

AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO E O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL: PONTOS DE TENSÃO E DE ACOMODAÇÃO

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹

Pedro Gomes de Queiroz²

Resumo: Este trabalho trata da mediação como forma de solução adequada de conflitos. Abordamos a mediação e suas características como instrumento de pacificação. Sem embargo, são examinados os possíveis conflitos que podem surgir com a introdução da mediação no processo judicial, dadas as garantias fundamentais do processo. Com o texto, examinamos também os conceitos procedentes do direito estrangeiro e as perspectivas para o processo civil brasileiro, especialmente frente às regras adotadas pelo CPC.

Palavras-Chave: mediação, processo civil brasileiro, garantias constitucionais.

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF THE PROCESS AND THE JUDICIAL MEDIATION: POINTS OF TENSION AND ACCOMMODATION

Abstract: This paper deals with mediation as alternative dispute resolution. We address the mediation and its characteristics as

¹ Professor associado de Direito Processual Civil (UERJ). Martin-Flynn Global Law Professor (University of Connecticut School of Law) Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

² Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela PUC-Rio. Advogado.

an instrument of peace. However, the potential conflicts that may arise with the introduction of mediation in the judicial process, given the fundamental guarantees of the process are discussed. With text, we also examine the concepts from foreign law and prospects for the Brazilian civil procedure, especially against the rules adopted by the new Code of Civil Procedure.

Keywords: mediation, Brazilian civil procedure, constitutional guarantees.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os princípios processuais previstos no CPC e na Lei nº 13.140/15. 3. Potenciais conflitos entre as garantias fundamentais do processo e o uso da ferramenta da mediação judicial. 3.1. Contraditório. 3.2. Isonomia. 3.3. Inafastabilidade do controle jurisdicional. 3.4. Publicidade. 3.5. Motivação. 3.6. Duração razoável do processo. 4. Perspectivas para o direito brasileiro: o desafio de conciliar a função pacificadora com a estrita observância das garantias fundamentais. 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO.



advento da Constituição de 1988 revelou a transformação de um Estado autoritário para um Estado de Direito, mais igualitário e democrático, com importantes reflexos nos processos administrativos e judiciais. O direito processual brasileiro funda-se em ampla gama de direitos fundamentais abrigados no texto constitucional.

Analisando o ordenamento brasileiro sob a ótica constitucional, Nelson Nery Junior³ aponta o desenvolvimento da subordinação do Direito Processual Civil e de outras disciplinas à

³ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Princípios do processo civil na CF. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

Constituição em histórica evolução, ultrapassando a barreira do autoritarismo do poder público na imposição de soluções administrativas ditatoriais, deixando para trás o tempo em que a simples aplicação e interpretação da Lei ordinária era entendida como suficiente na resolução dos litígios.

Ainda que hoje a alegação de descumprimento de norma constitucional possa ser vista por alguns operadores do Direito como apenas mais uma defesa que o interessado poderá opor, já se considera a interpretação conforme a Constituição essencial e o seu desatendimento como algo gravoso.

Através de uma posição privilegiada na arquitetura constitucional brasileira, firma-se a eficácia protetiva e a característica vinculativa das garantias fundamentais para todo o ordenamento⁴.

Leonardo Greco apresenta uma excelente sistematização dessas garantias. As garantias fundamentais podem assumir a forma de garantias individuais ou estruturais⁵.

O princípio-mãe é o devido processo legal, (art. 5º, LIV, CF) que faz a ponte entre as garantias das partes e a moderna estrutura cooperativa do processo jurisdicional⁶. A partir dele,

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição, revista e ampliada. 3ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 32.

⁵GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/do-cumentos/texto165.htm>>. Acesso em: 2 maio 2006.

⁶ “Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”. GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 8.

então, podem se extrair outros princípios processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa e a duração razoável do processo.

Nesse contexto, o respeito às garantias fundamentais das partes e aos princípios processuais constitucionalmente previstos é imprescindível para garantir o acesso à justiça por meio de um processo justo. A utilização dos meios adequados, concretiza, no processo, a legalidade e a supremacia da Constituição, necessários à democracia participativa pós-moderna.

Nos chamados meios adequados de solução de conflito, a conciliação e a mediação – nos quais as próprias partes que buscam, de forma consensual, a melhor solução para o conflito – ganham particular relevância. Nestes casos, o terceiro, atua como intermediador imparcial, funcionando unicamente como facilitador da comunicação e, conseqüentemente, da composição entre as partes.

A conciliação é o método mais adequado para solução de conflitos cujas partes não detenham vínculos anteriores. Trata-se, portanto, de um conflito circunstancial. Como terceiro imparcial, o conciliador deve incentivar as partes para que proponham soluções que lhes sejam favoráveis, notadamente em sede patrimonial e pecuniária (art. 165, § 2º, CPC).

A mediação, por sua vez, pressupõe relacionamento entre as partes anterior ao conflito. Para o êxito na mediação, o mediador deverá ser profundo conhecedor do conflito existente entre as partes, o que torna a mediação mais demorada do que a conciliação⁷. O mediador tem atuação mais contida; ele não oferece proposta ou se intromete na negociação, somente agindo para que as próprias partes compreendam melhor e amadureçam, por elas mesmas, a relação conflituosa (art. 165, § 3º, CPC).

Importante frisar, aqui, a relevância de a atividade ser conduzida por mediador profissional, imparcial e que não tenha

⁷ SILVA, João Roberto da. A mediação e o processo de mediação. São Paulo: Paulistana Jur Edições, 2004, p. 68.

proximidade com o conflito⁸. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos. O CPC prestigia esse entendimento. O ideal é que a audiência do art. 334, CPC, seja conduzida por um auxiliar do magistrado, até como garantia de sua imparcialidade. Nesse ponto específico, como um juiz poderia não levar em consideração algo (como uma confissão, por exemplo) que ouviu numa das sessões de mediação? Como poderia não ser influenciado, ainda que inconscientemente, pelo que foi dito, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente, dos autos?

Havendo possibilidade de acordo, o magistrado poderá conduzir, ele mesmo, essa etapa, ou convocar um conciliador ou mediador. Essa decisão é discricionária do juiz, sendo, portanto, irrecurável.

2. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PREVISTOS NO CPC E NA LEI Nº 13.140/15

Deve-se avaliar se não deveríamos ter princípios diversos para a mediação judicial e para a extrajudicial, embora seja necessário delimitar um núcleo mínimo (ordem pública) para cada uma delas⁹.

⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. Fundamentos: definição, alcance e princípios. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HALE, Durval; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). O marco Legal da Mediação no Brasil: comentários à Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37-38.

⁹ "Como se sabe, en el proceso judicial debe de haber una decisión. El juez no puede eximirse del deber de juzgar. Ya en la mediación no hay decisión. Existe un procedimiento en que las partes toman conciencia en un grado más profundo del origen y de la naturaleza del problema, perciben las dificultades recíprocas e intentan, a través de un mecanismo de cooperación y colaboración, evitar aquellos esfuerzos inútiles tratando de superar los problemas del modo mejor posible; y si eso no fuera posible -y es una realidad en algunos casos- buscan una forma de convivir con aquel problema intentando causar el menor grado de estrés posible a ellas. Por tanto, cuando se realiza una mediación judicializada -me refiero aquí a una mediación incidental, es decir, ya

Nessa linha de raciocínio não é difícil figurar exemplos nos quais algumas regras rígidas aplicáveis à mediação judicial podem ser relativizadas numa mediação extrajudicial¹⁰.

Isto porque, em se tratando de atividade realizada por determinação judicial e / ou no âmbito de um processo judicial, não há como se afastar a principiologia fundamental, prevista tanto na Carta de 1988, como no texto do novo CPC, eminentemente entre os arts 1º e 12.

A propósito do tema, temos chamado a atenção para a necessidade de se compatibilizar as ferramentas e técnicas dos meios alternativos com as garantias processuais, sob pena de se correr o risco de alcançar a pacificação com sacrifício de

se dio algún paso en la jurisdicción, ya fue puesta en acción, ya se realizó una petición inicial, y en el contexto del proceso el juez ofrece a las partes la posibilidad de la mediación, o una o ambas partes requieren al juez para que se les ofrezca esta posibilidad, el juez suspende el proceso y encamina a las partes a un centro de mediación". PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos, v.2, 2014, p. 75.

¹⁰ "Contudo, na mediação extrajudicial, há que se admitir que os envolvidos, com base em sua livre e espontânea manifestação vontade, possam concordar em manter o mediador a despeito da natureza do vício que supostamente inquina a sua parcialidade – por exemplo, ainda que ele seja parente de alguma das partes (caso legal de impedimento) ou tenha algum interesse financeiro na questão (hipótese legal de suspeição). Ou seja, ao contrário do que ocorre com o mediador judicial, não se impõe ao extrajudicial que, reconhecendo a existência de algum dos vícios indicados no CPC, renuncie de imediato ao ofício; o seu dever é tão somente o de informar às partes as circunstâncias que podem comprometer a confiança em sua atuação, deixando à escolha dos envolvidos a alternativa de aceitá-lo a despeito daqueles fatos, ou de optar pela eleição de outro mediador. Vale lembrar que as partes poderão escolher outro mediador a qualquer momento, no curso do procedimento, caso a sua conduta não se mostre equidistante e macule, na visão dos envolvidos, a sua credibilidade. Pontue-se, por fim, que ainda que as partes, em uma mediação extrajudicial, decidam pela manutenção do mediador suspeito ou impedido, acreditando na possibilidade de que aja de forma imparcial, se ele próprio não se reconhecer capaz de atuar de forma desinteressada no litígio, ou não se sentir completamente confortável para fazê-lo, incumbe-lhe declinar do encargo, em respeito aos mandamentos éticos da mediação". ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. Fundamentos: definição, alcance e princípios, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et alli. O marco Legal da Mediação no Brasil, São Paulo: Atlas, 2015, pp. 41/42.

dispositivos que não podem ser afastados pela vontade das partes¹¹.

E aqui, será necessária uma larga dose de ponderação¹² entre o princípio da pacificação, ou princípio da busca da solução consensual mais adequada, e os demais princípios consagrados no texto, CPC 2015.

Somente num ambiente protegido pelas garantias constitucionais, e havendo um permanente monitoramento da incidência dessas garantias é que se poderá ter o chamado processo justo.

A postura do juiz e a atitude das partes são elementos imprescindíveis ao bom funcionamento desse sistema. De outro lado, passando de uma perspectiva de simples validade jurídica para uma perspectiva da união entre validade e legitimidade do Direito como condição de sua eficácia e cumprimento de sua função sócio-integradora, o dever do juiz de justificar sua decisão também se altera.

Passa-se de um dever de justificação interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos para um dever que ao mesmo tempo é interno e externo, este último considerado como a necessidade de legitimação procedimental-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão, o que no caso de um equivalente jurisdicional como a mediação já é condição prévia para seu estabelecimento.

O contraditório terá uma especial importância em determinadas fases da mediação. Juntamente com o princípio da isonomia, o contraditório constitui importante premissa democrática que com aquele se relaciona, de modo a garantir um efetivo

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Capítulo 1. Introdução, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. HALE, Durval. CABRAL, Trícia. [organizadores]. O Marco Legal da Mediação no Brasil, São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

¹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediación Obligatoria: Una Versión Moderna del Autoritarismo Procesal. VIII Conferencia Internacional del foro mundial de mediación. Tempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio. Libro Digital. Volumen 2. 1a edición. Venezuela, 2012, pp. 115/121.

equilíbrio entre as partes.

Dentro desse contexto, é patente a relevância que o dever de fundamentar ganha, enquanto garantia do devido processo legal e, nessa dimensão, só é possível aceitar hoje a fundamentação analítica, e não mais a tradicional e formal fundamentação sintética.

Não temos dúvidas que nesse contexto teremos uma jurisdição muito mais efetiva e adequada. Isso em falar da arbitragem. A arbitragem se inclui na teoria geral do processo, “considerando que ela contém em si um autêntico processo civil no qual se exerce um verdadeiro poder, a jurisdição, e que as atividades inerentes a esse exercício têm natureza inegavelmente processual”¹³. Fazzalari¹⁴ adota concepção mais abrangente e considera também nesse contexto os negócios jurídicos em geral.

Prosseguindo nesse caminho, não é difícil concluir que as garantias constitucionais devem incidir plenamente, tanto no procedimento arbitral¹⁵, como nos meios de obtenção de consenso.

3. POTENCIAIS CONFLITOS ENTRE AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO E O USO DA FERRAMENTA DA MEDIAÇÃO JUDICIAL

Ao longo deste texto¹⁶ vamos examinar o desafio que a

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed, Pádua: CEDAM, 1996, p. 105.

¹⁵ “a consciência da natureza jurisdicional da arbitragem e de sua inserção na teoria geral do processo põe à margem de qualquer dúvida a imperiosidade de abrigá-la sob o mando do direito processual constitucional – o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição a todos os institutos processuais e particularmente àqueles de caráter jurisdicional”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

¹⁶ Texto baseado na conferência proferida pelo Prof. Humberto Dalla Bernardina de

implementação do procedimento de mediação judicial implica¹⁷.

A ideia é examinar a mediação como um meio adequado de resolução dos conflitos, dentro da perspectiva oferecida pelo art. 3º, CPC. Em seguida, analisaremos a tensão de algumas garantias fundamentais¹⁸ com questões práticas e operacionais verificadas, diuturnamente, no procedimento da mediação, de modo a testar os limites dessas garantias¹⁹.

