

Mediação, conciliação e policentrismo

Mediation, conciliation and polycentrism

Recebido: 27/09/2024

Aceito: 25/10/2024

Reginaldo Gonçalves Gomes¹

RESUMO

A mediação e a conciliação são técnicas de solução de conflitos largamente reguladas no direito brasileiro, objetivando pôr fim ao litígio sem que se impinja a pecha de vencido ou vencedor aos transatores, além de possibilitar rapidez e economicidade na consecução do resultado. Leis processuais civis e penais já as admitem há algum tempo, sendo, inclusive, fases obrigatórias em ações cíveis e penais, estas últimas tratando de crimes de menor potencial ofensivo, como previsto na Lei n. 9.099/95. Reforçando a legislação nacional, foi publicada a Lei nº 13.140/2015, autorizando à Administração Pública utilizar a técnica de mediação para solucionar conflitos que a envolvam, seguindo o Código de Processo Civil, que também contém variados dispositivos regulando o assunto. O fenômeno se consolida velozmente tendo o Conselho Nacional de Justiça deflagrado campanha para que a conciliação fosse utilizada em larga escala, fazendo-se mutirões nos rincões do Brasil. Esse quadro justifica os esforços científicos para o estudo do assunto, e que se fará, no presente artigo, sob o referencial teórico do processo baseado no policentrismo, revelador da participação legítima e constante de todos os sujeitos, nele participantes, sem conotação hierárquica. O método utilizado, hipotético-dedutivo, com revisão bibliográfica, permitirá concluir que é possível, por meio da conciliação e da mediação, encontrar a melhor solução para o litígio, de forma compartilhada, satisfazendo todas as partes.

Palavras-chave: mediação, conciliação, litígio, policentrismo, comparticipação, processo.

ABSTRACT

Mediation and conciliation are simple techniques of conflict solving, a long time ago inserted in Brazilian law, although only recently have been awarded the deserved regard that justifies works as this one. Utilizing them is advantageous, as they: allow the end of the conflict without labeling the involved parties losers or winners; enable fast and economical results; stimulate the interested parties to directly seek conciliation or, with the help of a third party, mediation in conflict solving; prevent direct judicial intervention, inefficient, expensive and imperfect. Despite its simplicity, one cannot forego the basic constitutional guarantees, in order for them to support themselves as fundamental rights enablers, allowing the free and unhindered reasoning of the knowledgeable negotiators, carrying out the full citizenship. With fundamentals in the democratic model of legal process based on the polycentrism, a legitimate and constant participation of all interested parties without any hierarchical connotation, it is possible through these techniques to

¹ Doutor em Direito Processual pela Universidade Católica de Minas Gerais (PUC – minas), Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

find the best conflict solutions. To reach the proposed end, the hypothetical-deductive method will be used, with the most recent legislation review, highlighting the new Procedural Law Codex and the new Mediation Law.

Keywords: mediation, conciliation, dispute, polycentrism, shared participation, legal process.

1 INTRODUÇÃO

A mediação e a conciliação têm sido reguladas largamente no direito brasileiro, fulcrando celeridade para pôr fim aos conflitos, não impingindo a pecha de vencido ou aos transatores numa demanda.

As leis processuais civis e penais, inclusive a Lei n. 13.140/2015, já as admitem, sendo, inclusive, fase obrigatória tanto nas ações penais que tratam de crimes de menor potencial ofensivo, como se tem na Lei n. 9.099/95.

O Conselho Nacional de Justiça há alguns anos deflagrou uma campanha no Judiciário para que a conciliação fosse utilizada em larga escala, fazendo-se mutirões nos rincões do Brasil para levar a conciliação à comunidade.

Na Administração Pública Federal, ainda não há lei que autorize essa modalidade de solução de conflito, pois nem a Lei n. 8.112/90, nem a Lei n. 9.874/99 faz referência à conciliação ou mediação. Todavia, existe a Lei n. 13.140/2015, a qual, ainda, não é utilizada no âmbito da administração pública, no que tange aos procedimentos administrativos disciplinares.

