

Entre Equívocos Conceituais e a Lógica Eficientista: Considerações sobre os Meios Consensuais no NCPC

Marcelo Barbi Gonçalves

Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito. Juiz Federal.

“Settlement is a truce more than a true reconciliation”. (Fiss, Owen. *Against Settlement*, n. 93 *Yale Law Journal*, may/1984, p. 1.075).

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Um diálogo com Owen Fiss 3. Conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil 3.1 Distinguindo as técnicas de autocomposição 3.2 Análise das hipóteses de cabimento 3.3 O mediador pode formular propostas de acordo? 4. Hipóteses em que a autocomposição não deve ser fomentada 5. Conclusão 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

Não é nova, no Brasil, a percepção de que soluções amigáveis devem estar à disposição dos cidadãos para fins de composição de suas controvérsias. Sem embargo, o paradigma adjudicatório - *fetichismo da jurisdição estatal*¹ -, continua a ostentar um caráter de preponderância, de maneira que às partes soa razoável a submissão imediata de uma desavença às instâncias oficiais.

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, V. 1, p. 391/392.

É à vista dessa constatação que deve ser interpretada uma das principais novidades do Novo Código de Processo Civil, qual seja, o estímulo aos métodos consensuais de resolução de conflitos. A previsão de uma audiência obrigatória de conciliação ou de mediação já no alvorecer do processo é prova eloquente desse intuito. Trata-se, com efeito, de uma significativa alteração no procedimento cognitivo: não se cita mais o réu para contestar, senão para comparecer a uma audiência para fins de autocomposição. As vantagens obtidas com a *deformalização das controvérsias*² são de cunho conhecido: a justiça informal permitiria uma solução amigável; aproximaria as partes; seria menos dispendiosa; mais célere. Além disso, a decisão se vocacionaria a ser adimplida, pois foi negociada. E, por fim, com a participação popular pelo processo, tributar-se-ia a democracia participativa.

Esse discurso, porém, precisa ser matizado pela realidade, pois a sociedade brasileira é tisonada por relações de classe que mascaram uma distribuição de renda abissalmente injusta. Em relações paritárias, decerto, os meios suasórios prestam um ótimo serviço à cidadania. Todavia, quando empregados em situação na qual o conflito ocorra entre jurisdicionados com poderes estruturalmente desiguais, estiola-se a parte débil. Consumidor e empresa, locador e inquilino, é bem de ver, não se tratam com reciprocidade em procedimentos informais. Desprovido dos poderes de *iudicium*, o mediador/conciliador não detém instrumentos para pôr cobro à desapropriação exercida às barras das mesas de negociação.

Assim, é preciso, preliminarmente, ouvir os clamores da doutrina que questiona a legitimidade dos meios alternativos ao argumento de que os mesmos, concebidos com o fim de desonerar o Estado da prestação da tutela jurisdicional, resultam em um amesquinamento do direito do litigante eventual. Nessa perspectiva *instrumentalizada*, o apelo à informalização da justiça é alardeado como recurso para o desafogamento do acervo processual, ou, conforme leciona Owen Fiss: “the allure of settlement in large part derives from the fact that it avoids the need for a trial”.³

A partir dessas considerações, o estudo analisa as situações nas quais, segundo o NCPC, deve o litígio ser submetido a uma audiência de conciliação/mediação. À exceção das hipóteses em que ambas as partes manifestam expressamente desinteresse na composição consensual (art.

2 GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 175 *passim*.

3 Against Settlement. *Yale Law Journal* n° 93, may/1984, p. 1.083.

334, § 4º, inc. I, NCPC), bem como aquelas em que não se admite a auto-composição (art. 334, § 4º, inc. II, NCPC), deve o juiz, desde que presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, receber a petição inicial e designar audiência de conciliação ou mediação. Partindo da premissa de que estas técnicas não são equivalentes, o legislador as distingue nos parágrafos 2º e 3º do art. 165 a partir: (i) de um *pressuposto de aplicação* - a existência de “vínculo anterior entre as partes”; (ii) e da *possibilidade de oferta de uma proposta resolutiva*, já que o conciliador “poderá sugerir soluções para o litígio”, ao passo que o mediador “auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

Conciliação e mediação são, decerto, mecanismos alternativos de resolução que não se confundem. O que releva sublinhar, porém, é que o *pressuposto de aplicação* utilizado é poroso, e, por conseguinte, inapto a definir, *a priori*, as hipóteses que devem ser submetidas à técnica conciliatória ou à mediatória. Com efeito, de que “vínculo anterior” está-se a referir? De direito material ou processual? Considerando que o processo importa no estabelecimento de uma relação jurídica triangular da qual autor e réu fazem parte, como não identificar aí um precedente liame? Além disso, caso o litígio ocorra nos estertores de uma relação continuada (questionamento quanto à última mensalidade cobrada por uma instituição de ensino), a hipótese se afeiçoa mais ao mister do conciliador ou do mediador? Lado outro, o vínculo anterior deve se referir ao mesmo conjunto de fatos? A mesma regra-matriz de incidência, por sua vez, seria critério suficiente para a mediação? A existência de um prévio entrelaço de veículos entre dois desconhecidos, *v. g.*, daria ensejo a qual técnica na eventualidade de, *caindo o raio duas vezes no mesmo lugar*, outra colisão se verificar?

