redação dada pela subemenda da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), e a Emenda nº 5, apresentada perante a própria CCJC.

A referida emenda nº 1, na forma da subemenda da CTASP, acrescenta os parágrafos 6º e 7º ao art. 30 do Projeto de Lei⁵. O objetivo de tal alteração seria eliminar eventual insegurança jurídica que poderia surgir com relação à possibilidade da adoção da mediação para discutir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados entre a Administração Pública e particulares, em razão do uso da expressão “oneriosidade excessiva” no parágrafo 4º do mesmo artigo.

Por sua vez, a Emenda nº 5, de autoria do Dep. Alessandro Molon, recomendava a inclusão do inciso IV no parágrafo 3º do artigo 2º do Projeto de Lei, de modo a excluir do escopo da mediação os conflitos nos quais se discutam relações de trabalho, salvo em relação aos seus aspectos patrimoniais ou às questões que admitam transação. O objetivo de tal emenda é salvar a proteção dos direitos do trabalhador, em vista do inerente desequilíbrio de forças da

relação empregador-empregado, o qual poderia acarretar a realização de transações indevidas durante o procedimento de mediação realizado sem a participação das autoridades estatais de fiscalização do trabalho.

Em razão das emendas ao Projeto de Lei, foi aberto prazo para apresentação de novas emendas ao substitutivo apresentado pelo Dep. Sergio Zveiter. Até o fechamento deste artigo, não estava disponível a versão definitiva, que deverá, então, retornar ao Senado, para depois seguir para a Presidência da República.

3. Novos desafios

O processo pode ser entendido como um espaço de realização de garantias constitucionais, sendo o juiz (e seus auxiliares) um agente de promoção e preservação dessas garantias. A partir desses conceitos, é possível que surja algum conflito entre a mediação e essas regras constitucionais da jurisdição.

É possível, em tese, alegar incompatibilidade entre a mediação, em especial a obrigatória, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988). Contudo, a nosso ver, trata-se de uma visão claramente limitada do conteúdo nuclear desse princípio constitucional e da própria garantia do acesso à justiça.

A finalidade do princípio da inafastabilidade de jurisdição é evitar que o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário seja negado ou dificultado, em especial pelo Poder Legislativo, através da edição de legislação infraconstitucional.

Nessa linha, o ajuizamento de uma ação judicial não significa que o órgão jurisdicional deverá, necessariamente, por fim ao conflito através de uma ordem impositiva. É possível que o Juiz, ao analisar aquele conflito de interesses, entenda que a melhor solução para o caso é submeter a lide a uma forma alternativa

⁵ Art. 30. § 6º “Para fins de aplicação do § 4º deste artigo, não se exclui a discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos por ela celebrados com particulares;” § 7º “A submissão de conflitos à mediação não retira do particular o direito de submeter a questão à apreciação de juízo arbitral ou do Poder Judiciário, nas hipóteses admitidas em Lei” (BRASIL, 2014).

de resolução de disputas, como, por exemplo, a mediação ou, em outros casos, a conciliação.

Em um país como o Brasil, no qual a cultura do litígio ainda é muito forte, é necessário que nos desprendamos da noção de que a adjudicação é a resposta para todos os problemas da sociedade.

Vale ressaltar que a finalidade maior da jurisdição não é a prolação de uma sentença ou a resolução de uma questão jurídica, mas sim a pacificação social.

A submissão de uma lide ao procedimento da mediação não significa, portanto, que o sujeito foi impedido de propor a sua demanda perante o Poder Judiciário. Até mesmo porque a chamada “obrigatoriedade da mediação” nos ordenamentos que a utilizam, é voltada apenas para o Poder Judiciário, que, nos casos em que for possível e recomendado, deverá sugeri-la às partes antes de prosseguir no exame jurídico da causa. Contudo, a mediação só se realizará de fato se ambas as partes estiverem de acordo com a sua instauração, até porque não faria sentido perder tempo com uma tentativa de busca de uma solução consensual quando uma das partes não demonstra interesse nela. Além disso, não sendo possível um acordo, o processo judicial que fora suspenso pela instauração da mediação incidental voltará a tramitar.

Assim, o acesso à justiça não comporta apenas o direito do jurisdicionado colocar sua pretensão perante o Poder Judiciário, mas também engloba a própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão.

De nada adiantaria que, ao ser proferida a decisão final de mérito pelo Juiz, a prestação jurisdicional não fosse entregue tempestivamente ou não se mostrasse adequada para a solução daquele conflito, em razão dos males que a litigância já teria gerado para as relações pessoais das partes entre si (como, por exemplo, nas relações entre familiares ou entre vizinhos).