Já é hora do administrador, inclusive, no âmbito do Poder Judiciário, atentar para esse fato e permitir que a Administração Pública Federal² conte com essa modalidade de solução de conflito que é tão útil nos termos modernos, como já definida pela Lei n. 13.140/2015.

O presente artigo pretende fazer uma análise desses dois institutos no ordenamento jurídico, amparado no modelo de processo desenvolvido por Dierle José Coelho

² Sabe-se que alguns órgãos federais editaram resoluções para permitir a realização de conciliação, mas entendemos que somente a lei, aprovada pelo Congresso, pode dispor sobre matéria. Portanto, essas resoluções ou portarias estariam exorbitando das competências delegadas aos administradores públicos.

Nunes, que, em ligeira síntese, propõe a colaboração (relida) de todos os sujeitos do processo para que se alcance um justo provimento final.

A construção do consenso na mediação e conciliação deve ser realizada a partir da participação de todos no processo, sob os influxos dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, na forma do modelo democrático do processo, baseado no policentrismo, significando “uma participação legítima e constante de todos os sujeitos que participam do processo, sem a mínima conotação hierárquica”, como desenvolvido por Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 19).

Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 260) ressalta o cerne do seu pensamento da seguinte forma:

O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e participativa, permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, de uma estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados.

E sob a perspectiva “policêntrica e participativa”, como forma a equiparar o papel de todos os sujeitos do processo como meio para alcançar a melhor forma de solução de litígio (NUNES, 2012, p. 260)

O presente artigo utilizará o método hipotético-dedutivo tendo como objeto de estudo sobre a mediação e conciliação, considerando o sistema jurídico como um todo.

2 CONCEITO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação são técnicas de solução de conflito no Direito brasileiro. Têm sido adotadas já há alguns anos no Judiciário brasileiro como forma de resolver os conflitos sem os percalços do processo judicial. De fato, existem diferenças entre esses dois institutos, mas a finalidade de ambas é praticamente a mesma. A conciliação tem sido largamente utilizada no Direito do Trabalho, que, inclusive, conta com uma Comissão de Conciliação Prévia. Assim, antes que o trabalhador ajuíze ação trabalhista, ele deve procurar a Comissão para que lá tente resolver o conflito trabalhista – entre empregador e empregado.

Santos (2001, p. 264) define conciliação da seguinte forma: “A palavra conciliação, substantivo derivado do verbo conciliar, tem acepção de convolar avença, mais precisamente um acordo entre duas ou mais pessoas em litígio.”.

Luiz Henrique da Silva Pinto (2006, on-line) dá a seguinte definição para mediação e conciliação:

A mediação também é um Método Extrajudicial de Resolução de Controvérsias, no qual um terceiro, tido como imparcial, da assistência às partes em conflito, com a finalidade de manter entre aquelas uma comunicação produtiva rumo ao acordo de natureza extrajudicial. Têm raízes menos profundas, surgindo com a evolução das ideias de convivência pacífica. Em termos de mediação a Bíblia traz Jesus como intercessor, ou melhor, como mediador entre Deus e o homem. Existiram também as mediações feitas pelo clero dentro das disputas familiares e a mediação de tribos e sociedades remotas onde os conflitos eram decididos por seus integrantes mais velhos. A conciliação é uma forma de autocomposição dos conflitos. No caso das Comissões de Conciliação Prévia, instituídas com a finalidade de dirimir controvérsias no âmbito trabalhista, a autocomposição é feita com a participação de terceiros que, todavia, não propõe (mediação), impõem (arbitragem e jurisdição), ou subjugam um dos indivíduos (autotutela), para alcançar a solução do conflito. A participação destes terceiros é no sentido de aproximar as partes para que estas, por si, resolvam suas controvérsias. Por tal motivo pode-se classificar o objeto das Comissões de Conciliação Prévia como autocomposição híbrida.