No âmbito da *possibilidade de oferta de uma proposta resolutiva*, a diferenciação levada a efeito se entremostra tão ou mais desapropriada.⁴

4 A crítica se torna ainda mais contundente após a edição da Lei 13.140 de 26.06.2015, a qual, ao disciplinar o procedimento de mediação judicial e extrajudicial, consigna no parágrafo único do art. 1º que: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Nada obstante, quando aborda o alcance do dever de confidencialidade, dispõe que este abrange “manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador” (art. 30, § 1º, inc. III). Trata-se, evidentemente, de um conflito normativo entre as Leis 13.105 e 13.140, que, a nosso ver, deve ser resolvido mediante o critério temporal no sentido de prevalência do primeiro, o qual, a despeito de promulgado anteriormente ao segundo, tem um prazo de *vacatio legis* maior, de modo que inicia sua vigência e produz efeitos no plano fático em um momento posterior.

Com efeito, a impossibilidade de o mediador sugerir soluções para o litígio em nada contribui para fins de desconstrução do conflito de forma participativa, uma vez que a transformação do impasse pode ocorrer, equivalentemente, se a proposta de acordo provém das partes ou se é suscitada por terceiro e aceita por ambas como uma boa solução coexistencial. É preciso, assim, que se entenda que o fazer nascer um modelo de autocomposição ou acoroçoar um preexistente não afeta em nada o esvaziamento da litigiosidade que se propugna atingir com a justiça informal.

2. UM DIÁLOGO COM OWEN FISS

Em 1984, um artigo acerca dos *Alternative Dispute Resolution* percorreu o mundo acadêmico. Trata-se de umas daquelas joias que importam na abertura de vias exploratórias antes ocultas. Em *Against Settlement*, Owen Fiss se insurge basicamente contra duas reformas realizadas no *Federal Rules of Civil Procedure*. Saliente-se, desde logo, que o ordenamento jurídico norte-americano prevê um condomínio legislativo da União e dos Estados quanto às normas processuais. Nada obstante isso, na prática - e por variadas razões que aqui não comportam desenvolvimento -, muitos Estados seguem o modelo federal.⁵

A primeira reforma facilitava a celebração de acordos no bojo da *pretrial conference*, ao passo que a segunda determinava que, se o vencedor recebesse um julgamento menos favorável do que a oferta feita pela outra parte, pagaria os honorários advocatícios desta. É interessante perceber que no sistema norte-americano, à diferença do que se passa no Brasil, cada uma das partes arca com os custos de seus procuradores. Os artigos emendados são os seguintes:

Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management

(a) PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE.

In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (...) (5) facilitating settlement.

⁵ "Nearly fifty years have passed since the Federal Rules of Civil Procedure were adopted. By any fair appraisal they have represented a major advance in the administration of civil justice in this country. Despite their federal genesis, many states have judged them the best procedural rules anywhere and have adopted them nearly *in toto*, with only the changes necessary to accommodate local circumstances." (ROSEMBERG, Maurice. *The Federal Civil Rules After Half a Century*. *Maine Law Review* vol. 36, 1984, p. 243).

Rule 68. Offer of Judgment

(d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER.

If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made.

A principal linha argumentativa de Fiss reside na consideração de que os meios alternativos retratariam uma capitulação à sociedade de massas.⁶ A explosão do fenômeno consumerista teria gerado demandas em excesso, não tendo o Poder Judiciário se aparelhado para dar vazão aos reclamos sociais. Os ADR, em verdade, seriam um subterfúgio estimulado pelo Estado à vista da sua incapacidade de disciplinar os conflitos sociais em franca expansão.

Além disso, os ADR representariam a versão civil do *plea bargaining*, instituto pelo qual os acusados de um crime assumem sua culpabilidade antes da instauração da ação penal e, com isso, obtém uma redução da pena. Ambos se assemelhariam pois atingem uma solução negociada mediante a submissão dos interesses do polo mais *frágil* da relação. O consentimento de uma das partes, assim, seria viciado, daí resultando um acordo com vocação para o injusto. Veja-se:

By viewing the lawsuit as a quarrel between two neighbors, the dispute-resolution story that underlies ADR implicitly asks us to assume a rough equality between the contending parties. It treats settlement as the anticipation of the outcome of trial and assumes that the terms of settlement are simply a product of the parties' predictions of that outcome. In truth, however, settlement is also a function of the resources available to each party to finance the litigation, and those resources are frequently distributed unequally. Many lawsuits do not involve a property dispute between two neighbors, or between AT&T and the government (to update the story), but rather concern a struggle between a member of a racial

6 Conforme aduz Cappelletti: "Qual é a primeira característica da sociedade moderna, contemporânea? Acredito que a essa pergunta se pode responder que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo fenômeno, muito específico, de massa. Do ponto de vista econômico – olhemos a economia da sociedade industrial – tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo" (Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* nº. 33, v. 13, mar/1995, p. 170).