Ademais, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça estariam sendo observados na medida em que os princípios constitucionais aplicados ao processo e que garantem a observância do devido processo legal fossem também aplicados à mediação incidental judicial. É o caso do contraditório e da ampla defesa, para referir apenas os mais relevantes.

Nessa seara, surge o questionamento pertinente sobre o alcance desses princípios à luz das “sessões privadas de mediação”. O mediador tem muita flexibilidade e discricionariedade em seu atuar, como, por exemplo, poder realizar sessões individuais com uma das partes, sem a participação da outra. No direito norte-americano, essas sessões são denominadas de *caucus*.

No Projeto de Lei de 2011, o legislador pareceu admitir a possibilidade de realização de sessões privadas entre o mediador e uma das partes, em vista do que dispõe o seu art. 29: “Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado” (BRASIL, 2014).

O problema que existe aqui é justamente para as hipóteses nas quais a mediação é realizada incidentalmente a um processo judicial. Isso porque, conforme já dito, nesse caso ela será um derivação, uma extensão do processo judicial, devendo, assim, obedecer aos princípios constitucionais. Desse modo, à primeira vista, a realização das sessões privadas, ainda mais considerando que elas se encontrariam cobertas pelo dever de confidencialidade do mediador, violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que não estaria sendo dada à outra parte a oportunidade de se manifestar ou sequer tomar conhecimento do que foi dito na sessão privada.

Entretanto, embora o ideal fosse que todas as reuniões fossem realizadas com a presença de todas as partes envolvidas como forma de assegurar a participação de todos, não parece que as sessões privadas de mediação, desde que realizadas de maneira correta, violem o princípio do contraditório e da ampla defesa. É possível, por exemplo, que, em uma reunião privada com o mediador, o sujeito acabe por transpor barreiras que o impediam de prosseguir nas tratativas com a outra parte, o que, no geral, acabaria por beneficiar o processo de mediação como um todo.

Ademais, tendo em vista que o mediador não proferirá nenhuma decisão ao final do procedimento da mediação, nem levará ao juiz as questões que foram discutidas com e entre as partes (em decorrência do mesmo dever de confidencialidade), não parece haver nenhum risco

na realização de sessões privadas de mediação, as quais poderiam servir, em última instância, para aquela parte desabafar e se abrir com o mediador, o qual pode auxiliá-la a encontrar soluções que colaborem para a resolução do conflito.

De toda sorte, é fundamental que o mediador, no início do procedimento, advirta as partes da possibilidade de realização de sessões privadas e obtenha o consentimento de ambas quanto à sua realização.

A mediação demanda uma atuação proativa das partes interessadas, razão pela qual ganham força não só o contraditório participativo, como também os princípios da cooperação e da colaboração. Esses princípios estabelecem a necessidade de participação das partes na construção da resolução da lide. No caso da mediação, eles ganham ainda mais força porque são as próprias partes que, em conjunto, darão uma solução para aquela disputa, através da celebração de um acordo por elas elaborado (com o auxílio do mediador, é claro).

Os princípios da cooperação e da colaboração estão ausentes do Código de Processo Civil de 1973, mas é possível identificá-los como princípios implícitos do ordenamento jurídico brasileiro decorrentes dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório.

No novo Código de Processo Civil, os princípios da cooperação e da colaboração virão expressos. No Projeto aprovado recentemente pela Câmara dos Deputados, o art. 8º estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável”. A redação que esse dispositivo recebeu na Câmara dos Deputados foi significativa e merece ser aplaudida. Ao estabelecer que *todos os sujeitos* do processo devem cooperar *entre si*, o Novo Código de Processo Civil está estabelecendo

não só a colaboração das partes com o juiz, mas também a colaboração das partes entre si.

Nesse sentido, ao contrário do que possam afirmar os críticos, o novo Código não pretende que as partes se ajudem, mas sim que colaborem com a consecução da finalidade última do processo – a pacificação social e o resultado justo.

A cooperação e a colaboração implicam um *plus* em relação à boa-fé. Enquanto a boa-fé é a necessidade ou obrigatoriedade de não praticar atos de improbidade processual, de não praticar atos lesivos ou proibidos no curso do processo, a cooperação e a colaboração implicam uma postura positiva, comprometida na busca de uma solução que seja favorável, dentro do possível, para ambas as partes.