A mediação pode ser realizada judicial ou extrajudicialmente. Quando é realizada dentro da estrutura do Poder Judiciário, é necessário examinar algumas questões que derivam dos princípios e garantias constitucionais.²⁰

Conseqüentemente, a jurisdição e, mais concretamente, a jurisdição contemporânea, neoconstitucionalizada, sujeita ao devido processo legal, à regra do processo justo e ao contraditório participativo, impõe ao juiz e às partes uma série de limites²¹, que nem sempre podem ser afastados pela vontade das partes.

Pinho na Universidade Carlos III, em 6 de junho de 2013, durante o Seminário: "*Perspectivas Internacionales en Mediación: el contexto brasileño, europeo y español*". O texto foi revisado, atualizado e ampliado.

¹⁷ MUÑOZ, Helena S. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español. Revista Eletrónica de Direito Processual Civil. vol. III, p. 66-88, jan./jun. 2009.

¹⁸ Ver, a propósito, a conferência proferida pelo Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho na Universidade Carlos III, em 6 de junho de 2013, durante o Seminário: "*Perspectivas Internacionales en Mediación: el contexto brasileño, europeo y español*". Áudio disponível em http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2013-06-12T01_31_55-07_00, acesso em 15 de abril de 2015.

¹⁹ Para o aprofundamento no tema das garantias constitucionais aplicáveis aos meios alternativos de resolução de conflitos, sugerimos a leitura de COMOGLIO, Luigi Paolo. *Mezzi Alternativi di Tutela e Garanzie Costituzionali*. São Paulo, Revista de Processo, v. 99, p. 249-293.

²⁰ Entendemos por mediação judicial toda aquela ocorrida no contexto do Poder Judiciário, seja nos centros judiciários de solução consensual de conflitos, seja nas câmaras privadas credenciadas pelo Tribunal, por mediador judicial, independentemente de haver, ou não, ação judicial em curso. Nessas hipóteses, deverão ser observados os arts. 149, 165 a 175, e 784, IV, CPC, bem como os arts. 11 a 13 e 24 a 29 da Lei nº 13.140/2015.

²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos, v.2, 2014, p. 75.

Nesse sentido, o processo é um espaço de preservação das garantias constitucionais²² e a função do juiz é a de um agente garantidor.²³ Para tanto, vamos apontar, neste texto, algumas situações que podem resultar complexas em razão de algumas características contraditórias²⁴ da mediação e da jurisdição²⁵.

A partir de agora, vamos cotejar as principais garantias fundamentais resguardadas pela Carta de 1988 e pelo CPC, e os princípios que informam os mecanismos adequados de solução de conflitos, a fim de verificar potenciais pontos de tensão.

3.1. CONTRADITÓRIO

Do processo justo se infere o direito de as partes (autor e réu) influenciarem no convencimento do juiz, no conteúdo da decisão, o que envolve: (i) a necessidade de reconhecimento, às partes, dos poderes da demanda, exceção, réplica e contrarréplica; (ii) a necessidade de reconhecimento, às partes, dos poderes instrutórios, do direito à contraprova, inclusive nos casos em que a instrução tenha se dado por determinação de ofício; (iii) a necessidade de reconhecimento, às partes, uma vez madura a causa para o julgamento, do direito de discutir os seus termos, por escrito ou oralmente; (iv) a necessidade de o juiz provocar a discussão das partes sobre questões de direito e de fato que tenha que considerar de ofício, reconhecendo, assim, às partes, a reabertura dos poderes de manifestação e prova sobre tais questões;

²² COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 55-95.

²³ FISS, O.M. "Against Settlement", 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e o CPC* Projetado. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (Org.). *O Novo CPC- o projeto , CPC e o desafio das garantias fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 44-77.

²⁵ SPENGLER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edu-nisc, 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: 17 jun. 2016.

e, por fim, (v) a necessidade de se assegurar o direito ao recurso imediato, ou seja, o direito a ter a decisão imediatamente avaliada por um juízo diverso, garantias que constituem, com efeito, o núcleo forte – e não eliminável – do processo justo, notadamente no processo de cognição.²⁶

O contraditório constitui o verdadeiro elemento qualificador do processo. Numa visão mais abrangente, envolve um complexo jogo de interação entre as partes e o próprio juiz, evitando a adoção de decisões inesperadas²⁷. É consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos

²⁶ PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. In: *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi. Napoli: Jovene Editore S.P.A., 2003, p. 657.

²⁷ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 393-395.

os contrainteressados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação²⁸.

Este princípio pode ser sintetizado em quatro garantias:

(i) direito de ser ouvido em ao menos uma audiência pública por juiz independente e imparcial; (ii) direito de conhecer e se manifestar sobre todos os atos, alegações e provas apresentadas; (iii) direito de produzir qualquer prova que considere relevante para sua defesa; (iv) direito de ter a causa analisada e decidida com base nos fatos e argumentos apresentados no processo, conhecidos e debatidos pelas partes²⁹.

É possível afirmar que o contraditório é indissociável do princípio da igualdade, eis que a garantia da possibilidade de manifestação em todas as fases deverá ser assegurada de igual modo aos litigantes na dinâmica processual, refletindo a busca pela almejada efetividade da prestação jurisdicional, que contempla a paridade de armas como um dos pilares da ampla defesa.

A garantia do contraditório confere maior confiabilidade ao resultado final, como fruto do chamado "processo justo".³⁰ O resultado dessa cognição exauriente será mais satisfatório aos que receberão a solução impositiva e corresponderá ao cumprimento das garantias constitucionais do processo.

O princípio do contraditório "garante uma simetria de posições subjetivas" que dispõe às partes o diálogo necessário para oferecer ao juiz elementos que contribuam na busca da verdade real, durante a fase de cognição e formação do conteúdo

²⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/do-cumentos/texto165.htm>>. Acesso em: 2 maio 2006.

²⁹ SCHENK, Leonardo Faria. Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

³⁰ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 319.

decisório, afastando a participação em aspecto meramente formal ou aparente em apenas contrapor as alegações opostas³¹.

Nesse sentido, podemos ter algumas tensões entre a garantia do contraditório dinâmico (art. 10, CPC) e algumas situações recorrentes na mediação judicial.

A prática de realizar as sessões individuais, conhecida como *caucus*, é muito antiga e largamente aceita, apesar da restrição promovida em relação ao contraditório.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado³². Esse último tipo de sessão é denominado de “*caucus*” e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes³³.

As informações obtidas em *caucus* são confidenciais e

³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken et.al. (Org.). Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 262.

³² De se observar que hoje, ao contrário da maioria das escolas de mediação nos Estados Unidos, a escola de Harvard se coloca em posição francamente antagônica a essa modalidade de mediação, por acreditar que com isso estar-se-á desnaturando a essência do sistema de mediação. Pela mesma razão, não se admitem sessões privadas com uma das partes (“*caucus*”) ou a concretização de uma proposta até então abstrata, sob pena de violação da imparcialidade do mediador. Para maiores esclarecimentos, cf. HARVARD LAW SCHOOL. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. Beyond Winning, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. Negotiation Theory and Practice, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

³³ Entendem os especialistas do P.O.N. da Harvard Law School que essa prática reduz o grau de confiabilidade das partes no mediador e impede a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos. Uma expressão comumente utilizada nos Seminários, e que traduz bem essa mentalidade, é: “anybody’s problem is everybody’s problem!”.

diversas vantagens podem resultar daí³⁴.

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes, para lastrear suas pretensões ou suas defesas, não sejam as únicas existentes no mundo dos fatos.

Desse modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir essas “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassar o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

As sessões privadas são largamente utilizadas pelos mediadores como instrumento para a equalização e balanceamento do procedimento, sobretudo quando o profissional percebe que as partes estão em diferentes pontos de compreensão e entendimento, ou mesmo quando há indícios de que apenas uma delas está agindo de forma colaborativa. Assim, ele poderá realizar sessões privadas com uma das partes, se considerar que uma delas está perfeitamente consciente, tem boa-fé e está empreendendo todos os esforços para alcançar um acordo, enquanto a outra parte não dá mostras de estar tão comprometida assim.

As sessões privadas também são bastante úteis para que o mediador, juntamente com uma das partes e seu advogado, conduza o chamado “cheque de realidade” (que, na maioria das vezes, funciona como verdadeiro “choque de realidade”). Essa providência tem o objetivo de fazer com que aqueles envolvidos analisem a fundo as consequências de suas ações, a efetiva força ou fragilidade de seu direito, bem como as consequências, presentes e futuras, de não se alcançar o acordo.

Então poderia o mediador suspender o procedimento, novamente avisando e contando com a colaboração das partes nesse sentido. Em seguida, poderia recorrer às sessões

³⁴ SILVA, João Roberto da. A mediação e o processo de mediação. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004, p. 19.

individuais que, no procedimento americano são denominadas *caucus*³⁵.

O problema é que se o processo judicial deve seguir rigorosamente os princípios constitucionais, qualquer derivação ou extensão do processo judicial, como no caso da mediação, deve obedecer também a esses princípios³⁶.

E aí se apresenta a inevitável pergunta de como compatibilizar as sessões privadas de mediação com o princípio do contraditório e da ampla defesa?

Como acabamos de mencionar há pouco, no início deste texto, a mediação demandará uma atividade proativa das partes interessadas, pelo que ganha força e protagonismo o princípio da cooperação ou da colaboração (art. 6º, CPC)³⁷.

E aqui nos permitimos fazer uma distinção entre os institutos: entendemos por boa-fé a necessidade ou a obrigatoriedade de não praticar atos de improbidade processual, de não praticar atos lesivos ou proibidos no curso do processo. A cooperação, por sua vez, implica algo mais. Além da obrigação de não praticar atos lesivos, implica uma postura positiva, proativa, comprometida com a busca de uma solução que seja favorável e, dentro do possível, que seja interessante para ambas as partes.

A mediação necessariamente pressuporá um ambiente de cooperação³⁸.

Se o mediador, em uma das primeiras sessões, percebe

³⁵ É importante dizer que a Escola da Universidade de Harvard não aceita o uso das sessões privadas. Harvard Law School. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge. Massachusetts. Jun. 2004.

³⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e 'Giusto Processo' (Modelli a confronto)*. Revista de Processo, São Paulo, v. 90, ano 23, p. 95-148, abr./jun. 1998.

³⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 13 do PL nº 166/10. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 6, p. 49-92, jul./dez. 2010.

³⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48, nº 190, Tomo I, p. 219-236, abr./jun.2011.

que uma ou ambas as partes não estão imbuídas desse espírito, não deverá perder mais tempo. Deverá denunciar a mediação e explicar que, em sua opinião, segundo sua sensibilidade, não foi possível continuar e, ao menos naquele momento, alcançar uma solução consensual.

Nesse sentido, é fundamental que a possibilidade das sessões privadas seja colocada pelo mediador logo no primeiro encontro, e devidamente explicada. As partes devem se sentir confortáveis com tal possibilidade, bem como seus respectivos patronos.

No entanto, é inegável que essa prática trará perplexidade aos operadores, em sede de mediação realizada nas dependências do Poder Judiciário. Não enxergamos violação ao contraditório, desde que o mediador exponha a possibilidade da realização de sessões privadas no curso do procedimento, e as partes concordem expressamente.

Questão mais tormentosa pode surgir se o advogado de uma das partes desejar estar presente na sessão privada realizada com a outra parte, invocando suas prerrogativas funcionais. Nesse caso, o ato perderia a sua razão de ser, já que, por um lado, o advogado não pode ser impedido de participar de um dos atos do processo, e, por outro, a parte não se sentirá a vontade para falar abertamente da questão com o mediador, estando presente o patrono de seu *ex adverso*.

Nessa hipótese, parece-nos que não haveria outra alternativa a não ser abortar a realização da sessão privada e, talvez, o próprio procedimento de mediação, caso o mediador não se sinta mais à vontade para conduzi-lo da forma como pretendia inicialmente.

Outra questão que pode surgir é relativa a necessidade de autorização do magistrado para a realização do *caucus*. De se observar que a Lei não impõe tal requisito, deixando ao prudente arbítrio do mediador. Caso uma das partes não concorde com a providência, novamente não haverá outra alternativa a não ser

encerrar o procedimento.

Contudo, como a prática é largamente aceita pela grande maioria dos mediadores e vem sendo introduzida nos procedimentos em curso com razoável facilidade, parece que não haverá maiores questionamentos.

3.2. ISONOMIA

Do primitivo conceito de igualdade formal e negativa (ou seja, de que o Direito não deve estabelecer diferenças entre os indivíduos), clama-se, hoje, pela igualdade material, isto é, por uma Justiça que assegure tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais (na medida de suas diferenças), conforme a máxima aristotélica, constituindo um pilar da democracia.

Em âmbito processual, significa restabelecer o equilíbrio entre as partes, e possibilitar a sua livre e efetiva participação no processo, como corolário do princípio do devido processo legal.

Também constitui isonomia assegurar acesso dos menos favorecidos numa condição de igualdade processual com os que possuem maior força econômica, política ou social.

O referido princípio é um dos pilares na configuração do processo socialmente efetivo, garantindo-se às partes igual possibilidade de fruição de todos os instrumentos processuais constitucionalmente previstos, uma vez que o desequilíbrio de forças entre as partes litigantes compromete a igual possibilidade de êxito no pleito³⁹.