*minority and a municipal police department over alleged brutality, or a claim by a worker against a large corporation over work-related injuries. In these cases, the distribution of financial resources, or the ability of one party to pass along its costs, will invariably infect the bargaining process, and the settlement will be at odds with a conception of justice that seeks to make wealth of the parties irrelevant.*⁷

Fiss, ainda, elenca três causas pelas quais a disparidade de recursos pode influenciar a negociação pela parte “menos consistente”: (i) hipossuficiência informacional, de sorte que não lhe é possível antecipar o resultado do julgamento e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo; (ii) necessidade de reparação imediata dos danos (essa carência é tão premente que se aceita uma quantia muito inferior àquela que obteria em sede adjudicatória); e (iii) impossibilidade de financiamento dos custos do litígio, tais como perícia e taxa honorária de manutenção de processo.

No âmbito jurisdicional, por sua vez, essas assimetrias teriam seus efeitos atenuados em virtude de um sadio ativismo que permitiria aos juízes encetar medidas a fim de diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Haveria, de certa forma, o exercício de uma *parcialidade positiva*,⁸ a qual, sinteticamente, consiste em compensar disparidades fáticas entre os litigantes com desnivelamento de tratamento por parte do magistrado. De acordo com Fiss:

*There is, moreover, a critical difference between a process like settlement, which is based on bargaining and accepts inequalities of wealth as an integral and legitimate component of the process, and a process like judgment, which knowingly struggles against those inequalities. Judgment aspires to an autonomy from distributional inequalities, and it gathers much of its appeal from this aspiration.*⁹

⁷ *Against Settlement*, p. 1076.

⁸ “Ressalte-se que a leitura da imparcialidade como princípio normativo do Poder Judiciário, segundo a perspectiva deste trabalho, deve ser realizada em duas vertentes, isto é, a *vertente negativa*, na qual se reclama um direito a um processo em que se apresente um julgador que não tenha qualquer inclinação para a determinada *parcialidade negativa* (suspeito ou impedido), e a outra *vertente de caráter positivo*, na qual se exige do juiz, diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças, ou seja, a exigência de um comportamento ético material do magistrado com base na denominada *parcialidade positiva do juiz*” (SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo* n° 224, out./2013).

⁹ *Ibidem*, p. 1078.

Merece lume, também, o ponto no qual Fiss discorre criticamente acerca da *voz autorizativa* do acordo. Com efeito, frequentemente há uma colisão de interesses entre a parte e seu representante, de maneira que este pode fazer prevalecer os seus em detrimento dos daquela. Assim, advogados/negociadores podem celebrar acordos que lhes são vantajosos, não obstante perniciosos ao seu cliente, o qual, desprovido de conhecimentos jurídicos, não deteria aptidão para valorar a conduta adotada em seu desfavor. Da mesma forma, em organizações, “the chief executive officer may settle a suit to prevent embarrassing disclosures about his managerial policies, but such disclosures might well be in the interest of the shareholders”.¹⁰

No que aduz com a recorrente afirmação¹¹ no sentido de que a justiça informal é incentivada em virtude de sua aptidão para promover o *escopo pacificador* da jurisdição, Fiss faz a seguinte objeção: a finalidade da jurisdição não seria a otimização de fins privados, ou simplesmente assegurar a paz, senão efetivar valores encampados pelo ordenamento jurídico. Ou melhor, o seu objetivo maior seria a aplicação desses valores e a conformação da realidade em relação a eles. Em suas palavras:

*Civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals. (...) Although the parties are prepared to live under the terms bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself.*¹²

Exatos vinte e cinco anos após a publicação de *Against Settlement*, e à vista da repercussão e das críticas que lhe foram dirigidas, o autor ratificou seu posicionamento em *The History of an Idea*. Nessa oportunidade,

10 Ibidem.

11 “Os meios alternativos não são ligados ao escopo jurídico de atuar a lei (e na prática só ocasionalmente conduzem a isso), mas buscam a pacificação das pessoas e a eliminação de conflitos, o que constitui o escopo magno do próprio sistema de tutela jurisdicional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, V. 1, p. 392); Iguualmente: “Se é certo que tais técnicas não se valem, necessariamente, da atuação do Estado-juiz, é correto o entendimento que cada um deles representa, em um contexto mais amplo, um método de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil - e do próprio Estado - que é a pacificação social”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48).

12 Ibidem, p. 1089.

Fiss, após salientar que “the purpose of adjudication is not the resolution of a dispute, not to produce peace, but rather justice”, lecionou que:

The bargaining that normally takes place between litigants - characterized, as I then assumed, by the pursuit of self-interest, imbalances of material resources, inequalities of information, and strategic behavior - has no connection to justice whatsoever. It is obviously not constitutive of justice, nor is it much of an instrument for achieving justice. On occasion, bargaining might produce a just outcome, just as the judicial process might sometimes fail and produce an unjust outcome. But there is no reason to presume that the outcome of the bargaining process - a settlement - is just. All we can presume of a settlement is that it produces peace - often a very fragile and temporary peace - and although peace might be a precondition for the achievement of justice, it is not justice itself.¹³

As críticas, como se percebe, são contundentes. Ao seu lume, poder-se-ia dizer que obviar os meios alternativos em qualquer modalidade de conflito é a medida mais adequada. O Estado seria o melhor prestador do serviço de distribuição de justiça. À consensualidade forjada preferir-se-ia sempre a justa adjudicação.