Assim, a colaboração assume o papel de importante instrumento de concretização do princípio do contraditório no processo civil. A efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo também contribui para a legitimação das decisões judiciais, podendo, até mesmo, diminuir a propensão à irresignação das partes com as decisões desfavoráveis, mas de cuja formação elas mesmas participaram⁶. Com isso garante-se também a segurança jurídica no processo, na medida em que as partes não serão surpreendidas por decisões inesperadas.

A cooperação vem, portanto, prevista no ordenamento jurídico brasileiro como verdadeira cláusula geral que prestigia a atuação positiva dos sujeitos processuais no sentido da realização de um processo justo e efetivo.

A previsão do princípio da cooperação com estrutura de cláusula geral favorece ainda a sua aplicação ao processo civil, garantindo a sua incidência sobre ampla gama de situações que podem surgir no dia-a-dia da prática judiciária, gerando direitos e deveres que não poderiam ter sido previstos pelo legislador infraconstitucional. Por fim, o princípio da cooperação estabelece as diretrizes para a estruturação do processo civil brasileiro em um modelo cooperativo.

Nesse modelo, a necessidade de colaboração entre os sujeitos envolvidos na relação processual gera consequências para a interação das partes e do magistrado no âmbito da jurisdição, e também implica a crescente adoção de meios alternativos de solução de disputas, como é o caso da mediação. Por isso, foi possível afirmar com segurança no início do texto

⁶ Nesse sentido, ao garantir que as partes participem da formação das decisões judiciais a responsabilidade por essas passa a ser compartilhada entre partes e magistrado. De fato, “[q]uando non si assicura a tutti i partecipanti l’esercizio di un’effettiva influenza nella formazione dei provvedimenti, la decisione della lite è consegnata alle mani (solitarie) del giudice senza che ci sia la preoccupazione con la ‘collaborazione’ delle parti e dei loro avvocati. Si solleva, in questo modo, la responsabilità delle parti e degli avvocati e si attribuisce tutto il peso istituzionale al magistrato che subisce tutte le pressioni sociali inerenti al suo *múnus*” (NUNES, 2009, p. 5).

que, ante o cenário jurídico que se desenvolve no Brasil, o processo cooperativo se firma cada vez mais como uma realidade em vez de apenas um objetivo.

Ao mesmo tempo em que a mediação representa um campo máximo de incidência do princípio da cooperação – tendo em vista que o seu próprio conceito parte da ideia de participação dos envolvidos na construção de uma solução adequada –, ela também colabora para a consecução das finalidades do princípio da cooperação. Se a colaboração contribui para a legitimação das decisões judiciais que foram construídas com a participação das partes, ainda mais legitimidade haverá nos acordos que foram celebrados em comum acordo pelos sujeitos em conflito.

A mediação necessariamente irá demandar um ambiente de cooperação e de colaboração. Se o mediador conclui, nas primeiras sessões, que uma ou ambas as partes não estão imbuídas desse espírito, ele não deverá perder mais tempo – deverá encerrar a mediação e opinar que não foi possível, naquele momento, alcançar uma solução consensual.

Nesse sentir, parece que seria recomendável que o mediador indicasse ao juiz a falta de colaboração de uma das partes, para, sendo o caso, premiar a parte que colaborou (caso ela seja perdedora, receber uma menor condenação em honorários de sucumbência).

A mediação não se coloca como uma obrigação para as partes (conforme já dito, a obrigatoriedade se dirige apenas ao Juízo), de modo que, se o processo de mediação teve início, foi porque ambas as partes assim quiseram. Portanto, não soa razoável que uma parte concorde em aderir à mediação, mas não colabore com o seu desenrolar, servindo-se dela apenas para atrasar a prestação jurisdicional.

Outra questão que se coloca em relação à mediação incidental judicial é o impacto que ela

tem sobre a duração do processo, que, de acordo com o princípio constitucional insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, tem que ser *razoável*.

O referido dispositivo constitucional foi incorporado à Carta Magna em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, e, desde então, o processo judicial está sujeito a um controle temporal muito rígido. A Constituição Federal não prevê qual seria esse tempo razoável de duração do processo, mas o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece algumas metas e diz que o prazo máximo seria de 4 anos entre a petição inicial e a sentença⁷.

Destarte, questiona-se se a realização de mediação incidental não violaria o princípio da duração razoável do processo, na medida em que, caso não haja um acordo entre as partes, a prestação jurisdicional demoraria mais para ser entregue. Tal situação agravar-se-ia nas hipóteses em que, durante um procedimento de mediação, surgissem questões mais densas, mais complexas, que demandassem mais tempo para serem resolvidas.