Por isonomia não devemos compreender apenas a igualdade perante a lei. Essa afirmação pode gerar desvios e equívocos hermenêuticos⁴⁰. É preciso ir além e garantir uma igualdade

³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: Temas de direito processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 63/66.

⁴⁰ "esta interpretação da expressão iguais perante a lei propiciou situações observadas até a muito pouco tempo em que a igualdade jurídica convivía com a separação dos desiguais, vale dizer, havia tratamento igual para os iguais dentro de uma estrutura na qual se separavam os desiguais, inclusive territorial e socialmente. É o

substancial que, contudo, demandará uma postura mais ativa do Estado⁴¹.

É preciso garantir a igualdade de tratamento perante o órgão judicial, especificamente nos procedimentos cíveis⁴²⁻⁴³, observadas as limitações de cada um. Verificada a desigualdade, cabe ao magistrado intervir a fim de equilibrar as partes na relação processual, visando à igualdade real⁴⁴.

E isso se reproduz no ambiente da mediação. Cabe ao mediador, ao verificar a existência de um desnível de informação⁴⁵, ou mesmo eventual particularidade em um dos

que se verificava nos Estados Unidos em que a igualdade não era considerada desrespeitada, até o advento do caso *Broen versus Board of Education*. Até o julgamento deste caso pela Suprema Corte norte-americana, entendia-se nos Estados Unidos da América que os negros não estavam sendo comprometidos em seu direito ao tratamento jurídico igual se, mantidos em escolas de negros, fossem ali tratados igualmente". ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 36.

⁴¹ "a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 306.

⁴² "Para garantizar la observancia de los principios enunciados, es imprescindible que se asegure a los litigantes la igualdad de tratamiento por el órgano judicial. Esto exige, ante todo, que la conformación del procedimiento no quede sujeta al arbitrio del juez, sino que se ajuste al modo previamente instituído por la ley para los procesos en general. Una dosis razonable de 'formalismo' es necesaria como condición del justo equilibrio entre el poder del órgano judicial y los derechos de las partes, y asimismo de la uniforme aplicación del derecho material." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. Revista de Processo, São Paulo, ano 11, nº 44, 1986, p. 178.

⁴³ "Assim, tal como ocorre na vida cotidiana, o mesmo deve ocorrer no processo civil, isto é, também na área processual todos os litigantes possuem o direito e devem ser tratados de forma igual". ROSAS, Roberto. Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 38-39.

⁴⁴ Tentando demonstrar como se obtém a igualdade real, Nelson Nery Júnior leciona que "dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades." NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na CF. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

⁴⁵ Nesse sentido: Enunciado nº 34. Se constatar a configuração de uma notória situação de desequilíbrio entre as partes, o mediador deve alertar sobre a importância de

participantes, como uma dificuldade maior de falar do problema causador do conflito, ou ainda uma barreira emocional à exata compreensão da extensão do conflito, tomar as providências necessárias para reequilibrar as partes no procedimento de mediação⁴⁶.

Obviamente, há um limite ético, e aqui não custa lembrar que há um Código de Ética para os mediadores, no anexo III da Resolução nº 125/10 do CNJ.

Contudo, há uma fronteira tênue entre a decisão informada e o dever de imparcialidade. Eventual intervenção mais incisiva do mediador pode comprometer sua imparcialidade⁴⁷.

que ambas obtenham, organizem e analisem dados, estimulando-as a planejarem uma eficiente atuação na negociação. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669

⁴⁶ "O princípio autoriza, ainda, que o mediador, em respeito às particularidades distintas de cada indivíduo, atue para dar aos mediados iguais espaço e voz, através do manejo adequado das técnicas e das ferramentas de mediação – desde que dentro dos limites de suas funções, e que mantida a sua necessária imparcialidade. Cabe ao mediador, por exemplo, valendo-se de instrumentos como a drenagem da emoção, a conotação positiva do relato e a atribuição de tarefas reflexivas, contribuir para que a postura extremamente agressiva de uma das partes não provoque desequilíbrio no diálogo. Não pode o mediador, todavia, agir ativamente para suprir eventual desequilíbrio de poderes e de informações, sob pena de comprometer a sua isenção. Assim, caso verifique que uma das partes é hipossuficiente e desconhece seus direitos mais elementares, incumbe-lhe sugerir à parte que busque a consultoria de um advogado. Justamente em atenção a este aspecto da isonomia, o art. 16, parágrafo único, do Projeto estatui que se apenas uma das partes estiver assistida por profissional da advocacia, as outras poderão solicitar a nomeação de defensor ad hoc. Entendemos que, ainda que a parte que não o solicite, cabe ao mediador tomar a iniciativa de orientá-la a constituir um advogado, quando a outra estiver acompanhada de seu defensor". ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. Fundamentos: definição, alcance e princípios, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et alli. O marco Legal da Mediação no Brasil, São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

⁴⁷ Bruno Takahashi reconhece existir tensão entre o dever de estabelecer uma decisão informada e o dever de imparcialidade, sugerindo algumas formas de lidar com isso. "A forma de intervenção dependerá do equilíbrio e das necessidades das partes: se

Examinaremos, abaixo, alguns pontos que podem revelar uma tensão entre as garantias fundamentais do processo e o procedimento de mediação.

Um ponto interessante que acabará surgindo no dia-a-dia é a questão do formalismo versus a ampla liberdade das formas.

Hoje em dia, e de acordo com a técnica que se emprega na mediação, o mediador muitas vezes não é um advogado, e inicia um processo de mediação sem ter contato físico com os autos.

O certo é que o mediador se nega a ler os autos, para que sua condução do procedimento não seja influenciada de nenhuma maneira pelos elementos que já constam do processo.

3.3. INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Como se sabe, a garantia de inafastabilidade da jurisdição comporta não apenas um direito de ação, mas de próprio acesso à ordem jurídica justa, a uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

A mediação vem notadamente se destacando nesse cenário como a cura para as ineficiências dos sistemas de justiça, e ainda que seja definida como um processo voluntário, o rótulo de *boa alternativa* para a adjudicação, fez como que muitos políticos e estudiosos concluíssem que além da prática ser

elas se mostram bem informadas sobre seus direitos e conscientes das consequências de celebrar o acordo, a intervenção é desnecessária; se desprovidas de informações, mas sendo estas possíveis de obter de um profissional, o conciliador pode se valer de questionamentos, de sessões privadas ou ainda suspender a reunião para que as partes busquem assessoramento técnico; se não tiverem informações sobre os direitos envolvidos e nem condições de buscarem auxílio profissional, o conciliador poderia ele mesmo provê-las; se, por fim, se mesmo dotadas de informações, forem incapazes de organizá-las em possíveis arranjos consensuais, o conciliador poderia sugerir soluções. Para o autor, essa escalada deve ser cuidadosa, pois a intervenção mais incisiva pode ser lida como um sinal de parcialidade, ainda que, em termos éticos, assim não se considere". TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. Revista do Advogado, São Paulo, AASP, n. 123, ago./2014, p. 64.

incorporada ao ambiente jurisdicional, ela deveria ser obrigatória.⁴⁸

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial, ou seja, ocorre antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória, seja por vontade própria ou por indicação do órgão jurisdicional.

Chegamos a um extremo dialético, em que a mediação desponta numa perspectiva paradoxal: a institucionalização traz regras para ser seguidas por mediadores, juízes e demais interessados.

Além disso, impõe prazo para terminar, pré-determina os casos em que deverá ser utilizada e obriga os litigantes a se submeterem à prática mediativa. Tudo sob o pretexto de remediar a ineficiência estatal na gestão dos conflitos e o inevitável abalo à garantia do acesso à justiça.

Todo esse processo tem como essência ser voluntário, respeitando a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidental à demanda judicial, como já ressaltamos em capítulo anterior. Nesse sentido há disposição expressa na legislação brasileira⁴⁹ e portuguesa⁵⁰. Apesar da preocupação com a prestação de uma tutela adequada, a busca pela justiça deve ser por uma justiça pensada, que considere a contraposição de forças mais ou

⁴⁸ “Citizens of all counties accept regulations if they believe that as a result of that regulation “Society” will be better off. For instance in some countries bans on tobacco advertising are accepted because research has “proved” that smoking is bad for health. We pay for seatbelts in our cars (even though the government tells us we must) because research proves that seatbelts save lives.” Mandatory Mediation. LC Paper N. CB (2)1574/01-02(01). Available at: <<http://www.legco.gov.hk>>. Acesso em: 10/02/2012.

⁴⁹ Cf. art. 166, caput e §4º, CPC e art. 2º, V, Lei 13.140/2015.

⁵⁰ Cf. art. 4º, Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

menos iguais como o objetivo da ADR⁵¹.

De acordo com Comoglio⁵², há duas perspectivas fundamentais relativas ao processo: a externa, que compreende os meios de tutela alternativos, visando a evitar ou substituir o próprio processo; e a interna, que abrange os meios técnicos de tutela endoprocessual, que pressupõem o ajuizamento do processo, mas se configuram como alternativos ao seu curso regular, com base nos critérios da equidade, celeridade e economia judicial.

Feita essa análise, ele reconhece que o verdadeiro problema no que tange às garantias constitucionais está na perspectiva externa⁵³.

Com efeito, a alternativa à via jurisdicional se traduz na escolha de política judiciária que pressupõe a possibilidade de identificar alguma variável a contrapor ao modelo-base de tutela jurisdicional que possa ser identificado no procedimento cognitivo, introduzindo instrumentos e modelos processuais alternativos, mais simples, rápidos e baratos, e ainda com melhores condições de viabilizar de forma adequada a tutela diferenciada.

Por fim, podemos concluir que, ressalvadas as hipóteses da audiência de mediação nas ações de família (arts. 694 e 695, CPC) e a designação de audiência de mediação no litígio

⁵¹ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A mediação civil revisitada e aliada à jurisdição como método para resolver conflitos em direção a uma amplitude dialógica discursiva a favor da justiça. 2012. 275 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, 2012, p. 179.

⁵² COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in Revista de Processo, vol 99, p. 253.

⁵³ “Il vero problema, a quanto è facile intuire, non è tuttavia “interno” al processo (come si prospetta nella seconda dele due concezioni e prospettive poc’anzi considerate), ma è soprattutto “esterno” e si coloca piuttosto nell’ottica dela prima, avendo di mira la possibilità di garantire, a chiunque (soggetto físico o persona giuridica) abbia un “bisogno” o una “domanda di giustizia” da soddisfare, una valida tipologia di alternative stragiudiziali di tutela, capaci di prevenire o di evitare ante causam il ricorso ala dispendiosa, compressa e lenta judicial machinery, che si sviluppa nes processo contenzioso ordinário dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato”. COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in Revista de Processo, vol 99, p. 254.

coletivo pela posse de imóvel (art. 565, CPC), nas quais intenção do legislador criar uma etapa preliminar obrigatória, nas demais hipóteses vale a regra geral do art. 3º, §2º, CPC.

Dessa forma o legislador criou para o Poder Público duas obrigações de fazer: a primeira, de índole objetiva, no sentido de oferecer à sociedade mecanismos de resolução adequada de conflitos; a segunda, de natureza subjetiva, qual seja, sempre buscar em primeiro lugar a solução consensual quando for integrante do conflito. E mais, há ainda o dever de fundamentar a opção, ou não, do uso dos meios adequados, em consonância com o novo postulado da cooperação (art. 5º, CPC).

Nessa linha, o Estado-juiz deverá estimular a conciliação, a mediação e as outras formas de solução de conflitos (arts. 139, V, e 175, CPC), após o exame da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, para efeitos de concessão da tutela de urgência (art. 300, CPC).

3.4. PUBLICIDADE

Tendo como base os arts. 5º, 37 e 93, IX da CF 1988, em regra, o processo judicial no Brasil deve gozar de ampla publicidade, sendo excepcional o sigilo, mesmo para que se possam efetivar garantias fundamentais, tais como o contraditório participativo e a independência do juiz.

De outra ponta, a mediação pauta-se muitas vezes pela confidencialidade.

A confidencialidade se insere no rol das obrigações de não fazer. Trata-se da proibição imposta ao mediador e a todos os que participaram, direta ou indiretamente do procedimento, de expor a terceiros as informações obtidas durante o seu desenrolar⁵⁴.

⁵⁴ Enunciado nº 46. Os mediadores e conciliadores devem respeitar os padrões éticos de confidencialidade na mediação e conciliação, não levando aos magistrados dos seus respectivos feitos o conteúdo das sessões, com exceção dos termos de acordo, adesão, desistência e solicitação de encaminhamentos, para fins de ofícios.

Dessa forma, a confidencialidade abrange não apenas o mediador, mas também as partes (mediandos), seus advogados, quando presentes, comediadores e observadores do processo de mediação, independentemente da sua natureza e do objetivo da observação.

A confidencialidade é regra universal em termos de mediação, até porque é uma das propaladas vantagens desse procedimento, e responsável por atrair muitos interessados⁵⁵.

Ademais, a confiança é o ponto central da mediação⁵⁶. Nesse passo, a confidencialidade é o instrumento que confere este elevado grau de compartilhamento.

Assim, as partes se sentem à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e muitas vezes estratégicas, que

Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669

⁵⁵ “(...) Nos Estados Unidos, talvez seja o aspecto da mediação que é mais valorizado. Os processos judiciais, de um modo geral, são apresentados publicamente. Somente são resguardados, por segredo de justiça em função de lei ou decisão da Suprema Corte. Os mediadores estão, por dever ético, impedidos de discutir com pessoas alheias ao processo o que é revelado nas sessões de mediação, a não ser que essas revelações sejam autorizadas pelos participantes ou por ordem judicial (...)”. SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 243/244.