Quer nos parecer, entretanto, que alguns excessos devem ser decotados. Não se trata de ser *contra* ou a *favor* dos meios suasórios. O Direito - como a vida em geral - não se afina com *absolutos*. Cuida-se, portanto, é de precisar quando a justiça alternativa é virtuosa, o que, conforme se demonstrará, depende de circunstâncias contingenciais

3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Distinguindo as técnicas de autocomposição

Conforme salientado, o novo diploma destaca-se, em relação ao CPC/73, pela ênfase dada aos meios suasórios de composição de conflitos. Se antes o paradigma adjudicatório era nitidamente predominante,

¹³ The History of an Idea, 78 *Fordham Law Review*, 2009, p. 1277.

no novo *codex* se percebe uma nítida mudança de perspectiva. A solução imperativa das desavenças, portanto, deixa de ser o remédio-padrão do ordenamento jurídico. O NCPC, de forma inovadora, após prever que o mediador e o conciliador judicial são auxiliares da justiça (art. 149), dispõe que:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Com intuito de esclarecimento, é preciso pôr em relevo que conciliação e mediação não são sinônimos.¹⁴ Antes de analisar suas distinções, destaquem-se as suas familiaridades: ambos são institutos que integram o rol dos meios alternativos de resolução de controvérsias e, para tanto, contam com a participação de um terceiro auxiliar, o qual se vale de mecanismos não adversariais a fim de atingir um acordo. Mas, a despeito dessas semelhanças, é possível, quanto à técnica empregada, traçar uma linha de diferenciação.

14 “Realmente, por mais que seja viável afirmar que tanto a conciliação quanto a mediação constituem técnicas autocompositivas, a doutrina costuma indicar que o campo de aplicação destinado a cada uma não deveria ser o mesmo. Igualmente, também não haveria subsunção entre de modais de atuação relacionados às duas”. (OSNA, Gustavo. A “audiência de conciliação ou de mediação” no Novo CPC: seis (breves) questões para debate. *Revista de Processo* n. 256, jun./2016, p. 357).

Com efeito, a conciliação é um meio consensual que tem como objetivo primordial a realização de um acordo entre as partes, sem trabalhar, precedentemente, a questão de fundo que deu azo à controvérsia. Resolve-se o conflito de interesses judicializado, sem, porém, buscar acomodar as reais insatisfações que estão no plano sociológico. É uma técnica, portanto, pautada por uma perspectiva estritamente pragmática: resolução da pretensão tal como posta pelo autor, permanecendo à revelia das diligências do conciliador o revolvimento da lide sociológica.

De outro lado, a mediação centra-se na ideia de dissolução do litígio, ou seja, o seu objetivo primordial não é o acordo. Este é, assim, uma consequência satelitária da mediação. Ou, em outros termos, é o seu objeto mediato, já que a transformação do impasse mediante a participação dos interessados é o seu objeto mediato.¹⁵

À luz dessa distinção, percebe-se que é preciso perquirir a natureza jurídica do relacionamento litigioso para que se o trate mediante a técnica adequada. Até porque, como é intuitivo, o “a” de *ADR* significa não apenas *alternative*, como, ainda e sobretudo, *adequate*. Dessa forma, caso se trate de uma *relação instantânea*, que não vá perdurar no tempo, pois decorrente de um episódio eventual do convívio em sociedade, a conciliação é o meio adequado de resolução já que,

“pelo fato de inexistir nesta uma relação contínua entre as partes, não há que existir maiores esclarecimentos sobre o conflito. A discussão deve girar diretamente em torno da solução do problema (por exemplo, acidente de trânsito), e não sobre o relacionamento interpessoal (por exemplo, relação de vizinhança)”.¹⁶

15 “A conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior e, por vezes, único. A mediação não tem na construção de acordos a sua vocação maior e, de maneira alguma, seu único objetivo. A mediação privilegia a desconstrução do conflito e a consequente restauração da convivência pacífica entre as pessoas”. (ALMEIDA, Tânea. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 94). Igualmente: “A mediação possui finalidade que vai além da ‘solução’ do conflito, sua finalidade não é tão somente resolver o litígio, mas sim transformá-lo, de forma participativa, sem a obrigatoriedade de uma solução final, restaurando a convivência pacífica entre as pessoas. O que se busca é a compreensão e o restabelecimento do equilíbrio social através do diálogo, comunicação e ganhos mútuos”. (MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. *A mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil: um desafio em construção*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 101).

16 MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010)*. *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 33, abr.-jul./2012, p. 225.