Igualmente, as Justiças Federal e Estadual se valem da conciliação para resolver inúmeros conflitos que deságuam nelas. Morgana de Almeida Richa (2011, p. 62-63) assim discorre sobre a mediação/conciliação:

Na busca de soluções, o espectro social que traduz a cultura da litigiosidade se faz presente na antítese, qual seja, a busca da pacificação, compreendida essa como finalidade precípua da função jurisdicional. Por certo, as limitações dos mecanismos processuais encontram mananciais valiosos nos instrumentos consensuais de solução dos conflitos intersubjetivos de interesses, com ênfase à conciliação e à mediação, principais vertentes à disposição dos operadores do Direito contemporâneo. Na esteira, necessário pontuar o predicado mais relevante da conciliação/mediação, pois instrumentos de pacificação social que encerram o conflito em dimensão muito superior à demanda, trazendo às partes o alívio pela solução encontrada, retirada a supremacia do vencedor e de igual forma a opressão do vencido, superadas pela compreensão da plausibilidade de encaminhamento que contemple o melhor interesse das partes, mediante concessões recíprocas a que se atribui finalidade de envergadura superior.

Germana de Oliveira Moraes (2011, p. 79) expõe a conciliação da seguinte forma:

A Justiça da conciliação já é intensamente praticada na Justiça do trabalho, é exigida pelo Código de Processo Civil em diversas situações de direito de família, e tem provado sua excelência na atuação dos juizados especiais, hoje a

justiça do povo. Mais ainda: tem sido objeto cada vez mais intenso da força criadora dos juízes de primeira instância, principal fonte de inovação da justiça. O êxito dos juizados federais informatizados poderá aumentar muito mais com a justiça de conciliação. Três são as contribuições principais da Justiça de Conciliação ao processo de paz social. Primeiro, contribui para implantar uma cultura do diálogo entre os cidadãos e as instituições, e das instituições entre si, para a prática de uma cultura do saber ouvir e do saber ceder, para disseminar uma cultura de cooperação onde a justiça, já que as decisões atingidas por comum acordo são mais sólidas e têm mais chance de serem obedecidas e implementadas. Finalmente, em terceiro lugar, possibilita uma justiça mais ágil e mais barata, desafogando o trabalho dos juízes para que possam se dedicar aos casos mais complexos.

Altamiro J. dos Santos (2001, p. 167.) acentua que: “Conciliação”, palavra derivada do latim *conciliatione*, significa ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação. ”

Acentua, ainda, o referido autor que:

A conciliação pode assumir o aspecto de transação ou reconhecimento do direito invocado pela parte ou, ainda, de reconhecimento da não-existência desse direito. Nas palavras de Ugo Rocco, normalmente a conciliação ocorre *aliquo dato aliquo retento*, ou seja, com recíprocas concessões: entretanto, pode ocorrer que a conciliação não se revista do aspecto típico da transação, mas como um reconhecimento, total ou parcial, da existência do direito invocado pelo autor, do próprio direito. Em tal caso, antes que de uma transação, se poderá falar de um reconhecimento do direito, ou de um reconhecimento da inexistência do próprio direito (SANTOS, 2001, p. 168).

Caetano Lagrasta Neto (2011, p. 98) acentua que a conciliação não é nova no nosso ordenamento jurídico, já existia na vigência da Carta de 1824:

Desde a Constituição do Império, de 1824, a conciliação pré-processual tem sido determinada como condição para a propositura da ação (art. 161), recorrendo-se à figura do juiz de Paz, cujas atividades tendenciosas obrigaram seu afastamento da função, a culminar com a indicação, exclusiva, de juiz de causas e Especiais) buscou-se um lenitivo para a expansão ou conscientização da litigiosidade, contudo deslembados de capacitarem profissionais, mudar a mentalidade dos lidadores do Direito ou fornecer infraestrutura material e humana adequadas.

Adriana Goulart de Sena (2011, p. 121-122) assim define a conciliação:

É o método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro. E é importante frisar que a força condutora dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo programar resultado que, originalmente, não era imaginado ou querido pelas partes. [...] Compreende-se a conciliação em um conceito muito mais amplo do que o

‘acordo’ formalizado. A conciliação significa entendimento, recomposição de relações desarmônicas, empoderamento, capacitação, desarme de espírito, ajustamento de interesses. Em dizer psicanalítico: a conciliação que represente efetivo apaziguamento.