⁵⁶ “Otra cuestión que considero un punto muy sensible es el tema de la confidencialidad. Y es un punto sensible por diversos motivos. Como se sabe, uno de los pilares fundamentales de la mediación es el principio de la confidencialidad. El procedimiento de mediación no es de ninguna forma narrado o comentado ni al propio juez. Las personas que participan del proceso de mediación firman un compromiso de sigilo, y esta confidencialidad es necesaria para que las partes se sientan en libertad para hablar aquello que precisa ser hablado y buscar soluciones sin el temor de que lo que digan sea utilizado el día de mañana contra ellas. Entonces, por ejemplo, es aceptado en algunos ordenamientos jurídicos, que un eventual elemento de convicción que sea recibido en el proceso de mediación no puede, posteriormente, ser utilizado como elemento de prueba en un proceso judicial”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos, v.2, 2014, p. 78.

certamente não exteriorizariam num procedimento orientado pela publicidade.

Então, por exemplo, é aceito em alguns ordenamentos jurídicos, que um eventual elemento de convicção que seja recebido no processo de mediação não possa, posteriormente, ser utilizado como elemento de prova em um processo judicial⁵⁷.

Importante assentar, ainda, que a confidencialidade resguarda a proteção do processo em si e de sua real finalidade, permitindo, com isso, que não se chegue a resultados distorcidos em favor daquele que se utilizou de comportamentos não condizentes com a boa-fé⁵⁸.

Desse modo, uma vez compreendida a confidencialidade sob esses termos, verifica-se que ela se consubstancia em um importante fator de garantia de funcionalidade da própria mediação.

Não é por outro motivo que o art. 229, I, CC e o art., art. 448, II, CPC, expressamente ratificam esse entendimento, mediante a positivação do segredo profissional.

No campo penal, verifica-se que a revelação de segredo obtido em razão do exercício de profissão, ofício, função e ministério é conduta expressamente tipificada no art. 154, CP, sendo, portanto, passível de persecução criminal por parte do Estado.

⁵⁷ ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁸ “(...) Se, entretanto, fosse possível que o mediador testemunhasse em juízo sobre as informações que obteve em razão da mediação, uma parte de má-fé poderia utilizar o processo de mediação para obter uma vantagem estratégica em uma futura disputa judicial. (...) sendo permitida a oitiva de mediadores, a testemunhas, a encenação perante o mediador de fatos irreais que podem beneficiar, no judiciário, a parte responsável pelo fingimento seria de grande tentação para partes de má-fé (...) Assim, permitindo que o mediador seja testemunha, seria possível que uma parte não colaborasse com o processo de mediação e fosse premiada pelo comportamento não cooperativo, pervertendo o sistema de incentivos descrito no início desse ponto (...)”. *A Confidencialidade na mediação*. In *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol. II. André Gomma de Azevedo (org.), Brasília: Grupos de pesquisa, 2004.

As partes interessadas podem, de comum acordo, renunciar ao sigilo. Essa circunstância deve ser esclarecida, ao início do procedimento, pelo mediador.

É possível, ainda, que a divulgação seja exigida pela Lei. Será o caso, por exemplo, da mediação envolvendo a Administração Pública e seus entes (art. 32, L. 13.140/15), em razão do princípio da publicidade insculpido no art. 37, CF, ressalvadas as hipóteses cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF, e art. 3º, I, e 27 da L. 12.527/2011).

Finalmente, é possível também que a divulgação seja necessária ao cumprimento do acordo. Imagine-se, por exemplo, que ao fim da mediação as partes chegam a bom termo, e fica pactuado que uma delas deve cumprir determinada obrigação de fazer. Caso não haja o cumprimento voluntário, será preciso iniciar um processo de execução, que terá como título executivo o próprio termo de mediação (art. 784, inciso IV do novo CPC).

Em sendo necessária a execução judicial do acordo, deverá ser observado o princípio da publicidade (art. 189, CPC).

No plano subjetivo, o dever de confidencialidade alcança o mediador, as partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e quaisquer outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação. No plano objetivo, esse dever abrange: a) a declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; b) o reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; c) a manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; d) o documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação (art. 30, §1º, L. 13.140/15).

A prova apresentada em desacordo com as regras acima não será admitida em processo arbitral ou judicial (art. 30, §2º, L. 13.140/15). Trata-se de garantia à parte que se dispôs a revelar

informações, muitas vezes íntimas ou mesmo estratégicas para um futuro processo, no afã de chegar a um acordo.

Imagine-se, por exemplo, que uma das partes, de má-fé, faz a outra crer que há possibilidade de acordo. Com isso, essa outra revela uma informação até então preservada para a fase instrutória de uma eventual e futura ação judicial.

De posse da informação desejada, a outra abandona a mediação e reorganiza sua estratégia para o processo judicial, agora em situação de manifesta vantagem. Como se isso não bastasse, produz em juízo aquele elemento de prova, salientando, ainda, que o mesmo foi revelado espontaneamente pela parte adversa. Tal situação, por óbvio, não poderia prosperar.

Outra questão que, por outro motivo, pode dar lugar a certa controvérsia é a das situações limites que afetam o dever de confidencialidade por parte do mediador. Imaginem, por exemplo, que em um processo de mediação uma das partes acaba confessando que cometeu um delito; ou bem, que em um processo de mediação as emoções afloram e uma das partes, cega de raiva, perde a cabeça e inicia uma agressão física contra a outra, na presença do mediador.

O dever de confidencialidade do mediador se estende a essas duas situações-limite?

Nós temos sustentado que o mediador tem o dever de denunciar qualquer delito que venha à luz, ou que seja narrado durante o processo de mediação.

O legislador não distingue entre as hipóteses de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido (art. 30, §3º, L. 13.140/15). Aqui, o texto legal apresenta relevante falha técnica.

A exceção à confidencialidade deveria contemplar apenas as hipóteses de ação incondicionada. Isso porque, nas condicionadas, sempre haverá, pelo menos até a sentença, a possibilidade de retratação por parte do ofendido, o que é bastante comum, sobretudo nas hipóteses que se submetem ao

procedimento dos juizados especiais criminais, como é o caso da ameaça, da lesão corporal e da lesão culposa na condução de veículo automotor.

Cremos, ainda, que o dispositivo deve ser interpretado restritivamente, a fim de alcançar apenas os crimes não sujeitos à causa de extinção da punibilidade. Assim, se houver alguma das hipóteses previstas no art. 107, CP, não deve haver rompimento da confidencialidade. Podemos citar como exemplos os fenômenos da prescrição, da decadência ou mesmo da morte do agente. Além disso, temos para nós que o dispositivo deveria abranger, também, notícias de atos de improbidade administrativa (L. 8.429/92). Tal afirmação se justifica na medida em que tais condutas são, na maioria das vezes, mais graves e com maior potencialidade lesiva do que certos crimes sujeitos à ação penal pública condicionada. Ademais, o art. 17, § 1º da referida lei não permite qualquer tipo de acordo ou consenso em matéria de improbidade.

O art. 30, §4º, L. 13.140/15 vem preencher lacuna então existente, e que já ocasionou conflitos entre o Fisco e contribuintes ligados às câmaras arbitrais. De fato, não nos parece razoável que o manto da confidencialidade possa ser estendido a ponto de ocultar da autoridade fiscal a movimentação financeira da câmara ou mesmo do mediador passível de incidência de tributos, como é o caso do imposto de renda ou mesmo do imposto sobre serviços.

A confidencialidade é aplicável às sessões privadas que podem ser conduzidas pelo mediador durante o procedimento da mediação (art. 31, L. 13.140/15).

Denominadas *caucus* por parte da doutrina, e abominadas por algumas escolas de mediação, como o tradicional P.O.N. da Harvard Law School, as sessões privadas são utilizadas pela maioria dos mediadores como valioso instrumento para a equalização e balanceamento do procedimento, sobretudo quando o profissional percebe que as partes estão em diferentes pontos de

compreensão e entendimento, ou mesmo quando há indícios de que apenas uma delas está agindo de forma colaborativa.

As sessões privadas também são bastante utilizadas para que o mediador, juntamente com apenas uma das partes e seu advogado, conduza, junto com eles, o chamado “choque de realidade”, com o objetivo de fazer com que aqueles envolvidos analisem a fundo as consequências de seu comportamento durante o processo de mediação e as opções existentes caso não se atinja um consenso com a outra parte.

Toda e qualquer informação revelada na sessão privada não pode ser compartilhada com os demais personagens da mediação, salvo se houver expressa autorização daquele que a disponibilizou. E Isso assume uma especial relevância e, ao mesmo tempo, cria uma tensão a mais, na mediação judicial.

Como se vê, a confidencialidade na mediação aparece de duas formas: no ofício do mediador, no que se refere às informações reveladas nas sessões privadas, e quando aplicada a todos os que estiverem presentes às sessões de mediação, como forma de preservar os atores daquele processo de qualquer exposição pública acerca da disputa ali travada.

Em ambas as situações, verifica-se a importância da confidencialidade para o processo de mediação e para a construção de confiança entre as partes e entre elas e o seu mediador. No entanto, somente a prática no Brasil dirá se a confidencialidade será de fato um dos princípios norteadores da mediação, ou se será excepcionada, como em casos, por exemplo, envolvendo entes públicos ou interesses de grande número de pessoas.

3.5. MOTIVAÇÃO

A motivação é uma justificação racional sobre a decisão, elaborada após a realização desta, cujo objetivo é permitir o controle sobre a racionalidade da própria decisão⁵⁹. Afirmo, ainda,

⁵⁹ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. 2. ed. Bologna: Editorial Trotta,

que o juiz não apresenta na motivação todas as razões que o levaram a decidir em um determinado sentido, mas apenas aquelas que são aceitáveis pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Assim, a fundamentação “é o discurso em torno das razões com base nas quais o juiz apresenta a decisão como aceitável”⁶⁰.

Por fim, observa que a motivação exerce uma função em relação às partes, caracterizada sob três aspectos: persuadir os sujeitos parciais da justiça da decisão, facilitar a caracterização dos defeitos da decisão que podem ensejar a sua impugnação através de recurso e permitir a interpretação do dispositivo da sentença, definindo e individualizando o conteúdo e o alcance da decisão, com base nas afirmações do juiz⁶¹.

Os métodos hermenêuticos tradicionais, tais como a interpretação gramatical, sistemática ou teleológica, não são suficientes quando se trata de interpretar princípios constitucionais, tendo em vista o elevado grau de abstração destas normas⁶².

2005, p. 435.

⁶⁰ GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile*. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, pp. 306-327, fev. 2007.

⁶¹ QUEIROZ, Pedro Gomes de. A Motivação da Sentença Civil no Estado Democrático de Direito, Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XI, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>.

⁶² "Ainda no que se refere às partes, a exposição dos motivos da decisão funcionaria como um aspecto facilitador da valoração da pertinência de uma impugnação, além de melhor auxiliar na identificação dos vícios que padecem o pronunciamento. Neste teor, a motivação se mostra como um verdadeiro fator racionalizador da decisão, justamente ao permitir um melhor e mais amplo controle, pelas partes, da decisão proferida. Todavia, eventual impugnação da sentença pode não decorrer dos vícios presentes na fundamentação da decisão, como nos casos dos vícios processuais – denominados erros in procedendo. A crítica denota a falibilidade de se restringir o dever de motivação à esta função – acrescente-se, ainda, que as críticas alhures realizadas sobre as decisões não recorríveis também se subsume para este caso. Outra função da motivação relacionada com as partes do processo é aquela decorrente da exata definição e enquadramento do direito afirmado pelo juiz, além da extensão de seus efeitos. Assim, através da exposição das razões, é possível verificar se o magistrado individuou corretamente o conteúdo da decisão, tudo conforme os fatos e direitos afirmados pelos

Assim, quando, por qualquer motivo, o órgão jurisdicional precisa interpretar tais princípios, deve utilizar os métodos e os postulados normativos da hermenêutica constitucional⁶³.

Na maioria dos processos, o poder do juiz é vinculado a normas pré-estabelecidas, cânones interpretativos, precedentes, regras de procedimento, etc. Nesses casos, a solução do processo é predeterminada de maneira unívoca, não havendo espaço para opiniões contrárias razoáveis. Existe uma única solução legítima que o juiz deve acolher, sem margens de escolha⁶⁴.

Entretanto, em uma minoria de casos, habitualmente os mais complexos, o ordenamento jurídico atribui ao juiz um espaço de ação em que deve escolher, dentre as possíveis e legítimas alternativas de juízo, aquela que considere a mais adequada. Nessas hipóteses, o conteúdo da decisão não é vinculado ou predeterminado, sendo o juiz depositário de um poder discricionário. Consequentemente, cria a *regulae juris* do caso concreto.

Assim, em razão da referida ampliação dos poderes do

contendores. Impede-se que o magistrado possa fugir das raias do processo e do direito, vetando-o, também, na possibilidade de que sua decisão produza efeitos para fora dos limites do pleiteado – eis o controle de legalidade da decisão. Notório destacar que esta função não se relaciona diretamente com a impugnação da decisão, haja vista que tem por finalidade a determinação objetiva do julgado". OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XII, 2013, p. 36, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>, acesso em 20 de dezembro de 2013.