Quando, porém, a controvérsia decorrer de uma *relação de trato continuado com eficácia futura*, a mediação é o instituto ideal, uma vez que objetiva efetivamente dirimir o conflito e realinhar o tecido social esgarçado. Quando as partes convivem no mesmo ambiente familiar, possuem relações de vizinhança ou laboral, ou, ainda, quando estão inseridas numa relação que tende a perdurar no tempo (instituição de ensino, clube recreativo etc.), é preciso diluir o real interesse que desencadeou a desarmonia. A esse respeito, recorde-se lição de Liebman ao afirmar que “pode, com efeito, acontecer que o conflito de interesses entre duas pessoas não seja deduzido em juízo em sua totalidade”.¹⁷ Esse raciocínio deve ser utilizado para fins de compreensão das virtualidades da mediação - em contraposição à conciliação e à solução adjudicatória estatal ou arbitral - pois ela não se cinge a resolver pontualmente aquela parcela do conflito de interesses que foi judicializada.¹⁸

Não é outra, aliás, a interpretação a que se chega à vista dos radicais do termo mediação. Em um denso estudo, Angela Condello, após destacar o caráter polissêmico da expressão, a qual pode significar “la procedura (il rito), il método (i modi, la grammatica e in genere la técnica della mediazione), il fine e i suoi presuposti”,¹⁹ assevera que:

*“Verosimilmente, la semantica originaria della radice med- (da cui anche ‘medio’, ‘mediare’, ‘meditare’, ‘medicare’, ‘medico’, ‘medicina’) non è facilmente riconducibile ad un comune denominatore, ma potrebbe riferirsi al concetto di ‘misura’ intesa nel senso di ‘moderazione’ e non nel senso di ‘misurazione’ (da cui derivano il latino modus e modestus). Alla misura come bilanciamento fra più parti all’interno di un tutto, appartiene anche l’idea di ristabilire l’ordine, tanto in senso lato quanto fra le parti di un corpo (per cui il latino medeor, ‘curare’, da cui anche medicus) e nell’universo (Zeus medéon, ‘Zeus moderatore’)”.*²⁰

¹⁷ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 86.

¹⁸ “É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 09.03.2017).

¹⁹ Polisemia della mediazione: alcuni riflessioni. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acceso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 161.

²⁰ *Ibidem*, p. 168.

Veja-se, assim, que o radical *med-* vincula-se à ideia de moderação a ser alcançada através da ponderação das partes de um contexto de referência, o qual pode ser um corpo, o universo ou, no caso que ora se cuida, um conflito humano. Destarte, é imprescindível que o mediador se ponha a meio-termo entre as partes de uma controvérsia, buscando sempre identificar os reais interesses que as moveram a se inserir em uma situação litigiosa. Para tanto, é imprescindível que se aborde primeiramente o relacionamento entre as pessoas, para, em um momento posterior, analisar as questões que deram ensejo ao conflito.

Perceba-se que, como a relação jurídica de que se trata é *continuativa com eficácia futura*, um dos principais escopos da mediação é o estabelecimento de marcos para que, no porvir, haja um desenrolar sadio do vínculo entre as partes. Essa dimensão prospectiva da mediação é uma das principais características que a distinguem da conciliação, a qual, como está vocacionada à celebração do acordo, volta-se precipuamente para fatos pretéritos a fim de identificar responsabilidades e a forma de recomposição da esfera jurídica lesada.²¹

3.2 Análise das hipóteses de cabimento

A partir dos esclarecimentos pode-se afirmar que o critério utilizado no art. 165 §§ 2º e 3º do NCPC para fins de diferenciação das técnicas consensuais - existência de “vínculo anterior entre as partes” - é superlativamente equívoco à vista das finalidades que se almejam obter com cada uma dessas técnicas. De fato, na prática, diversos questionamentos podem surgir a partir do referencial elencado, podendo-se aventar, sem caráter exaustivo, as seguintes interrogações deixadas em aberto pelo dispositivo.

O vínculo deve ser de direito substancial, ou basta, para que se entenda ser hipótese de atuação de um mediador, a prévia existência de um vínculo de direito processual, ou seja, um processo entre as mesmas partes? Caso se adote uma interpretação mais ampla da expressão, é preciso que as mesmas se encontrem no mesmo polo da relação processual originária, é dizer, o autor deve permanecer como tal e vice-versa?

21 “Havendo preponderância de aspectos interpessoais, o meio ideal de resolução da controvérsia é a mediação, pois esse método privilegia a pacificação social, e não necessariamente a formação do acordo formal. Enquanto o conciliador busca a celebração do acordo, o mediador atua como um facilitador do diálogo para que as partes possam expor suas dificuldades num ambiente sigiloso e imparcial e, por isso, confiável. Assim, o objetivo maior da mediação não é a rápida obtenção do acordo, mas a condição das partes a um estado de cooperação”. (DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e de mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59).

O vínculo deve se referir a um específico contexto litigioso ou independe da matéria objeto da controvérsia? Pense-se, a respeito, em uma ação indenizatória decorrente de um acidente de automóvel. Se, *caindo o raio no mesmo lugar*, duas pessoas que possuem como única semelhança o fato de habitarem na mesma cidade, vierem a colidir novamente com seus veículos, qual a técnica deve ser aplicada? Inequivocamente, há um vínculo substancial preexistente, de sorte que, se se seguir o texto legal, seria o caso de designação de audiência de mediação. Mas, à luz do quanto consignado no item antecedente, indaga-se: a conciliação - “técnica mais adequada à resolução de conflitos objetivos, como os que surgem em decorrência de um acidente de trânsito”,²² - não seria o meio alternativo recomendado à hipótese?