Altamiro J. dos Santos (2001, p. 171) assevera que mediação “é uma técnica de composição de conflitos com a participação de um terceiro suprapartes”. Continua afirmando que “a mediação propicia um diálogo verdadeiro entre as partes, cada qual confiando suas razões aos mediadores, com maior autenticidade e abertura para negociação de propostas e contrapropostas – diz o jurista Luiz Carlos Amorim Robortella”. (SANTOS, 2001, p. 172).

O referido autor, citando Christovão Piragibe Tostes Malta e este, por sua vez, cita Carnelutti, estabelece a distinção entre mediação e conciliação:

Christovão Piragibe Tostes Malta salienta que a mediação, para Carnelutti, limita-se a solucionar a controvérsia, enquanto o procedimento conciliatório busca uma composição justa. Diz mais o mestre: ‘A mediação é um sistema visando a compor o dissídio; a conciliação, no sentido em que a estamos encarando, é o resultado do ajuste de vontades dos interessados (SANTOS, 2001, p. 172).

Bacellar (2011, p. 36) assim discorre sobre a conciliação e a mediação:

A forma mais conhecida de conciliação no Brasil é a que resulta de concessões mútuas objeto de transação para prevenir ou terminar o litígio na forma do art. 840 do Código Civil Brasileiro.[...] Na definição de Juan Carlos Vezzulla, mediação é uma técnica de resolução de conflitos, não adversarial, que sem imposições de sentenças ou de laudos, e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem. Em muitos países não há qualquer diferença entre mediação e conciliação.

Como se vê, a conciliação já fora incorporada no Direito brasileiro como primeira forma de solução de conflitos, tanto para evitar o processo judicial porque é demorado quanto para evitar o desgaste das partes quando enfrentam esse processo judicial.

Por fim, deve-se acentuar que a conciliação é uma forma de resolução de conflitos, em que um terceiro, neutro e imparcial, torna mais fácil a comunicação entre pessoas que têm uma relação antagônica. O conciliador identifica os problemas e busca preservar os interesses de todos envolvidos na questão, mediante orientação pessoal e direta. Por sua vez, a mediação é a forma de resolução de conflitos, em que um terceiro, neutro e

imparcial (mediador) torna mais fácil a comunicação entre pessoas que têm uma relação continuada no tempo. O mediador identifica os problemas existentes e busca solucionar os problemas considerando os interesses de todos envolvidos e levando em conta a satisfação de ambos.

3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A mediação e a conciliação são fórmulas flexíveis de resolução do conflito no Direito Penal, evitando-se, desse modo, a aplicação de sanção de detenção e a reclusão para aqueles crimes chamados de menor potencial ofensivo.

A mediação e a conciliação, segundo alguns doutrinadores, são modelos modernos de resposta à criminalidade cujas técnicas e procedimentos são mais flexíveis (GOMES, 2011, p. 3).

Luiz Flávio Gomes (2011, p. 7) cita três modelos de resolução de conflito no Direito Penal:

[...] JUSTIÇA PENAL CONSENSUADA: CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO. Há três modelos de resolução dos conflitos penais (cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA e GOMES, L. F., *Criminologia*, 6. ed., São Paulo: RT, p. 398, e ss.). a) modelo dissuasório clássico, fundado na implacabilidade da resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Neste Direito Penal punitivista-retributivista não haverá espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos, etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um Direito Penal inflexível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contraestímulo da pena; b) modelo ressocializador, que atribui à pena finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o Direito penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade; c) modelo consensuado (ou consensual) de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (plea bargaining). Dentro deste terceiro modelo (que se ancora no consenso) impõe-se distinguir dois sub-modelos bem diferenciados: a) modelo pacificador ou restaurativo (Justiça restaurativa, que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos à vítima, satisfação das expectativas de paz social da comunidade, etc.); e b) modelo da Justiça criminal negociada (que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena, etc., ou seja, o plea bargaining). Diante do que acaba de ser exposto, parece correto (e necessário) distinguir, no âmbito da Justiça criminal, atualmente, o ‘espaço de consenso’ do ‘espaço de conflito’. Aquele resolve o conflito penal mediante conciliação, transação, acordo, mediação ou negociação.