Aqui precisamos fazer uma relativização dessas metas: por um lado, não podemos excluir a realização da mediação em razão da existência de uma meta e, por outro, não podemos aplicar essa meta à mediação em todos os casos.

A mediação, por sua própria natureza, é um procedimento que demanda tempo, para que as questões que se colocam possam ser trabalhadas pelas partes, com o auxílio do mediador,

⁷ Tal “prazo” foi estabelecido pela Meta 2 do CNJ. Muito se critica o estabelecimento desse prazo, pois a duração razoável do processo não depende apenas da rapidez com a qual a decisão é prolatada, mas sim da sua efetividade. De nada adianta que seja prolatada uma sentença injusta, que não observe as demais garantias fundamentais inerentes ao processo, em um curto período de tempo. Conforme já dito, o acesso à justiça exige que a prestação jurisdicional seja não só tempestiva como também efetiva e adequada. Assim, é preocupante que muitos Tribunais acabem aplicando a Meta 2 do CNJ como uma norma cogente e impositiva, que “força” a prolação de sentenças precoces.

e eventualmente resolvidas em conjunto; “é um trabalho artesanal”, que demanda “tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos” (PINHO, 2013, p. 905) para que se possa chegar ao cerne do conflito. Esse processo pode, portanto, se alongar por semanas, com a realização de inúmeras sessões, até que possivelmente se chegue a um acordo final. Até mesmo porque a finalidade da mediação é buscar a recomposição do relacionamento, do vínculo que une as partes.

Dessa forma, *a priori*, não seria recomendado falar no estabelecimento de um limite temporal para a conclusão do procedimento de mediação, tendo em vista a forma minuciosa pela qual ela se desenvolve. Contudo, tendo em vista a necessidade de a mediação incidental judicial observar o princípio da duração razoável do processo, parece coerente o estabelecido pelo art. 26 do Projeto de Lei do Senado 517/2011 – que dispõe sobre a mediação – no sentido de que esse procedimento “deverá ser concluído em até 60 (sessenta) dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação” (BRASIL, 2014).

Assim, havendo expressa concordância das partes com a prorrogação, a demora na conclusão do procedimento de mediação se dará por causa delas, não havendo que se falar nesse caso em violação do princípio da duração razoável do processo. Além disso, há também a possibilidade, já mencionada neste artigo, de que o mediador, vendo que as partes não estão dispostas a negociar, dê por encerrado o procedimento, evitando, assim, delongas desnecessárias.

Por fim, cumpre lembrar que, quando o processo de mediação é bem sucedido, terminando com a celebração de um acordo entre as partes, isso significa um processo a menos no Poder Judiciário.

Um dos pilares da mediação é o princípio da confidencialidade – o procedimento da mediação não é narrado ou comentado nem com o próprio juiz. As pessoas que participam da mediação firmam um compromisso de sigilo, que é necessário para que as partes se sintam livres para falar o que precisa ser falado e buscar uma solução para o conflito sem medo de que aquilo que digam seja futuramente usado contra elas.

Nesse sentido, estabelece o art. 28 do Projeto de Lei de Mediação de 2011:

“Art. 28. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação” (BRASIL, 2014).

Agora, imaginemos que, em um processo de mediação, uma das partes confesse ter cometido um crime. Ou que uma das partes agrida fisicamente a outra parte na presença do mediador. Cabe aqui o questionamento sobre se o dever de confidencialidade do mediador se estenderia a essas duas situações extremas. No Projeto de Lei de 2011, que tramita no Congresso Nacional, o §3º do artigo 28 estabelece que tais situações, que saem do âmbito da mediação, constituem uma exceção à regra do dever de confidencialidade do mediador: “Não estará abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública” (BRASIL, 2014).

E não poderia ser diferente, tendo em vista que o mediador é um funcionário público no Brasil e, de acordo com o Código Penal, o funcionário público que não dá notícia da prática de um crime de que tomou conhecimento pratica o crime de prevaricação. Assim, caberá ao mediador informar as autoridades competentes

do que lhe foi confessado em sede do procedimento de mediação.

Todavia, à luz dos deveres de lealdade e de transparência que, enquanto derivados do princípio processual da boa-fé objetiva, também se aplicam ao procedimento de mediação, é dever do mediador advertir às partes das consequências dessas situações acima citadas, antes de iniciado o procedimento.