⁶³ “È anzi próprio in questo contesto complessivo che l’obbligo di motivazione si trasforma da prassi in regola giuridica, e da regola giuridica più o meno occasionale in principio generale che contribuisce alla razionalizzazione del sistema di amministrazione della giustizia. (...) Non si tratta tuttavia di un fenomeno unitario, e coerente nelle sue ragioni politico-giuridiche: esso emerge infatti in situazioni storiche fortemente differenziate, sicché, all’interno del fenomeno generale di razionalizzazione del sistema che ho appena richiamato, si manifestano concezioni diverse, e per conseguenza diverse discipline normative, dell’obbligo di motivazione.” TARUFFO, Michelle. Il Significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (Coord.). Partecipação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 275.

⁶⁴ PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16.

juiz, é preciso dar especial atenção a mecanismos que permitam eliminar da discricionariedade do juiz o perigo de abuso e de arbítrio. O poder absoluto se revela subtraído de qualquer controle e tendencialmente arbitrário.

O poder discricionário, exatamente porque limitado, visa a evitar os perigos do subjetivismo e da degeneração em arbítrio. Por isso, o respeito aos limites por parte do juiz é submetido a um controle externo. O poder discricionário do juiz caracteriza-se, assim, como um poder limitado e controlável.

O poder discricionário do juiz é controlável sob o plano da logicidade. Tanto o dever de publicidade quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo, constituem os trâmites necessários para verificar se o juiz exerceu ou não corretamente o poder discricionário⁶⁵.

Dessa forma, o juiz deve sempre justificar, em sua motivação, porque atribuiu um determinado o sentido ao conceito jurídico indeterminado utilizado como razão de decidir, bem como de que maneira o referido conceito se relaciona com os fatos jurídicos que foram provados no processo.

De se observar que os precedentes, a jurisprudência e o argumento de autoridade podem ser usados no contexto do raciocínio justificativo, como expediente retórico-persuasivo de reforço, cumprindo o papel de mero *obiter dictum*. A jurisprudência pode ainda ser usada quando for expressão sintética de princípios gerais do senso comum que vão ajudar a compor a justificação da decisão. Em todo caso, a citação do precedente não substitui a motivação, representando somente um dos seus elementos⁶⁶.

⁶⁵ PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 21.

⁶⁶ "A jurisprudência é sempre a revelação de um comando normativo incidente sobre uma situação fática e valorativa pretérita. A sua aplicação às situações futuras não pode ser cristalizada em enunciados abstratos e genéricos, como eram os assentos portugueses ou são as súmulas brasileiras, mas deve resultar de uma rigorosa comparação dos casos, para assegurar que se está diante das mesmas circunstâncias fáticas e axiológicas que justifiquem a extensão do enunciado anterior ao caso posterior. Por isso, no sistema do *stare decisis*, embora baste apenas um precedente para influenciar

O uso de precedentes ou da jurisprudência ou o emprego retórico do argumento de autoridade não apresentam qualquer problema se tiverem, no contexto do raciocínio justificativo, o papel de mero *obiter dictum*, como expediente retórico-persuasivo de reforço, ou quando a jurisprudência é a expressão sintética de princípios gerais acolhidos pela opinião geral, que vão ajudar a compor a justificação da decisão.

O princípio da motivação pode gerar alguma tensão no procedimento de mediação.

os julgamentos futuros, comparam-se rigorosamente todas circunstâncias do precedente e do novo caso para assegurar a absoluta identidade de situações a justificar a incidência da mesma regra. A jurisprudência não é cristalizada em um postulado abstrato, mas em um acórdão inteiro, com todas as suas particularidades, tal como o exigia o Supremo Tribunal Federal para a caracterização do dissídio jurisprudencial no antigo recurso extraordinário (Súmula 291), consoante a regra de comparação hoje inscrita no parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil. [...] Daí o anacronismo do sistema do assento ou da súmula, que extrai dos julgados em que se baseia um enunciado genérico e abstrato, que dificulta a comparação dos casos confrontados no momento da invocação dos precedentes e corre o risco de conferir a esse enunciado completa independência, vida própria, e eficácia normativa que não mais emana da lei, mas da própria súmula por si mesma, como fonte autônoma, e não mais simplesmente complementar, de direito. Para evitar esse risco, a edição da súmula é sempre acompanhada da referência aos julgados dos quais se originou e com esses julgados é que deve proceder-se a comparação dos casos futuros, para justificar a legítima invocação da súmula como fonte de doutrina legal. Daí considero lícito extrair uma conclusão: a súmula, cujo enunciado não corresponder rigorosamente às rationes decidendi dos precedentes de que decorreu a sua formulação, constitui um verdadeiro abuso de poder do tribunal que a edita e não pode ser imposta como critério de uniformização de jurisprudência ou de aplicação das regras privilegiantes acima enumeradas, sob pena de dar força normativa a uma simples decisão administrativa de um tribunal superior. Não é mais a jurisprudência a fonte da doutrina, mas a arbitrária prescrição normativa dos membros do Tribunal que redigiram a súmula. A doutrina e os juízes e tribunais inferiores aos quais competir dar aplicação à súmula deverão exercer a indispensável vigilância e o necessário controle do respeito a esses critérios e limites na sua elaboração, sob pena de transformarem-se os Tribunais Superiores em legisladores. Não é demais ressaltar a fragilidade da fundamentação das decisões dos Tribunais Superiores brasileiros como precedentes jurisprudenciais e fonte de doutrina, quando se sabe que os acórdãos não são mais conferidos colegiadamente, mas redigidos apenas pelo seu relator que, muitas vezes, sequer lê o seu voto perante os seus pares". GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 05 abr. 2013.

Em primeiro lugar, porque não há fundamentação no termo de acordo. Toda a lógica e o diálogo desenvolvido pelas partes no curso do procedimento não fica registrado, formalmente, na ata de encerramento do procedimento e nem no termo de acordo que vier a ser redigido. O juiz simplesmente o homologará, salvo a hipótese em que vislumbrar algum vício formal.

Nesse mesmo sentido, o magistrado também não terá como fundamentar analiticamente sua decisão homologatória, eis que não teve acesso aos motivos que levaram as partes a chegar àquele acordo específico.

Pode até ocorrer que as partes nem desejem a homologação, mas simplesmente o arquivamento do processo (art. 28, § único, L. 13.140/15). Nessa hipótese, parece-nos, não apenas pela inteligência desse dispositivo, mas sobretudo pelo alcance do art. 10, CPC/15, não poderá o magistrado determinar a homologação *ex officio*, mesmo que invoque o art. 488, CPC.

Ademais, esse acordo poderá englobar pessoas ou objetos que não estavam descritos na petição inicial (art. 515, § 2º, CPC) ou poderá ser celebrado extrajudicialmente, com o posterior requerimento de homologação (art. 784, IV, CPC).

Outro ponto que pode suscitar algum desconforto é a possibilidade de o acordo afrontar, ainda que em parte, teor de precedente estabelecido pelos Tribunais, (art. 927, CPC). Esse ponto será examinado no capítulo referente à pacificação e os mecanismos de uniformização de jurisprudência, mas desde já anotamos que não nos parece haver um conflito real de normas.

Em outras palavras, é possível que as partes, por livre e espontânea vontade, afastem a incidência não apenas de um precedente, mas também de uma Lei. Nesse sentido, aderimos à ideia de que a expressão norma jurídica (art. 966, V, CPC) engloba tanto a Lei em sentido formal, como os precedentes (art. 927, CPC).

3.6. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A consagração do direito à duração razoável do processo como um direito fundamental pela CF fez com que o princípio deixasse de ser considerado uma subespécie de outros princípios, ou mero acessório da efetividade processual. Assim, o processo poderá ser efetivo, ainda que não tramite durante lapso temporal razoável.

O princípio da duração razoável do processo é parte do denominado "processo justo" que engloba outros princípios e garantias que regem o processo civil.

Ao analisarmos o princípio geral do prazo razoável, devemos observar as peculiaridades do caso e a complexidade das questões deduzidas⁶⁷.

De fato, podem haver diversos conflitos entre a garantia da duração razoável do processo e as demais garantias constitucionais⁶⁸.

É extremamente difícil, para não dizer impossível, conciliar o ideal de celeridade processual com a preservação das garantias básicas para as partes⁶⁹.

⁶⁷ "O prazo razoável conta, em processo civil, desde a data da propositura da acção até ao termo do processo, mas pode mostrar-se excedido no decurso deste, nomeadamente quando ele se mantenha por um período significativo completamente parado. A sua duração só em concreto pode ser apreciada, tidas em conta as circunstâncias do caso, sendo de atender, designadamente, à complexidade da causa aos interesses em jogo e à contribuição que as partes possam ter dado para a demora do processo. À conclusão sobre a imputabilidade ao Estado do excesso de prazo, com a consequente constituição da obrigação de indemnizar, é indiferente que para tal tenha contribuído apenas o tribunal ou também o poder legislativo ou administrativo". LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 126-127. Sobre o ponto, cf.: PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

⁶⁸ TARZIA, Giuseppe. *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2001, p. 20-22.

⁶⁹ "Também se lê na Constituição, e desde o seu primeiro momento de vida, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, inciso LV). A norma introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 terá de conviver com essa e não poderá fazer dela tábua rasa. Um processo informado por

Nessa dimensão, a inclusão da exigência de um processo justo, na Itália, com a alteração do artigo 111 da Constituição, impôs um reexame do complexo tema das garantias das partes no processo, em busca do difícil equilíbrio entre garantia e eficiência. Deve-se registrar que há muitos problemas envolvendo a lentidão da prestação jurisdicional naquele país⁷⁰⁻⁷¹.

A razoável duração dos processos é garantia de tipo estrutural ou objetiva, tendo como principal destinatário o

preocupações garantísticas necessariamente será menos rápido que um processo que as ponha de lado. No terreno penal, por exemplo, alguém poderia ser tentado a enxergar a imagem por excelência da rapidez no linchamento do suspeito: julgamento instantâneo e execução imediata; mas é muito duvidoso, felizmente, que se proponha com êxito semelhante modelo à consideração dos legisladores contemporâneos". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 377.

⁷⁰ PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. In: *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi. Napoli: Jovene Editore S.P.A., 2003, p. 656.

⁷¹ Sobre a problemática da duração razoável do processo na Itália e os reflexos das decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, remetemos o leitor a SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 2, jan./dez. 2008. p. 194. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>. Acesso em: 15 fev. 2011. Sobre o ponto, foram consultados e referidos, dentre outros: CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: *Il processo civile nello stato democratico*. Saggi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 27-68; FOCARELLI, Carlo. Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della convenzione. Padova: CEDAM, 2001; RECCHIA, Carlo. Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione. Milano: Giuffrè Editore, 2006; ROMANO, Giovanni; PARROTTA, Domenico Antonio; LIZZA, Egidio. Il diritto ad un giusto processo tra corte Internazionale e corte nazionali. L'equa riparazione dopo la legge Pinto. Milano: Giuffrè Editore, 2002; BARBUTO, Mario. L'"emergenza Pinto" e l'esperienza del tribunale di Torino. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it>. Acesso em: 6 mar. 2009; DI NICOLA, Francesco de Santis. Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell'"equa riparazione" per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it>. Acesso em: 6 mar. 2009. Cf., ainda: HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 571-590.

legislador ordinário⁷². Nesse sentido, houve a constitucionalização do princípio da economia processual⁷³, eis que a outra face da duração razoável é justamente a otimização dos recursos disponíveis⁷⁴, evitando-se atividades processuais inúteis⁷⁵.

Assim, se o sistema falha em garantir a duração razoável dos processos, o direito de ação dos cidadãos resulta vulnerado⁷⁶, restando violado um direito subjetivo de matriz constitucional⁷⁷.

Na evolução histórica do acesso à justiça no Brasil, sempre houve uma preocupação clara em buscar um procedimento célere⁷⁸.

O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva, sendo a demora no julgamento incompatível com a noção de segurança jurídica⁷⁹.

⁷² COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisprudenza. Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice? *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2009. p. 1.695.

⁷³ GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 162.

⁷⁴ PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. v. 1, p. 432.

⁷⁵ SANTIS, Francesco de. La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: "percorsi" per un processo d'inizio secolo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2009, pp. 875/896.

⁷⁶ CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, pp. 142-147.

⁷⁷ RECCHIA, Carlo. Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 36.

⁷⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 48.

⁷⁹ "A jurisdição deve assegurar a quem tem razão o pleno gozo do seu direito durante o máximo tempo possível. O ideal seria que esse gozo fosse assegurado durante todo o tempo de duração do próprio direito, desde o seu nascimento até o seu desaparecimento. Mas, se já ocorreu a lesão, essa garantia absoluta será materialmente impossível. Ademais, a jurisdição necessita de um tempo, por menor que seja, para ser exercida. A curta demora que a tutela efetiva pode tolerar é apenas aquela que resulta da

As questões que tornam o Judiciário mais lento na entrega da prestação jurisdicional refletem a insatisfação social com as mazelas públicas levadas ao Judiciário, avolumando o número de processos.

Na intenção de solucionar a questão da morosidade foram criados mecanismos de simplificação e adoção de institutos que relegaram a segundo plano "a preocupação com a qualidade das decisões" e permitiram a supressão das garantias fundamentais do processo.⁸⁰

Daí que a forte pressão por celeridade processual não garante uma prestação jurisdicional satisfatória. Os meios criados para agilizar as decisões no volume cada vez maior de demandas acabam por suprimir outros direitos.

Ao tratar do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o CPC traz em suas normas fundamentais de que é dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos, devendo a conciliação, mediação e outros métodos serem estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do *Parquet*.