Outra possibilidade: o acidente de trânsito, agora, ocorre entre dois vizinhos em situação desvinculada da relação condominial. Veja-se que, aqui, há uma relação de coexistência entre as partes que perdura no tempo. Mas não é ela a *causa petendi* remota que deu ensejo à controvérsia. Indaga-se, à luz do critério legal, ter-se-ia de designar audiência de conciliação ou de mediação?

Por outro lado, a existência, por si só, de um “vínculo anterior entre as partes” não parece ser suficiente para que se apliquem as técnicas da mediação. Isso porque, conforme se salientou, esta busca a desconstrução do conflito entre as partes, de forma que ocorra a transformação do impasse através da participação dos interessados. O esvaziamento da litigiosidade subjacente à relação controvertida, porém, apenas faz sentido quando o liame entre as partes possui extensão temporal para o futuro.

Em palavras outras: o vínculo anterior não deve dar azo à mediação caso o impasse seja o último momento de uma relação que esteja, fatalmente, em seu estertor. Exemplifique-se o argumento com a seguinte situação: controvérsia entre uma instituição de ensino superior e um aluno, após a expedição do diploma, quanto a alguma mensalidade que não tenha sido paga. Veja-se que, nessa situação, é desimportante a prévia existência de um vínculo entre as partes, pois este, à exceção do valor inadimplido, já exauriu os seus efeitos. Não há que se falar, aqui, em restauração do convívio social - ideia-motriz da mediação - pois, simplesmente, cessou-se definitivamente o convívio entre os interessados!

22 Ibidem, p. 54.

Nessa linha de intelecção, percebe-se que o legislador adotou uma perspectiva equivocada ao estabelecer o critério de aplicação da técnica da mediação, pois mirou o passado, quando, ao revés, esta é voltada para o futuro.²³ Não é outra, sublinhe-se, a razão pela qual, ao distinguir as técnicas de autocomposição, estabeleceu-se no item anterior uma correlação entre a *conciliação - relação instantânea*, de um lado, e a *mediação - relação de trato continuado com eficácia futura*, de outro.²⁴

Em síntese: se a relação prévia entre as partes não possui aptidão para produzir efeitos no futuro, pois estes já se consumaram, não há que se falar em mediação, pois esta pressupõe uma *realidade coexistencial futura* que não se verifica quando a relação convolou-se em um dado do passado.

3.3 O mediador pode formular propostas de acordo?

Saliente-se, ademais, que os problemas que vão surgir na prática do foro em decorrência do critério utilizado para diferenciar as técnicas de conciliação/mediação não seriam tão graves caso não se tivesse cometido outro erro ainda mais perturbador. Explique-se.

O equívoco anteriormente apontado pode ser contornado à luz do advérbio *preferencialmente* expresso tanto no § 2º quanto no § 3º do art. 165. Ante a esqualidez do referencial estabelecido - o qual, conforme visto, em determinadas hipóteses pode se mostrar tanto subabrangente quanto sobreabrangente -, adotou-se uma solução de compromisso no sentido de que: o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, assim como o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver o vínculo anterior.

O que isso significa? Que se não houver conciliador disponível - *v. g. pauta de audiência de conciliação sobrecarregada* - poderá atuar um

²³ Por todos: "A conciliação tem a sua ocorrência e sua condução motivadas pela identificação de responsabilidades por evento ocorrido no passado e pela correção presente de suas consequências. La explora o ocorrido, atribui juízo de valor ao fato e à participação dos atores envolvidos, assim como propõe a criação de soluções reparadoras e corretivas. A mediação não se volta à culpa pelo ocorrido, mas sim à visão prospectiva: como fazer para evitar que a motivação do evento passado volte a ser manejada como foi e passe a ser, então, administrada de maneira que as relações permaneçam preservadas – como atacar as questões sem atacar as pessoas". (ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 98).

²⁴ "Então, existe diferença no tratamento do conflito entre duas pessoas em contato permanente e entre aquelas que não se conhecem. Numa batida de carro numa esquina qualquer, por exemplo, o problema, muitas vezes, resolve-se no pagamento de uma indenização; nesta hipótese, a solução do problema resolve o conflito, mas em outras nas quais as partes necessitem de uma convivência futura, continuada, há necessidade muito mais de pacificação do que de solução de conflito". (WATANABE, Kazuo. *Modalidade de Mediação. Série Cadernos do CEJ n° 22*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 46).

mediador e vice-versa? Apesar de esta ser a primeira leitura que se pode extrair do dispositivo, a melhor interpretação nos parece ser aquela que reconhece a porosidade do critério de diferenciação entre as técnicas autocompositivas e, assim, autoriza que o conciliador, excepcionalmente - em caráter não-preferencial - atue mediante as técnicas de mediação e vice-versa.