Este não admite qualquer forma de acordo, ou seja, exige o clássico devido processo penal (denúncia, processo, provas, ampla defesa, contraditório, sentença, duplo grau de jurisdição, etc.). O modelo consensual pertence ao primeiro espaço (do consenso); os modelos punitivistas (dissuasório e ressocializador) integram o segundo espaço (do conflito).

A mediação ainda é uma forma de solução de conflitos bastante incipiente no nosso Direito, mas a *conciliação* já é usada, como se verifica na Lei nº 9.099/94, em seu art. 74, que prevê a possibilidade de conciliação como solução do conflito, que assim dispõe: “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.”.

Ainda há a transação penal, prevista na Lei nº 9.099/95, mais precisamente no art. 76, que estabelece o seguinte:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. (BRASIL, 1995).

Luiz Flávio Gomes (2011, p. 7) afirma que a conciliação é típica dos juizados criminais, *in verbis*:

A conciliação é típica dos juizados criminais do nosso país. Ela é dirigida pelo juiz (ou conciliador) e visa, sobretudo, à reparação dos danos em favor da vítima. Busca-se pela conciliação (que é um gênero) tanto a reparação ou composição civil como a transação penal (que são suas espécies). Essa forma de resolução de conflitos só é apropriada para as infrações penais menos graves, que se denominam no nosso país ‘infrações penais de menor potencial ofensivo’ (legalmente são as infrações punidas com pena máxima não superior a dois anos, nos termos das Leis nº 9.099/95 e nº 11.313/2006).

Outro modelo de mediação e de conciliação é a negociação, chamada de *plea bargaining* no Direito americano – *common law* – que não é utilizada no nosso sistema jurídico. Nesse modelo, o acusado aceita a culpa pelo crime e se inicia uma negociação entre ele, seu advogado e o representante do Ministério Público (GOMES, 2011, p. 9). Note-se que o juiz não faz parte dessa negociação.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2011, p. 2), os sistemas de mediação e de conciliação exigem mais do infrator, pois requer dele uma atitude de mudança em seu comportamento, o que se faz com diálogo e interação com a vítima.

4 CONCILIAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Não há na legislação, no âmbito do direito administrativo, previsão de conciliação em decorrência de conflitos entre servidores que possam resultar em abertura de sindicância acusatória ou processo administrativo disciplinar.

Tanto a Lei n. 8.112/90 quanto a Lei n. 9.784/99 não preveem a figura da conciliação, sendo, portanto, instituto, até o momento, reservado aos processos penal e civil.

Todavia, utilizando-se desse instituto que é dos Direitos Penal e Civil, e também, a Lei n. 13.140/2015, o Direito Administrativo Disciplinar poderia evoluir bastante se adotasse o modelo de conciliação para compor o litígio quando frente à prática de ilícitos administrativos, cuja penalidade é a de advertência. Não haveria nenhuma afronta aos princípios do Direito Administrativo, tais como da legalidade, moralidade, etc., pois sabe-se que a advertência somente é aplicada naqueles ilícitos que protegem a regularidade do serviço na Administração Pública, a saber: exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; ser leal às instituições a que servir; observar as normas legais e regulamentares; cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; e atender com presteza.

É certo que o processo administrativo disciplinar não consegue pacificar o litígio que venha a se instalar entre servidores, pois a sanção, às vezes, só tende a piorar os ânimos dos servidores públicos.

5 CONCILIAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

No processo civil, a conciliação é largamente utilizada, sendo, na verdade, fase obrigatória desse processo. Há obrigatoriedade do julgador sempre promover a conciliação das partes para evitar o litígio de forma que essas possam ser pacificadas sem que saiam da audiência como vencedores ou vencidos, mas, simplesmente, aliviados pela resolução do conflito.