Nesse sentido, tanto a L. 13.140/15⁸¹, como o art. 334,

necessidade de assegurar ao adversário o pleno exercício de sua defesa, ainda assim na medida em que não se ultrapasse o limite em que seja lícito exigir o sacrifício do interesse cuja tutela se afigura urgente, e da necessidade de assegurar ao próprio juiz uma cognição adequada. O tempo perdido nas longas esperas de distribuição, julgamento, publicações, redação de acórdãos etc. é absolutamente infquo". GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 269.

⁸⁰ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (Coord.). O novo código de processo civil: o projeto, CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier Editora, 2012, p. 7.

⁸¹ "Se não houver previsão contratual completa, a própria lei estabelece alguns parâmetros, listados no art. 22, § 2º: (i) o prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses para a realização da primeira reunião, contados a partir do recebimento do convite; (ii) um local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; (iii) a forma de escolha do mediador; e (iv) a sanção de condenação, da parte que faltar à reunião, ao pagamento de cinquenta por cento das custas e

caput, CPC, trazem prazos específicos para a realização das tentativas de acordo, seja por meio de audiências de conciliação ou de sessões de mediação.

Aqui, é relevante chamar a atenção para alguns dispositivos, CPC, sem esquecer as diferenças estruturais entre os institutos da mediação e da jurisdição estatal⁸².

Entre os requisitos exigidos para a petição inicial, deve constar a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII, CPC), destacando-se uma permissão expressa no CPC para que o autor tenha certa autonomia quanto ao rito processual⁸³.

honorários sucumbenciais, caso venha a ser vitoriosa em procedimento judicial ou arbitral posterior. Essa mesma sanção deve ser também aplicável à parte que ajuizar diretamente a ação judicial ou requerer a instauração de arbitragem sem atender à cláusula de paz. A princípio, a existência da cláusula não impede o prosseguimento do procedimento judicial ou arbitral, a não ser que as partes expressamente o convenionem, na forma do que dispõe o art. 23". ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. Cap. II. Fundamentos, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. HALE, Durval. CABRAL, Trícia. [organizadores]. O Marco Legal da Mediação no Brasil, São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

⁸² "Por fim, o tempo do processo é um tempo contínuo, possuindo um começo e um fim. Vive-se até o fim. Além disso, avista-se a temporalidade processual como um procedimento ordenado de modo que cada um possui o seu lugar e cada coisa acontece há seu tempo: é essa a ordem do ritual judiciário. Todo juiz dá uma certa liberdade para adequar essa ordem às especificidades do processo, prerrogativa que não é atribuída às partes, por exemplo. Ainda, observa-se que o tempo é muito mais "longo" para as partes (especialmente o acusado) do que para os profissionais da justiça. Muitas vezes, ele (o acusado) esperou longamente para que o tempo "passasse". (...) Observa-se que o tempo da ritualidade judiciária evoca o tempo do Direito. Assim como o tempo judiciário, o Direito, ao assimilar textos provenientes de épocas diferentes, parece ser insensível ao tempo. Sublima a perenidade para proporcionar à sociedade uma atualidade eterna. Integra o passado num presente eterno. Contra a corrupção do tempo, o Direito afirma a sua inesgotável capacidade de auto-regeneração, de sublimação do caráter finito da História. Portanto, luta contra o abandono trazendo a cada grupo social a possibilidade de se reproduzir sem ser afetado pelo tempo. É o "não-tempo" do Direito". SPENGLER, Fabiana. O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VIII, julho/dez 2011, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>.

⁸³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei nº 13.140/2015, in Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 12, nº 46. Jul./Set. de 2015, p. 130.

Tem havido alguma discussão acerca desse requisito. Por exemplo: o que deve o magistrado fazer se o autor simplesmente silencia quanto a essa opção, ou seja, não manifesta nem o desejo de realizar a audiência e nem pede expressamente a supressão desse momento processual? Entendemos que o magistrado deverá presumir que há intenção de acordo (ou pelo menos possibilidade), já que essa é a tônica do CPC.

Não enxergamos necessidade de despacho para emenda da inicial nem, muito menos, hipótese de rejeição da mesma.

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de manifestações diversas das partes quanto a realização da audiência. Ou seja, o autor, por exemplo, pede ao juiz, expressamente, na inicial, que o ato não seja designado a fim de não causar atraso desnecessário na prestação jurisdicional, ao passo que o réu silencia ou mesmo apresenta petição nos autos requerendo a designação da audiência.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que a audiência não será realizada apenas na hipótese em que ambas as partes não desejarem tentar o acordo⁸⁴.

Na realidade, nesses casos, o magistrado deva ter discricionariedade para avaliar se a audiência de conciliação ou de mediação será útil ou não, diante do que consta dos autos.

Sustentamos, ainda, que essa decisão é irrecorrível, em qualquer hipótese. Assim sendo, poderia o juiz: a) designar a audiência, mesmo quando uma ou até mesmo ambas as partes se manifestam pela não realização do ato; b) designar audiência diversa da requerida (o autor pede mediação e o juiz entende que aquela hipótese será adequadamente enfrentada numa conciliação); e c) não designar a audiência, quando uma ou ambas as partes desejam a realização da audiência, mas o juiz entende que o ato é desnecessário (porque, por exemplo, as partes tem um longo histórico de conflitos e nunca foi demonstrada intenção de, verdadeiramente, resolver o problema), ou incide a figura do

⁸⁴ Enunciado nº 61 da ENFAM.

art. 334, § 4º, II, CPC, c/c art. 3º, § 2º, parte final, L. 13.140/2015, ou seja, trata-se de um direito indisponível não transacionável.

Não custa lembrar que o art. 334, CPC, não prevê apenas uma audiência de conciliação formalista e genérica. Isso, aliás, tem sido um efeito colateral do aumento exponencial das causas submetidas ao Judiciário e que precisa ser, urgentemente, tratado.

De nada adiante designar uma audiência, que dure menos de quinze minutos, na qual um conciliador indague se há possibilidade de acordo ou não e, de forma apressada e superficial, faça constar isso num termo e dispense as partes, chamando, imediatamente, o próximo caso de uma longa e quase interminável relação.

É preciso, em primeiro lugar, identificar qual a técnica mais adequada àquele conflito e, efetivamente, empregar esforços na tentativa real de buscar o acordo, compreendendo melhor as causas, limites e desdobramentos daquele litígio⁸⁵.

Na realidade, o dispositivo apresenta duas possíveis audiências (de conciliação ou de mediação). Como vimos acima, a conciliação terá preferência nos casos em que não haja vínculo anterior entre as partes, de modo que o conciliador pode recomendar alguma solução para a disputa; a mediação será indicada para as situações em que já exista esse vínculo, sendo a atuação do mediador no sentido de auxiliar as partes a, reconhecendo os interesses em conflito, encontrar por si mesmas a melhor resolução (art. 165, §§ 2º e 3º, ~~CPC~~) e, enfim, preservar, dentro do possível, esse vínculo.

A ideia em torno dessa primeira audiência, antes mesmo da citação, é oportunizar a solução adequada, dispensando a necessidade da resposta do réu e a consequente decisão sobre o

⁸⁵ PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334, CPC e a nova sistemática do acordo judicial, in LUCON, Paulo Henrique dos Santos et alli. Processo em Jornadas, Juspodvm: Salvador, 2016, p. 450.

mérito.

A pacificação do conflito de forma mais harmônica e menos traumática é o real objetivo da mediação. O encontro de uma solução por meio dessa modalidade tende a diminuir, inclusive, o surgimento de novos processos entre as partes, que acabam por descobrir a sua própria forma de resolverem problemas em comum ou, ao menos, de conviverem da forma menos traumática possível com uma situação que não tem solução, ao menos, a curto prazo.

Se for caso de litisconsórcio, o juiz deverá oportunizar a manifestação de todos, independentemente da obrigatoriedade de litisconsórcio (facultativo ou necessário) e do regime (simples ou unitário).

E aqui se coloca uma interessante questão que surgiu ainda sob a égide do CPC/73: quando o juiz não designar data para audiência, ocorrerá nulidade? Segundo Fredie Didier Jr., só haveria nulidade se ocorresse prejuízo para a parte. O autor ainda sustentava que dificilmente o prejuízo ocorreria, pois haveria sempre a possibilidade de correção de eventuais defeitos. Assim, por exemplo, poderia haver a designação de data para a realização da audiência ou tentativa de conciliação na abertura da audiência de instrução e julgamento⁸⁶.

Leonardo Greco⁸⁷ entendia que a ausência da audiência não acarretaria nulidade absoluta do processo, pois a própria lei processual previa a possibilidade da sua dispensa. Apesar de o entendimento fazer referência ao CPC/73, o CPC também prevê a dispensa (art. 334, §4º).

Por outro lado, note-se que a decisão que designa (independentemente da modalidade – conciliação ou mediação), bem como a que não designa audiência é irrecorrível, pois é interlocutória, e não está contemplada no rol do art. 1.015, CPC.

⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Salvador: Juspodvm, 2008, p. 506.

⁸⁷ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 98.

Ademais, a atividade conciliatória não preclui, podendo ser renovada por iniciativa do magistrado ou mesmo pela vontade das partes, a qualquer momento, dentro ou fora da relação processual.

Podemos afirmar, dessa forma, que não haverá nulidade na hipótese de não designação de audiência de conciliação ou de mediação.

Mas, por outro lado, poderemos ter alguma dificuldade no caso da designação de audiência, com a consequente homologação de acordo, no caso de direitos indisponíveis não transacionáveis. Vejamos essa situação com mais detalhes.

Como já foi dito, o art. 334, CPC admite a designação de audiência de conciliação ou de mediação sempre que se tratar de direitos que admitam autocomposição.

Não se pode confundir os direitos que não admitem autocomposição com aqueles indisponíveis, mesmo porque há direitos indisponíveis que admitem transação, tais como alimentos e guarda de filhos (art. 3º da Lei nº 13.140/2015). Nesses casos, o acordo vai se referir não ao conteúdo do direito material, mas à forma do seu exercício.

Ressalva, porém, que tais acordos devem ser feitos em juízo ou extrajudicialmente, mas necessariamente estarão sujeitos à homologação judicial. Nesse último caso, a homologação judicial funciona como requisito de validade do ato, devendo, ainda, ser ouvido o Ministério Público (art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/15).

Assim, caso seja feito acordo sobre direito indisponível não transacionável, teremos uma hipótese de nulidade absoluta. Por outro lado, caso haja avença sobre direito indisponível transacionável, a homologação judicial é condição de eficácia desse acordo, mas não de validade.

As partes poderão ser representadas por um preposto, que deve ter poderes especiais para transigir. Esses poderes são expressos na carta de representação (art. 118, CC).

O preposto apenas pratica atos de natureza material, nada postula em nome da parte. É semelhante à figura do mandato, cujo poder do mandatário é demonstrado pelo instrumento denominado procuração.

No caso específico da mediação, recomenda-se o comparecimento pessoal das partes, pois, diante das peculiaridades do conflito, apenas as próprias partes poderão contribuir na busca de uma solução eficaz de consenso.

Em caráter excepcional, poderá o juiz homologar acordo celebrado entre as partes em audiência, se ambas ou uma delas estiver desacompanhada de advogado. Nesse caso, o juiz deverá exercer exame minudente da legalidade da avença e se certificar que as partes, apesar de leigas, compreenderam exatamente o alcance e as consequências do acordo.

Poderá, ainda, se assim entender, suspender a homologação por um determinado período, para que as partes consultem advogado ou defensor público. Tais providências vêm ao encontro dos princípios da consensualidade e da duração razoável do processo.

Preenchidos os requisitos da petição inicial e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará a audiência de conciliação ou de mediação, com pelo menos trinta dias de antecedência.

Temos sustentado que tal dispositivo aplica-se apenas aos processos cognitivos. Não vemos cabimento (até mesmo por falta de previsão legal expressa e por incompatibilidade de ritos) na designação dessa audiência, como regra, nos processos de execução, salvo requerimento expresso das partes ou situações excepcionais, que deverão ser objeto de despacho devidamente fundamentado pelo juiz da causa.

O prazo para intimação do réu para a audiência é de no mínimo 20 vinte dias antes da data designada. É necessário que ambas as partes estejam acompanhadas por advogados ou defensores públicos.

Se qualquer uma das partes não comparecer à audiência e nem mesmo enviar procurador com poderes específicos para negociar e transigir, praticará ato atentatório à dignidade da justiça, não sendo o caso de revelia, estando sujeita à multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida, a ser revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, §8º, CPC).

A presença de um conciliador ou mediador, onde houver, é indispensável. Este poderá realizar mais de uma sessão, quando apenas uma não for suficiente para composição das partes, mas o tempo entre a primeira e a última sessão deve ser de no máximo dois meses, de modo a compatibilizar o tempo necessário para a tentativa de autocomposição e o princípio da razoável duração do processo.

Da mesma forma, o intervalo entre as audiências não pode ser inferior a vinte minutos, viabilizando tempo mínimo para uma efetiva tentativa de autocomposição.

Por fim, alcançada a autocomposição¹⁰, esta será reduzida a termo e homologada por sentença (art. 334, §11, CPC).