Essa solução, porém, não é de todo satisfatória face àquela que pode ser tranquilamente reconhecida como a maior incorreção cometida pelo legislador no âmbito dos meios alternativos, a saber, a vedação ao mediador de oferecer às partes uma proposta de solução. Com efeito, conforme se extrai do § 3º do art. 165, este terceiro imparcial deverá auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, *identificar, por si próprios*, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Essa regra de conduta, malgrado posição em sentido contrário,²⁵ não é, e nem pode ser, considerada um critério válido de distinção entre as técnicas de mediação e de conciliação.

A *condução das partes nas sendas* do aperfeiçoamento comunicativo - aproximando, através de um diálogo participativo, pessoas que se distanciaram em virtude uma situação circunstancial inserta no bojo de uma relação continuada -, é a função primordial do mediador. Esse terceiro imparcial e independente atua, assim, como um facilitador da comunicação, buscando, através do diálogo e da razão, trazer às partes a conveniência em se restabelecer a fluidez da relação jurídica à qual ambas se encontram vinculadas.

Disso não se extrai, à revelia de um triplo salto carpató hermenêutico, qualquer conclusão no sentido de que ao mediador é vedado oferecer às partes uma proposta de solução que lhe pareça conforme aos seus interesses. A dissolução do conflito é uma decorrência, valendo-nos da polissemia trabalhada por Angela Condello, da mediação como método –

25 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e de mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LA-GRASTA NETO, Caetano (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. A mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil: um desafio em construção. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo Spengler. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 103; ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 97; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/>>. Acesso em: 26.03.2017.

“i modi, la grammatica e in genere la técnica della mediazione”-²⁶ e, não, da espontaneidade do acordo que lhe suceda.

É evidente que, se o objetivo da mediação é a superação da contenda através do diálogo, maior será o seu êxito caso, ao final do procedimento comunicativo, chegue-se a uma solução autocompositiva. A mediação, conforme dito, centra-se na ideia de dissolução do litígio, ou seja, o seu escopo primordial não é o acordo. Este é, portanto, o seu objeto mediato, uma consequência a que se chega quando se logra a transformação do impasse mediante a participação dos interessados (objeto mediato). Não se pode negligenciar, porém, que mediação sem acordo representa a faliência do próprio procedimento consensual levado a efeito, pois significa que as partes de uma relação jurídica continuativa com eficácia futura não conseguiram nem ao menos disciplinar voluntariamente um episódio conflitivo surgido no passado.

Ilustre-se o que se vem de expor com a seguinte imagem. O sucesso da técnica conciliatória pode ser aferido através de uma fotografia retirada no momento em que as partes, mediante um juízo de valor, acertam uma solução corretiva para um fato ocorrido no passado. Na mediação, porém, é fundamental perceber se essa fotografia, retirada no momento da autocomposição, se mantém fidedigna à relação coexistencial a despeito da dinâmica da vida. Colhe-se o presente, mas, também, o futuro. A mediação, portanto, é como se fora uma peça de dois atos cujo sucesso depende da concatenação de ambos: (i) dissolução do conflito através do diálogo esclarecido, com a celebração de um acordo estabelecendo as bases para uma continuidade hígida da coexistência e (ii) manutenção, no futuro, à vista da dinâmica das relações sociais, da cooperação entre as partes de modo a não recrudescer a litigiosidade antes composta.

Disso tudo se depreende que a mediação exige, sim, que um bom acordo seja firmado, o que pressupõe que todas as alternativas possíveis de resolver o conflito tenham sido discutidas, ou seja, quanto mais propostas forem apreciadas pelas partes, maior será a probabilidade de se celebrar um acordo satisfatório.

É evidente que o mediador não pode se arvorar em juiz de direito e, após análise das razões das partes e do marco legal, se pronunciar sobre o mérito como se fora investido de função adjudicativa. Mas isso não o

26 Polisemia della mediazione: alcuni riflessioni. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 161.

impede de, ressaltando que aquela proposta não é uma representação volitiva do Estado-Juiz, facilitar a comunicação propondo soluções que lhe pareçam convenientes à dissolução da controvérsia. Nesse sentido, veja-se a posição de Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz:

*“Se, por um lado, o mediador não pode agir como se juiz ou parecerista fosse, revelando aos interessados sua opinião pessoal sobre o mérito do litígio, isso não significa, por outro lado, que ele não pode tentar construir propostas de acordo, com auxílio das partes, e as apresentar como se fosse ideia sua. Qualquer interpretação dessa regra em sentido diverso iria de encontro às melhores técnicas de mediação e seria prejudicial à eficácia do instituto. Como poderá o mediador estimular a transação, se não pode, em nome próprio, submeter propostas de acordo? Se um lado tiver facilidade em saber que determinada proposta foi concebida diretamente pelo outro lado, a tendência é que as partes inibam-se para fazer concessões, com medo de se enfraquecerem nas negociações. Nesse contexto, quanto mais ativo e desenvolvido for o mediador, mais eficaz será a mediação”.*²⁷

Merece nossa adesão semelhante abordagem. A participação do mediador sugerindo propostas de acordo não suprime, em absoluto, o protagonismo das partes no procedimento vocacionado à superação do conflito. Não obstante isso, a correlação entre coautoria das partes no procedimento mediatório e a impossibilidade de o terceiro participar propondo soluções é um equívoco recorrente na doutrina.²⁸ Cabe tecer algumas palavras acerca da tese que entende menoscabada a coautoria das partes em virtude da participação propositiva do mediador.