Os vários doutrinadores que escrevem sobre o Processo Civil são unânimes em afirmar os benefícios da conciliação, pois melhor que uma demanda eternizada na Justiça é uma rápida solução dos problemas que afetam as pessoas no dia a dia por meio da conciliação.

Vejamos a posição dos vários autores acerca do tema. Assim, Marinoni (2008, p. 247) discorre sobre a importância da conciliação:

A ‘audiência preliminar’ tem entre os seus principais fins o da tentativa de conciliação, objetivo que, além de eliminar o conflito mais rapidamente e sem tanto gasto, possibilita a restauração da convivência harmônica entre as partes. Cabe lembrar que a conciliação permite que as causas mais agudas do conflito sejam consideradas e temperadas, viabilizando a eliminação do litígio não apenas na forma jurídica, mas também no plano sociológico, o que é muito importante para a efetiva pacificação social. Como alertou Mauro Cappelletti, a conciliação – ao contrário da decisão que declara uma parte ‘vencedora’ e a outra ‘vencida’ – oferece a possibilidade de que as causas mais profundas do litígio sejam examinadas, recuperando-se o relacionamento cordial entre os litigantes.

Igualmente, Fredie Didier Jr. (2008, p. 505) acentua que:

Seguindo tendência mundial, foram acrescentados ao CPC, nas últimas reformas das leis processuais, dois dispositivos que, somados ao art. 447 do CPC (que já previa uma tentativa de conciliação no início da audiência de instrução), compõem o tripé normativo em favor da conciliação (da solução do litígio por autocomposição): o art. 125, IV, e o art. 331. O inciso IV do art. 125 estabelece o dever de o magistrado conciliar as partes a qualquer tempo; o art. 331 introduz no procedimento ordinário uma audiência preliminar à fase de instrução probatória, cujo objetivo principal é ensejar uma tentativa de conciliação das partes. [...] A audiência de conciliação obrigatória, introduzida no art. 331 do CPC em dezembro de 1994, sofreu sua primeira reforma com a edição da Lei Federal n. 10.444/2002. Uma das mudanças foi terminológica: a audiência passou a chamar-se de “audiência preliminar”.

Ovídio Araújo Batista da Silva (2002, p. 393) aponta uma vantagem da conciliação que é por fim ao litígio:

A audiência de instrução e julgamento realiza-se segundo a ordem estabelecida nos arts. 450-457 do CPC, devendo nela ter lugar a fase de conciliação (arts. 447 e 448 do CPC) sempre que o litígio versar sobre direitos patrimoniais de natureza privada, a respeito dos quais possam as partes transigir. Para esta obrigatoria tentativa de conciliação, deverá o juiz, ao designar a audiência, ordenar o comparecimento pessoal das partes, a fim de ouvi-las e procurar conciliá-las, pondo fim ao litígio.

Humberto Theodoro Jr. (1995, p. 491) assim fala sobre o tema:

A composição do litígio é o objetivo perseguido pelas partes e pelo juiz. O fim do processo é alcançar esse objetivo. E isto pode ser feito através de ato do juiz (sentença de mérito) ou das próprias partes (autocomposição). Muitas vezes é mais prático, mais rápido e conveniente que as próprias partes solucionem seu conflito de interesses. Ninguém mais indicado do que o próprio litigante para definir seu direito, quando está de boa-fé e age com o reto propósito de encontrar uma solução justa para a controvérsia que se estabeleceu entre ele e a outra parte. Por isso, e porque cumpre ao juiz velar pela rápida solução do litígio (art. 125, n. II), determina o Código que, na audiência de instrução, antes de iniciar a instrução, o magistrado ‘tentará conciliar as partes’ (art. 448).