Como visto, por um lado, a audiência do art. 334, CPC representa grande avanço e inovação se comparada com a audiência preliminar do art. 331, CPC/73. Isso se dá por três razões: a) a audiência agora ocorre antes da apresentação da resposta do réu, sistemática já adotada pelos Juizados Especiais e no procedimento sumário, agora excluído de nosso ordenamento; b) a audiência passa a contar com a nova ferramenta da mediação, ao lado da conciliação, sendo interessante lembrar que, a teor do art. 175, CPC, outras técnicas ou métodos podem ser adotados, sobretudo em questões mais sensíveis, como as que normalmente ocorrem em varas de família, órfãos e sucessões, crianças e adolescentes, e idosos; c) a extensão do acordo é mais bem definida, sobretudo com o auxílio do art. 3º da Lei nº 13.140/15 que trata dos direitos disponíveis (sempre transacionáveis) e indisponíveis (transacionáveis ou não).

Na seara coletiva, o art. 174, CPC c/c o art. 32 da Lei nº

13.140/15 expandem ainda mais esses limites para questões envolvendo a Fazenda Pública e os termos de ajustamento de conduta da tutela coletiva (art. 5º, § 6º, L. 7.347/85).

Por outro lado, podemos identificar, ao menos, três pontos que poderiam ter sido aperfeiçoados:

a) como regra geral, o réu deveria levar a contestação nessa audiência, como ocorre no sistema dos Juizados Especiais. O sistema de contagem do prazo da contestação (art. 335, CPC) acaba privilegiando o réu que tem o manifesto propósito protelatório. Além de os prazos serem contados em dobro, se a audiência for redesignada ou tiver que continuar em outra data, o prazo para contestar sequer começará a fluir.

Talvez um sistema em que a regra geral fosse a mesma dos Juizados Especiais, mas que pudesse ser temperado pelo magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto e/ou em determinadas situações pré-definidas pelo legislador, como, por exemplo, processos envolvendo incapazes e causas complexas, como certas questões societárias e fazendárias.

b) a multa de dois por cento, prevista no § 8º do art. 334, CPC acaba sendo, na grande maioria dos casos, de valor irrisório.

Por que não usar, pelo menos, os mesmos critérios previstos nos arts. 77 e 81, CPC, já que a busca do consenso é um dos pilares centrais do novo ordenamento? O dispositivo, da forma como restou redigido, não contribui, efetivamente, para a consolidação da política pública de solução adequada de conflitos, preconizada pela Resolução CNJ nº 125/2010.

c) ainda na linha de priorizar o consenso, evitando sobrecarregar o Poder Judiciário com uma atividade que poderia (e deveria) ser realizada antes do ajuizamento da demanda, o art. 334, CPC⁸⁸ (ou mesmo o art. 319) deveria dispor no sentido de

⁸⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Considerações sobre a audiência de conciliação e de mediação no CPCde 2015 e os acordos nos juizados especiais criminais, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. JARCZUN, Julliana. A influência do novo CPC e da Lei de mediação nos juizados especiais criminais: a justiça restaurativa, a

que o autor que comprovasse documentalmente que já tentou resolver amigavelmente aquele litígio, por qualquer meio legítimo, poderia requerer a dispensa da audiência e a imediata citação do réu. Assim, o autor que demonstrasse, por exemplo, ter entrado em contato com o *call center* da empresa, numa questão consumerista, ou ter feito uma proposta de mediação extrajudicial, em causa de família, ou, ainda, ter solicitado a seu advogado que procurasse o patrono da parte contrária para buscar um acordo, em questões meramente patrimoniais, seria "premiado" por sua postura colaborativa, já que o tempo de tramitação do processo seria abreviado com a supressão da audiência. Obviamente isso não representaria, em nenhuma hipótese, a preclusão da via consensual, apenas racionalizaria a atividade jurisdicional.

Aliás, seria interessante até mesmo se pensar numa redução proporcional das custas em hipóteses como essa (art. 29, L. 13.140/15). Se muitas vezes é complexo pensar em sanção àquele que não colabora com a parte contrária e, assim, viola o art. 6º, CPC, parece bem mais simples pensar num sistema de recompensa, previamente estipulado.

O processo judicial atualmente está sujeito a um controle temporal⁸⁹.

Embora o art. 5º, inciso LXXVIII, da CF, não imponha um limite temporal rígido ou um parâmetro matemático, o CNJ vem estabelecendo seus próprios parâmetros, que acabam se convertendo em metas⁹⁰. E aí passamos a enfrentar uma situação delicada. Quando se impõe uma meta e no processo de mediação

mediação penal e a resolução no 225/16 do CNJ, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, pp. 28/45. E-book disponível em <http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-a-influencia-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-da-lei-de-mediacao-nos-juizados-especiais-criminais-ebook94.php>.

⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 377.

⁹⁰ Mais informação acerca dos objetivos pode ser encontrada no sítio eletrônico do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp>>.

surgem questões mais densas, mais profundas, como fazemos? Por um lado, não podemos excluir a utilização da mediação em razão da existência de uma meta e, por outro lado, não podemos aplicar essa meta à mediação, de forma absoluta.

As questões de fundo emocional, as questões de natureza psicológica, e às vezes de caráter psiquiátrico, que surgirão e que se manifestarão no processo não podem ser medidas. O mediador não pode se limitar a olhar para o relógio e pedir à parte que corte já sua exposição e que deixe para um momento posterior seu processo de expressão emocional⁹¹.

Assim, a limitação de dois meses imposta pelo art. 334, § 2º, CPC não pode ser absoluta, cabendo ao juiz avaliar caso a caso. Se for necessário um tempo muito maior, poderá magistrado suspender o processo, na forma do art. 313, II, CPC, ou mesmo sugerir às partes que procurem um mediador extrajudicial de forma a possibilitar que o tratamento do conflito possa levar todo o tempo necessário.

E mesmo porque, e aqui chegamos a outra questão que precisa de uma reflexão maior em nosso ordenamento, que é a da sobrevivência dos conflitos; e isso sucederá em conflitos de vizinhança civil (comunitários), em Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conflitos de natureza familiar, filial, nos juízos de família. Nos referimos aos casos de conflitos que, simplesmente, não se resolvem! Eles se protraem no tempo, às vezes por anos. São muitas vezes relações distorcidas, violentas, e que fazem com que o conflito não possa desaparecer. O conflito não deixa de existir, e as partes vão ter que buscar uma forma de viver com ele, ou ao menos de gerenciá-lo. Por isso, também deve ser pensada a hipótese do conflito que não se resolve; aquele que precisa ser constantemente monitorado pelo Poder Judiciário, porque se existem pessoas que ainda não têm condições de fazer

⁹¹ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Experiência Ítalo-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, Rio de Janeiro, v. 8, p. 443-471, jul./dez. 2011.

frente e de resolver seu litígio de forma madura, o Poder Judiciário tem que continuar intervindo continuamente. Existem litigantes contumazes; existem pessoas que sofrem transtornos emocionais e psicológicos os mais variados, e, justamente por conta disso, se alimentam do conflito. A vida delas é frustrada, sem objetivo, e parece que a única forma que conhecem para se relacionar com as pessoas é provocando conflitos.

Como se sabe, no processo judicial deve haver uma decisão. O juiz não pode se eximir do dever de julgar.

Já na mediação não há decisão. Existe um procedimento em que as partes tomam consciência em um grau mais profundo da origem e da natureza do problema, percebem as dificuldades recíprocas e tentam, através de um mecanismo de cooperação, evitar empreender esforços inúteis. Com isso, tentam superar o problema da melhor forma possível. Se isso não for possível – o que é uma realidade em alguns casos – buscam uma forma de conviver com aquele problema, procurando reduzir ao mínimo o estresse decorrente de sua relação⁹².

Portanto, quando se realiza uma mediação judicializada – nos referimos aqui a uma mediação incidental, quer dizer, já se deu algum passo na esfera judicial, esta já foi posta em ação, o autor já protocolou sua petição inicial, e, no contexto do processo, o juiz oferece às partes a possibilidade da mediação, ou uma ou ambas as partes requerem ao juiz que este lhes ofereça essa possibilidade – o juiz suspende o processo e encaminha as partes a um centro de mediação.

Durante o procedimento de mediação não haverá uma decisão, nem tampouco se concede ao mediador o poder de decidir. Sem embargo, o mesmo deverá gerenciar e buscar a melhor solução possível para o conflito⁹³.

⁹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 184-216, jan./jun. 2013.

⁹³ CHASE, Oscar. I Metodi Alternativi di Soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America. In: VARANO, Vincenzo (Org.). *L'altra*

Em alguns casos, o mediador não terá formação jurídica já que nem o CPC, nem a Lei nº 13.140/2015 exigem que ele seja bacharel em Direito. Assim, a única hipótese de consenso, obtida ao final de um procedimento de mediação, depois de terem sido empregadas as técnicas apropriadas, pode violar norma jurídica⁹⁴, embora aceita por ambas as partes e considerada razoável pelo mediador.

A partir do momento em que, no procedimento de mediação, as partes são convocadas a ter um olhar que vá além do problema, a mediação se desprende dos elementos dogmáticos e normativos que informam o processo judicial e pode levar a outra peça diferente da inicial⁹⁵. Não é raro que, no processo de mediação, surjam outras questões jurídicas e extrajurídicas⁹⁶.

Até aqui não há problema porque o CPC admite que se possa chegar a um acordo sobre questões que não constavam da petição inicial. É uma forma de homenagear e privilegiar o princípio da consensualidade em detrimento do rigorismo formal.

As hipóteses a que estamos nos referindo aqui têm um caráter mais grave. Além dos acordos de mediação poderem trazer questões que não figuravam na petição inicial, também podem trazer uma solução que não se mostra viável dentro do ordenamento jurídico.

O que acontece então? O juiz não homologará este acordo salvo naquelas hipóteses em que a lei o autorizar a decidir por equidade. Vamos encontrar isso concretamente no art. 6º,

giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato. Milano: Giuffrè, 2007, p. 131-156.

⁹⁴ Por violação à norma jurídica, aplicando-se o comando do art. 966, V, CPC, entendemos não apenas a infração à lei, mas também aos precedentes elencados no art. 927.

⁹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo. (Org.). Acesso à Justiça: efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁹⁶ BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 6, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

ECA, em que o juiz pode optar a favor do menor, e nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único, CPC). Também que nos Juizados Especiais Cíveis é contemplada a previsão de uma decisão equânime, que não é necessariamente uma decisão por equidade. É uma decisão que busca uma solução mais apropriada para as partes (art. 6º, L. 9.099/1995). Entretanto, caso o juiz se veja impedido de homologar o acordo discutido, aprovado e firmado pelas partes, por ser este contrário ao ordenamento jurídico, teremos gasto tempo, energia, dinheiro, bem como teremos dado uma falsa esperança às partes e o processo terá que voltar ao início, com um nível de litígio muito mais alto.

Assim, pensamos que a lei deveria exigir que, ao menos, um membro da equipe de mediadores seja bacharel em Direito e que, caso a mediação seja realizada por um único mediador, que este tenha formação jurídica.

Eventualmente, o procedimento de mediação pode resultar num acordo verbal. Em alguns casos se percebe que as partes tomam consciência. É como se elas passassem pelo teste da realidade, pelo choque da realidade, e tomam consciência tão profunda daquele problema que mudam seu padrão de comportamento radicalmente. Em casos assim, normalmente não há sequer a necessidade de solicitar providência de natureza executiva. Entretanto, os manuais de mediação, por regra geral, determinam ou sugerem que, ao final do procedimento de mediação, havendo sido concluída com êxito a mediação, deve o acordo ser reduzido a termo, que será assinado pelas partes e por seus advogados, para que se transforme em um título executivo. Se o acordo for submetido à homologação do Poder Judicial se converte em título executivo judicial (art. 785, CPC); se não, será título executivo extrajudicial (art. 784, IV, CPC/15). Portanto, em um processo judicial, normalmente trabalhamos com a figura da execução própria ou forçada. Sem embargo, se em uma mediação, as partes estiverem verdadeiramente impregnadas do

espírito cooperativo, essa execução forçada não será necessária, pois as obrigações pactuadas no acordo serão cumpridas de forma voluntária. Se ao final do processo de mediação se chega ao acordo e, ao final, uma das partes, de forma injustificada, se nega a cumpri-lo, não alcançaremos o efeito prático esperado. Por isso, consideramos que nessas hipóteses de mediação, inclusive para que as partes possam manifestar sua boa vontade de forma concreta, seria ideal que o cumprimento das obrigações se iniciasse, inclusive, antes da homologação do acordo por parte do juiz. E aqui nos inspiramos na figura da transação penal nos Juizados Criminais (art. 76, L. 9.099/1995). Via de regra, o promotor formula a proposta de acordo, o réu e seus advogados aceitam, e o juiz, num primeiro momento, não homologa, mas suspende o processo e aguarda o cumprimento voluntário integral. Vindo o acusado a cumprir espontaneamente o avençado, o magistrado homologa o acordo e determina a extinção da punibilidade⁹⁷. Talvez pudéssemos pensar em transportar essa lógica para a mediação civil. Talvez pudéssemos pensar em alguns mecanismos semelhantes. Depois que as partes tenham firmado um acordo, o juiz, antes de homologá-lo, espera o cumprimento dessas obrigações, salvo se forem obrigações de trato sucessivo que devam ser cumpridas ao longo de meses ou anos; aí não se mostra razoável atrasar a homologação.