Precisamos, portanto, fazer uma ponderação entre os princípios da confidencialidade, da preservação da intimidade, da dignidade da pessoa humana e da publicidade dos atos processuais. Não se pode adotar, com critérios absolutos, nenhum desses princípios, mas deverão ser consideradas as hipóteses em que eles deverão ser aplicados ao caso concreto e, para tanto, deverão ser ponderados.

Outra questão relevante diz respeito ao conteúdo interdisciplinar ou transdisciplinar da mediação. Normalmente, quando a questão é delicada, quando implica algo de natureza emocional ou quando diz respeito a uma relação de natureza continuada (ex.: pais e filhos, ex-marido e ex-mulher que têm filhos, vizinhos, companheiros de trabalho), será necessária a presença de um psicólogo, de um assistente social, de um psiquiatra – ou seja, de profissionais que tenham uma formação diferente da jurídica.

No caso da mediação, seja ela extrajudicial ou judicial, essa possibilidade é conferida tanto pelo Projeto do Novo CPC como pelo Projeto de Lei 517/2011, que não exigem que o mediador seja advogado ou sequer que tenha formação jurídica. Nesse sentido, é mais recomendado que o mediador seja um outro profissional, que não um advogado, podendo ser auxiliado por um comediador advogado que ajude a direcionar as questões jurídicas que porventura surjam (PINHO, 2013, p. 922).

De fato, parece razoável, tendo em vista que muitas vezes a solução desses casos estará

inclusive fora do âmbito jurídico, pois se descobrirá que aquele elemento que deu causa à ação judicial é algo oculto, de foro íntimo, e não uma questão jurídica, como parecia ser.

As partes, quando buscam uma solução para o conflito, comumente se desprendem das limitações jurídico-normativas, sendo comum que, durante um processo de mediação, nos deparemos com outras questões jurídicas ou até mesmo extrajurídicas, que inclusive desvendam a verdadeira causa daquele conflito.

Nessa esteira, parece que um profissional que possua melhor conhecimento na área daquele problema estaria mais capacitado a auxiliar as partes a melhor entenderem o seu problema e chegar a um acordo.

A primeira questão que se coloca, portanto, diz respeito à possibilidade de surgirem, durante o processo de mediação, questões que não haviam sido postas na petição inicial, em uma espécie de inovação no processo. Sobre as questões jurídicas, isso não é, *a priori*, um problema, pois o nosso processo civil admite que, mesmo em um processo judicial, surjam questões jurídicas que não estavam na petição inicial. É uma forma de privilegiar o princípio do consenso em detrimento do rigorismo formal⁸.

Outra questão se refere à possibilidade de o acordo gerado pela mediação ser, embora razoável e interessante para as partes e para o mediador, um acordo ilegal ou inconstitucio-

⁸ Essa perspectiva se insere nas concepções mais atuais sobre a metodologia do processo civil, expressas através do “formalismo-valorativo” ou “neoprocessualismo”, segundo o qual se deve buscar um equilíbrio entre a valorização das formas – que não deixam de ser essenciais para garantir um mínimo de previsibilidade do procedimento – e os valores constitucionais, em especial no que tange à garantia dos cidadãos a um processo justo. Isso porque as formas não devem ser vistas como um fim em si mesmas, mas sim como um meio para alcançar as finalidades sociais do processo civil. Assim, ao permitir que as partes tenham liberdade na negociação de um acordo no processo de mediação, garante-se que o princípio da correlação entre sentença e demanda, embora de inegável importância, não irá engessar a solução do conflito.

nal – o que pode ocorrer quando não haja alguém com conhecimentos jurídicos acompanhando a mediação.

Logo se vê que essa é uma questão mais grave do que a primeira: não se trata apenas de trazer questões jurídicas que não haviam sido postas na petição inicial, mas sim de ser dada uma solução ao caso que não se mostra viável dentro do ordenamento jurídico. Nesse caso, o juiz não irá homologar o acordo, salvo se a Lei tiver lhe dado poder para decidir por equidade, como no caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o juiz pode optar em favor do menor, e nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Nesses dois casos, há uma autorização legal expressa para que o juiz possa tomar sua decisão não com base no que está estritamente na Lei.

Essa questão nos leva ao último ponto da análise a respeito da mediação incidental no Direito Processual Civil Brasileiro, qual seja, o da execução do acordo a que se chega mediante a mediação. Para que tal acordo seja um título executivo judicial, é necessário que ele seja homologado pelo juiz. Caso não o seja, será apenas um título executivo extrajudicial, conforme estabelecido pelo art. 585 do CPC.