Joel Dias Figueira Junior e Maurício Antonio Lopes (1995, p. 134) afirmam que a vantagem da conciliação é que não há vencedores, nem vencidos:

A primeira vantagem da conciliação e da transação é que ambos os institutos proporcionam a extinção da lide processual, total ou parcialmente, através de uma sentença de mérito (art. 22, parágrafo único c/c art. 269, III, do CPC), sem que dele resulte vencedores ou perdedores. Por conseguinte, não há qualquer espécie de sucumbência, o que, por si só, já atinge um grau bastante elevado entre as partes de profunda satisfação.

A conciliação sem dúvida, no Processo Civil, é fase fundamental na solução dos conflitos. Não só fundamental, mas obrigatória, pois a lei processual determina ao juiz que promova a conciliação antes da instrução do processo.

6 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A teoria processual que contribuiu para o aporte metodológico no novo Código de Processo Civil é o “Policentrismo processual e Comparticipação dos sujeitos processuais”. Essa teoria processual desenvolvida por Dierle José Coelho Nunes (2012), no Brasil, amparada na obra de Nicola Picardi, resgata o papel do contraditório de “fomentador e

garantidor da coparticipação e do debate, ao ser encarado em perspectiva normativa. ”

Continuando, segundo o referido autor:

Seria, assim, resgatado o seu papel fundamental no dimensionamento processual, de forma a assegurar a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e garantir que, nas decisões, não aparecessem fundamentos que não tivessem sido submetidos ao espaço público processual. Para o seu dimensionamento técnico na cognição, far-se-ia necessária a percepção de uma estrutura bifásica, na qual, num primeiro estágio (fase preparatória), seriam filtrados todos os argumentos fáticos e jurídicos a serem discutidos amplamente no segundo estágio (fase de discussão). E, mesmo, far-se-ia um real saneamento, que impediria que atividades procedimentais iníquas fossem desencadeadas. A preparação metódica asseguraria um diálogo genuíno entre os sujeitos processuais e garantiria que todas as decisões seriam fruto desse debate, e não de concepções não problematizáveis, encontradas de modo solitário pelo juiz, situação que impõe a necessidade cada vez mais comum da utilização de recursos (NUNES, 2012, p. 258-259).

Com razão Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 260) afirma que:

O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e participativa, permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, de uma estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados.

Segundo Nicola Picardi, Nunes (2012, p. 19) propõe, portanto, um “modelo democrático do processo baseado no policentrismo, uma participação legítima e constante de todos os sujeitos que participam do processo, sem a mínima conotação hierárquica”.

O modelo proposto por Nunes vai além daquele pensado por Elio Fazzalari, estabelecendo matizes que vão ao encontro dos ditames do Estado Democrático de Direito.

Elio Fazzalari (2006, p. 118-119) preconiza que são habilitados a participar do processo todos “aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”. Essa teoria já avançou em traçar a participação dos sujeitos do processo para alcançar o mérito processual.

Assim, a colaboração (relida) pensada por Nunes dá sustentáculo ao novo Código de Processo Civil que passa tê-la como paradigma. Assim, a mediação e a conciliação representam esse paradigma.

O novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que passará a vigor em março de 2016, dedicou vários artigos aos institutos da mediação e conciliação, tornando-os uma diretriz a ser seguida na composição dos litígios.

Destaquem-se os vários momentos em que o novo Código de Processo Civil dedica a esses institutos:

1. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos;
2. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial;
3. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
4. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o mediador e o conciliador judicial;
5. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição;
6. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem;
7. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos;
8. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada;

9. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes;
10. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação;
11. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição;
12. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais;
13. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional;
14. Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal;
15. Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional;
16. Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes;
17. Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções;

18. O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos;
19. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação;
20. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal;
21. Inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação;
22. Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador;
23. O conciliador e o mediador, ressalvadas as exceções previstas na lei, receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça;
24. A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal;
25. Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento;
26. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição;
27. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador;
28. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes;
29. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua

responsabilidade; atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito;

30. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta;
31. O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, designada pelos juízes nas ações de Procedimento Ordinário;
32. Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes.
33. A autocomposição obtida pelo conciliador ou mediador será reduzida a termo e homologada por sentença;
34. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte.³

Esse modelo de solução de conflito não é novo no Brasil, Águida Arruda Barbosa (2007, p. 19) acentua que:

A mediação chega ao Brasil por duas vertentes: em São Paulo veio o modelo francês em 1989. Pela Argentina, chegou ao Sul do País o modelo dos Estados Unidos, no início da década de 1990. A mediação insere-se na busca de redução do distanciamento cada vez mais crescente entre o Judiciário e o cidadão, na busca do aperfeiçoando dos instrumentos de acesso à justiça, porém num primeiro plano visa-se buscar meios de desafogar o Judiciário, sem qualquer preocupação em eliminar as causas do imenso número de processos que esmagam os tribunais.