4. PERSPECTIVAS PARA O DIREITO BRASILEIRO: O DESAFIO DE CONCILIAR A FUNÇÃO PACIFICADORA COM A ESTRITA OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A expansão da atuação do Judiciário, concedida pela Carta brasileira, deve ser acompanhada de um reforço nas

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 35. Aprovada na Sessão Plenária de 16/10/2014. DJe nº 210 de 24/10/2014, p. 1. DOU de 24/10/2014, p. 1. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 fev. 2016.

garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista⁹⁸, com fito de evitar uma possível distorção da jurisdição⁹⁹, alteração do Estado de Direito e desequilíbrio na esfera de atuação dos poderes. Essa tônica se dará especialmente na observância e efetiva aplicação das garantias processuais¹⁰⁰.

Não custa lembrar que as garantias fundamentais,

⁹⁸ “Il punto di partenza del discorso è quello in cui la giurisdizione viene qualificata come garanzia secondaria, la cui funzione fondamentale consiste nell’assicurare la giustiziabilità delle violazioni dei diritti. Ferrajoli chiarisce opportunamente che si tratta di garanzie riparatorie, dirette ad eliminare o ridurre il danno prodotto, o ad intimidirne e a punirne i responsabili, e che la giurisdizione non garantisce l’immediato soddisfacimento dei diritti, poiché questo è il carattere proprio delle garanzie primarie, ma assicura l’annullabilità degli atti invalidi e la sanzione degli atti illeciti compiuti in violazione delle garanzie primarie. Egli chiarisce inoltre che le garanzie secondarie, e tra queste la giurisdizione, possono di fatto mancare e presuppongono la creazione di apparati giudiziari capaci di applicarle adeguatamente. Infine, egli precisa che le garanzie giurisdizionali si articolano in una serie di subgaranzie di carattere specificamente processuale, come quelle che sono solitamente riconosciute in norme costituzionali o in principi fondamentali del processo”. TARUFFO, Michele. Leggendo Ferrajoli: considerazioni sulla giurisdizione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, v. 60, n.2, 2008, pp. 631/632.

⁹⁹ “Il discorso di Ferrajoli sulla giurisdizione prosegue nella parte in cui egli chiarisce quali ne sono i caratteri fondamentali e li identifica in particolare: a) nella applicazione ai casi concreti delle norme sostanziali violate; b) nell’accertamento dei fatti sulla base delle prove, come premessa necessaria per l’adeguata applicazione delle norme sostanziali. Ferrajoli sottolinea opportunamente che il nucleo centrale della giurisdizione consiste in un accertamento della fattispecie sottoposta a giudizio, in un atto dichiarativo o cognitivo con cui il giudice accerta i fatti e ne determina il nomen juris applicando le norme ai fatti. Testualmente: « il giudizio è infatti prova del fatto cui è applicata la norma e insieme interpretazione operativa della norma applicata al fatto ». A questa analisi del giudizio giurisdizionale si riconnette quanto Ferrajoli dice altrove, riprendendo le stesse definizioni e collegandole direttamente con il principio di stretta legalità che vale tutte le volte in cui la giurisdizione svolge la funzione che le è propria, di applicazione sostanziale, e quindi di affermazione della legge”. TARUFFO, Michele. Leggendo Ferrajoli: considerazioni sulla giurisdizione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, v. 60, n.2, 2008, pp. 632/633.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et. al. (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232.

estruturais ou individuais¹⁰¹, representam um conjunto que pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5^a e 14^a da Constituição Norte-americana, ou processo justo, constante do art. 6^o da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e, ainda, do art. 111 da Constituição italiana.

Quando o legislador refere caber ao magistrado dirigir o processo, assegurando às partes igualdade de tratamento, está a impor, como dever primário do juiz, agir com igualdade em relação a todas as partes, para neutralizar as desigualdades, isto é, promover a igualdade substancial, quando necessário¹⁰².

Com o art. 6^o da Convenção Europeia, atinge-se o estágio superior de inserir as garantias fundamentais do processo em uma realidade jurídico-política que não é mais apenas constitucional e nacional, mas também transnacional¹⁰³.

Pode-se estruturar a definição sobre os direitos fundamentais a partir de quatro premissas que, juntas, formam a teoria da democracia constitucional. A primeira diz respeito à diferença estrutural entre direito fundamental e direito patrimonial, eis que, na tradição jurídica, ambos aparecem lado a lado sob o signo do direito subjetivo, o que oculta a necessária distinção. A segunda baseia-se no fato de que os direitos fundamentais, ao corresponderem aos interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica necessários à configuração da dimensão substancial da democracia. A terceira se relaciona à hodierna natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais. Finalmente, a quarta, considerada a mais importante pelo autor, enfatiza a relação entre os direitos e as suas garantias, na medida em que, assim como os demais, os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou

¹⁰¹COMOGLIO, Luigi Paolo FERRI, Corrado; TARUFFO Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

¹⁰²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 207.

¹⁰³TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*, Giappichelli: Torino, 2011, p. 179.

positivas aos quais correspondem obrigações prestacionais ou proibições de lesão. Assim, denominam-se garantias primárias, as obrigações e os deveres, e secundárias as obrigações de reparar ou sancionar judicialmente às lesões aos direitos (violação da garantia primária)¹⁰⁴. Dessas premissas, a que mais nos interessa neste trabalho é a primeira. Com efeito, podemos conceituar os direitos fundamentais como *“tutti quei diritti che spettano universalmente a tutti o in quanto persone naturali, o in quanto cittadini, o in quanto persone naturali capaci d’agire o in quanto cittadini capaci d’agire”*. Essa definição pressupõe que: (a) direitos fundamentais são direitos subjetivos; e (b) direitos fundamentais são direitos universais. Essa segunda premissa traz ínsita a ideia de isonomia, ou seja, os direitos fundamentais são devidos a todos em situação de igualdade¹⁰⁵.

Nesse sentido, se entendermos que o termo jurisdição (art. 3º, CPC) é mais amplo e contempla outras formas de solução de conflitos, mesmo que fora da estrutura do Poder Judiciário, torna-se imperioso preservar as garantias constitucionais e cada um desses procedimentos.

A preservação das garantias constitucionais tem o condão de legitimar democrática e politicamente os meios adequados de solução de conflitos, reconhecendo sua autoridade institucional.

Assim, se os meios adequados forem utilizados na estrutura judiciária, o grande desafio será compatibilizar as garantias fundamentais com as peculiaridades desses procedimentos. Em certos casos, como vimos acima, enfrentaremos situações delicadas, como a realização das sessões individuais no curso da mediação judicial ou mesmo o sigilo das informações trocadas na audiência de mediação que resta infrutífera, mesmo quando essa informação seria vital para a adequada solução adjudicada do

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali - um dibattito teorico*, a cura de Ermanno Vitale, Roma: Laterza, 2008, p. 9-11.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. Teoria del diritto, Roma: Laeterna, 2007, p. 726.

litígio.

Por outro lado, nos procedimentos extrajudiciais, sejam eles consensuais (conciliação e mediação) ou adjudicatórios (arbitragem e *dispute boards*), também deve ser preservada a ordem pública, ou seja, o conjunto de garantias mínimas para que aquela ferramenta possa se qualificar como jurisdicional. Caso o acordo ou a decisão não sejam voluntariamente cumpridos, será necessário recorrer à via judicial, ainda que apenas para a implementação das medidas executivas.

Nesse passo, como se já não bastassem todas as dificuldades inerentes à construção e estruturação do sistema multipor-
tas, ainda teremos que assegurar a estrita observância às garantias fundamentais em todos os meandros desse complexo sistema.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. Cap. II. Fundamentos, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. HALE, Durval. CABRAL, Trícia. [organizadores]. O Marco Legal da Mediação no Brasil, São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. Revista de Processo, São Paulo, ano 11, nº 44, 1986, p. 178.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 377.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: Temas de direito

- processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 63/66.
- BARBUTO, Mario. L'“emergenza pinto” e l'esperienza del tribunale di Torino. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it>. Acesso em: 6 mar. 2009.
- BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 17 jun. 2016.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CHASE, Oscar. I Metodi Alternativi di Soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America. In: VARANO, Vincenzo (Org.). *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 131/156.
- CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, pp. 142-147.
- CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: *Il processo civile nello stato democratico. Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- COMOGLIO, Luigi Paolo FERRI, Corrado; TARUFFO Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisprudenza. Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice? *Rivista di*

- Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 2009. p. 1.695.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. São Paulo, Revista de Processo, v. 99, p. 249-293.
- DI NICOLA, Francesco de Santis. Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell' "equa riparazione" per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it>. Acesso em: 6 mar. 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Arbitragem na Teoria Geral do Processo, São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, Volume 1. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FAZZALARI, Elio. Instituzioni di Diritto Processuale, 8ª ed, Pádua: CEDAM, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritti Fondamentali - um dibattito teorico, a cura de Ermanno Vitale, Roma: Laterza, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et. al. (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e dela democrazia. 1. Teoria del diritto, Roma: Laeterza, 2007.
- FISS, O.M. "Against Settlement", 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.
- FOCARELLI, Carlo. Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della convenzione. Padova: CEDAM, 2001.
- GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 162.

- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 269.
- GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (Coord.). O novo código de processo civil: o projeto , CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier Editora, 2012, p. 7.
- GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 05 abr. 2013.
- GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975). Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 144, pp. 306-327, fev. 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 8.
- HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 571-590.
- LEBRE DE FREITAS, José. Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 126-127. Sobre o ponto, cf.: PEREIRA, João Aveiro. A responsabilidade civil por actos jurisdicionais, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- MUÑOZ, Helena S. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español. *Revista Electrónica de Direito Processual Civil*. vol. III, p. 66, jan./jun. 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Princípios do processo civil na CF*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na CF*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XII, 2013, p. 36, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>, acesso em 20 de dezembro de 2013.
- PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A mediação civil revisitada e aliada à jurisdição como método para resolver conflitos em direção a uma amplitude dialógica discursiva a favor da justiça. 2012. 275 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA), Rio de Janeiro, 2012, p. 179.
- PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. v. 1, p. 432.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, pp. 184/216, jan./jun. 2013.

- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. *Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos*, v.2, 2014, p. 75.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. *Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos*, v.2, 2014, p. 75.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. *Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos*, v.2, 2014, p. 81.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o CPCProjetado. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (Org.). *O Novo CPC- o projeto , CPC e o desafio das garantias fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 44-77.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Capítulo 1. Introdução, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. HALE, Durval. CABRAL, Trícia. [organizadores]. *O Marco Legal da Mediação no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Considerações sobre a audiência de conciliação e de mediação no CPCde 2015 e os acordos nos juizados especiais criminais, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. JARCZUN, Julliana. *A influência do novo CPC e da Lei de mediação nos juizados especiais criminais: a justiça restaurativa, a mediação penal e a resolução no 225/16 do CNJ*, Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, pp. 28/45. E-book disponível em <http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-a-influencia-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-da-lei-de-mediaCAo-nos-juizados-especiais-criminais-ebook94.php>.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *La Mediación en la*

- Actualidad y en el Futuro del Proceso Civil Brasileño (Libro: Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI, Tomo I - Mediación, organizado por: Fernández Canales, Carmen; García Villaluenga, Leticia; Vázquez de Castro, Eduardo; y Tomillo Urbina, Jorge Luis. Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 351-366.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo. (Org.). Acesso à Justiça: efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediación Obligatoria: Una Versión Moderna del Autoritarismo Procesal. VIII Conferencia Internacional del foro mundial de mediación. Tempo de mediación, liderazgo y acción para el cambio. Libro Digital. Volumen 2. 1a edición. Venezuela, 2012, pp. 115/121.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei nº 13.140/2015, in Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 12, nº 46. Jul./Set. de 2015, p. 130.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos, v.2, 2014, p. 78.
- PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334, CPC e a nova sistemática do acordo judicial, in LUCON, Paulo Henrique dos Santos et alli. Processo em Jornadas, Juspodvm: Salvador, 2016, p. 450.
- PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. In: Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi. Napoli: Jovene Editore S.P.A., 2003, p. 657.
- PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della

- cognizione piena. In: *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi. Napoli: Jovene Editore S.P.A., 2003, p. 656.
- QUEIROZ, Pedro Gomes de. A Motivação da Sentença Civil no Estado Democrático de Direito, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XI, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>.
- RECCHIA, Carlo. Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- RECCHIA, Carlo. Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 36.
- ROMANO, Giovanni; PARROTTA, Domenico Antonio; LIZZA, Egidio. Il diritto ad un giusto processo tra corte Internazionale e corte nazionali. L'equa riparazione dopo la legge Pinto. Milano: Giuffrè Editore, 2002;
- ROSAS, Roberto. Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 38-39.
- SANTIS, Francesco de. La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: "percorsi" per un processo d'inizio secolo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2009, pp. 875/896.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10a edição, revista e ampliada. 3ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 2, jan./dez. 2008. p. 194. Disponível em:

- <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>.
Acesso em: 15 fev. 2011.
- SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004, p. 19.
- SPENGLER, Fabiana Marion e 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: 17 jun. 2016.
- SPENGLER, Fabiana. *O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VIII, julho/dez 2011, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>.
- TAKAHASHI, Bruno. *Dilemas éticos de um conciliador*. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 123, ago./2014, p. 64.
- TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria dela decisione giusta*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 319.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005, p. 435.
- TARUFFO, Michele. *Leggendo Ferrajoli: considerazioni sulla giurisdizioni*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, v. 60, n.2, 2008, pp. 632/633.
- TARUFFO, Michelle. *Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 275.

- TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2001, pp. 20/22.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken et.al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 262.
- TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 393-395.
- TROCKER. Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*, Giappichelli: Torino, 2011.