Nem sempre haverá a necessidade de haver uma execução do acordo. Em verdade, considerando que a finalidade da mediação é fazer com que as partes se conscientizem acerca do seu comportamento e do seu conflito, o mais correto seria que elas cumprissem espontaneamente as obrigações daí advindas.

Com efeito, se as partes estavam realmente imbuídas de um espírito cooperativo e colaborativo, a execução forçada não será necessária, pois a execução irá ser produzida pela implementação voluntária – será um cumprimento voluntário das obrigações pactuadas pelas partes.

É possível até mesmo que a mediação gere um acordo verbal, o que seria comum justamente nesses casos onde se percebe uma profunda conscientização das partes e uma mudança no seu comportamento, de modo que seria dispensável ter um acordo escrito, pois sequer haveria a necessidade de haver uma execução.

Entretanto, os manuais de mediação, por regra geral, sugerem que, ao final do procedimento de mediação, concluído com êxito, o mediador deverá redigir um acordo a ser assinado pelas partes que valerá como um título executivo – inclusive judicial, se homologado.

Além da mediação, um outro instrumento vem sendo usado na prática judiciária para buscar alcançar a almejada pacificação social nos conflitos de interesse, com a redução da litigância: é a advocacia colaborativa.

Originalmente idealizada pelo advogado norte-americano Stuart Webb para casos que envolvam Direito de Família, a advocacia colaborativa aportou no Brasil em 2011, através de uma médica, Dra. Tania

Almeida, e duas advogadas, Dras. Fernanda Paiva e Flávia Soeiro (PRÁTICAS COLABORATIVAS, s.d.).

A advocacia colaborativa nasceu da constatação de Stuart Webb de que, ao final dos processos de divórcio, todos, mesmo os “vencedores”, saíam perdendo, em decorrência das consequências negativas que a litigância trazia para as suas vidas. Por isso, surgiu a ideia de se criar um espaço extrajudicial e multidisciplinar de colaboração e diálogo no qual as partes buscam em conjunto, com o auxílio de um advogado e de outros profissionais, como psicólogos, uma solução que melhor se ajuste aos interesses da *família*, e não aos interesses individuais.

Enquanto o advogado contencioso briga por seu cliente e, muitas vezes, até piora o relacionamento entre as partes, o colaborativo se coloca como um resolvidor de problemas (“*problem solver*”), como alguém disposto a ajudar a remover os obstáculos que impedem o consenso.

A aplicação do princípio da cooperação nesse ambiente traz inúmeros benefícios para as partes em conflito, pois permite uma redução da adversidade, e um incentivo à colaboração para alcançar o melhor resultado possível para todos.

Parece que, à medida que o princípio da cooperação vai conquistando espaço no próprio processo civil, a advocacia colaborativa tem a oportunidade de receber cada vez mais adeptos que buscam a possibilidade de uma melhor gestão de seus conflitos.

Os bons resultados da advocacia colaborativa têm acarretado a sua expansão para outras áreas do Direito, como a civil e a empresarial. Através da advocacia colaborativa, as partes se comprometeriam a não litigar enquanto a questão estivesse submetida a esse “mecanismo” e deveriam colaborar entre si para alcançarem um bom acordo para todos.

Nesse processo, é essencial que as partes estejam realmente empenhadas e imbuídas do espírito colaborativo, devendo estar sempre abertas ao diálogo e ser transparentes umas com as outras, para que o empreendimento seja bem sucedido.

Referências

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Alvim Arruda Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 1º dez. 2010.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n. 517, de 2011. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. *Diário do Senado Federal*, 26 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95181&tp=1>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7.169, de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260500&filename=Tramitacao-PL+7169/2014>. Acesso em: 22 dez. 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO, Marília. Projeto que disciplina a mediação judicial e extrajudicial é aprovado pela CCJ. *Agência Senado*, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/11/projeto-que-disciplina-a-mediacao-judicial-e-extrajudicial-e-aprovado-pela-ccj>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. *Revista de Processo*, v. 25, n. 99, p. 249-293, jul./set. 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, v. 6, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo civile liberale, sociale e democratico. *Diritto & Diritti*, 14 maio 2009. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/27753-processo-civile-liberale-sociale-e-democratico#>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2013.

PRÁTICAS COLABORATIVAS. *O que é*. Disponível em: <<http://praticascolaborativas.com.br/home/na-area-de-familia.php#oque>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, p. 63, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência italo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 8, p. 443, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

_____. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10, p. 210, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>>. Acesso em: 19 dez. 2014.