7 CONCLUSÃO

A mediação e a conciliação são modalidades de solução de conflito importantíssimas e estão adequadas ao modelo de Estado Democrático de Direito, pois privilegiam

³ Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 19 out. 2015.

a dignidade da pessoa humana. Sabe-se que “errar é humano”, então, porque não realizar a mediação e a conciliação no processo de forma a resolver os diversos conflitos existentes entre as partes envolvidas. Naturalmente, haverá ilícitos civis, penais e administrativos, que pela gravidade, excluirão de plano essas modalidades de solução de conflito.

O sistema jurídico brasileiro já é orientado no sentido de utilizar a conciliação e a mediação, embora tais institutos permaneçam adormecidos por muitos anos.

Portanto, a mediação e a conciliação, amparadas em um modelo democrático de solução de litígios, podem desafogar o Judiciário o qual está abarrotado de processos, muitas das vezes insolúveis.

Por fim, com esteio no modelo democrático do processo baseado no policentrismo, na comparticipação democrática dos interessados desenvolvida por Dierle José Coelho Nunes, defende-se que, no processo, é possível encontrar por meio da mediação e da conciliação a solução correta de litígios que satisfaçam ambas as partes.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coords.); colaboradores GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA, Águida Arruda. Composição da historiografia da mediação – instrumento para o direito de família contemporâneo. *Revista Direitos Culturais*, vol. 2, n. 3, dez. 2007.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 30 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.874, de 23 de novembro de 1999. Altera dispositivos da Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9874.htm>. Acesso em: 30 ago. 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Podium, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8. ed. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flavio. *Justiça Conciliatória, Restaurativa e Negociada*. Material da 1ª aula da Disciplina Novos Temas de Direito Processual Penal, ministrada no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Direito do Estado – Universidade Anhanguera-Uniderp/IPAN –Rede LFG, 2011, p. 3.

GOMES, Luiz Flávio. *Justiça Conciliatória, Restaurativa e Negociada*. Material da 1ª aula da Disciplina Novos Temas de Direito Processual Penal, ministrada no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Direito do Estado – Universidade Anhanguera-Uniderp/IPAN –Rede LFG, 2011, p. 7.

LAGRASTA NETO. Caetano. A Conciliação judicial – Avanços, Retrocessos e Esperança. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coords.); colaboradores GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 98.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Germana de Oliveira. A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira (Nascimento, Berço e Vida Durante a Gestão inicial do CNJ). In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coords.); colaboradores GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. (ano 2008), 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

PINTO, Luiz Henrique da Silva. *As comissões de conciliação prévia como método extrajudicial de solução de controvérsias*. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1475>>. Acessado em: 30 ago. 2015.

RICHA, Morgana de Almeida. Evolução da Semana Nacional de Conciliação como consolidação de um Movimento Nacional Permanente da Justiça Brasileira. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coords.); colaboradores GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Weliton Militão dos. *Desapropriação, reforma agrária e meio ambiente: aspectos substanciais e procedimentos – Reflexo no Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SANTOS, Altamiro J. dos. *Comissão de conciliação prévia: convivologia jurídica e harmonia social*. São Paulo: LTr, 2001.

SENA, Adriana Goulart. A Conciliação Judicial Trabalhista em uma Política Pública de Tratamento Adequado e Efetivo de Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coords.); colaboradores GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. rev. atual. com as Leis nº 10.352, nº 10.358/2001 e nº 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Forense, vol. 1, 1995.