A esse respeito, é interessante destacar que os conceitos de autoria e participação não são criados pelo direito, pois, conforme aduz Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “são tomados da vida em coti-

27 Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007, p. 46.

28 “O propósito de auxiliar os sujeitos a exercerem a autoria obstina a prática da mediação. As partes deverão ser autoras da escolha da mediação como recurso e da permanência no processo (ou não), bem como ser co-autoras das soluções de suas contendas. Esse propósito está regido pelo princípio da autonomia da vontade e seu descumprimento representa infração ética. Está vedado aos mediadores sugerir, opinar ou propor qualquer possibilidade de solução”. (ALMEIDA, Tânia. *Idem*, p. 97).

diana, da realidade, do ôntico”.²⁹ No cotidiano, verificam-se situações de natureza vária em que diversas pessoas agem em comunhão de esforços a fim de atingir determinada finalidade. Um simples acontecimento situado no plano do *ser*, assim, pode ter um único autor (pense-se no clássico *Instrumentalidade do Processo*), bem como dois coautores ou mais (*Acesso à Justiça*). Nessas obras, constam agradecimentos a pessoas que colaboraram e incentivaram na sua realização através de pesquisas, revisão bibliográfica, ou, até mesmo, estímulo afetivo. Pois bem.

Se na conduta de escrever um livro resulta cristalino quem é o autor e quem não o é, por que a dificuldade se põe quando se passa para o âmbito dos meios alternativos de resolução de controvérsias? Parece lógico que a proposta de acordo do mediador não suprime a coautoria das partes que o acatam assim como a sugestão de minha esposa para abordar o pensamento de Fiss não a faz minha coautora deste ensaio. O auxiliar do juízo e a minha companheira são, decerto, ambos partícipes em um acontecimento fenomênico. Mas ninguém pode creditar-lhes a qualidade de coautores ou mesmo sustentar que, ao terem assim agido, subtraíram de outrem o protagonismo pelo engenho.

Desse modo, a mediação não é incompatível com a formulação de uma proposta de acordo pelo terceiro auxiliar. Até porque, com frequência, ele vai atuar somente como um *porta-voz*, ou seja, irá apenas vocalizar uma proposta que a parte, por inabilidade - *v.g.* não versada em técnicas consensuais -, não consegue expressar. Não é outra, aliás, a posição de Alexandre Freitas Câmara, o qual, com base na doutrina de Alcalá-Zamora, sustenta que: “Cabe, pois, ao mediador propor soluções às partes, inclusive apresentando-lhes caminhos que aquelas sequer imaginavam possíveis”.³⁰

Conclui-se, assim, que a impossibilidade de o mediador sugerir soluções para o litígio em nada contribui para fins de desconstrução do conflito de forma participativa, já que a transformação do impasse pode ocorrer, equivalentemente, se a proposta de acordo surge das partes ou se é suscitada por um terceiro e aceita por ambas como uma boa solução coexistencial.

²⁹ *Manual de direito penal brasileiro*. V. 1. Parte geral. 9ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 574.

³⁰ Conciliação e mediação no processo civil brasileiro - Estado da questão. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 22, jan./2005, p. 10.

4. HIPÓTESES EM QUE A AUTOCOMPOSIÇÃO NÃO DEVE SER FOMENTADA

Para além do quanto anteriormente exposto, é preciso destacar a existência de situações nas quais os meios consensuais não devem ser estimulados à vista das relações díspares de poder entre as partes. Segundo o novo CPC, naqueles processos em que a autocomposição é possível, e desde que não haja vontade expressa em sentido contrário, deve ser designada audiência de conciliação/mediação. Não se diz, veja-se, uma palavra sequer acerca do eventual desequilíbrio entre os litigantes. Como o mediador/conciliador não detém poderes para coibir a exploração da parte mais frágil,³¹ fácil concluir que esta se verá relegada à própria sorte por ocasião do entabulamento do acordo.

O legislador, de fato, ignorou a mais importante discussão que permeou o estudo dos *Alternative Dispute Resolution* nos Estados Unidos nos últimos trinta anos. Os meios suasórios não podem ser fomentados para hipóteses em que as partes não estão em situação de paridade. Nesse sentido, saliente-se que Teresa Arruda Alvim Wambier, em caudaloso estudo acerca da mediação no direito comparado, afirma que na Espanha: “Some express exclusions are based on the fact that there is ‘an initial imbalance in the positions of the parties’. This is considered to happen in criminal, consumer and labour mediation, among others”.³²

A fábula de que a justiça consensual detém aptidão para alcançar resultados justos é uma alegoria que já recebeu a exprobração de autorizado processualista italiano:

“Non tutte le conciliazioni sono uguali. Possiamo avere conciliazioni cattive e conciliazioni buone. Sono cattive le conciliazioni che hanno un contenuto iniquo in quanto non rispecchiano la realtà dei rapporti tra le parti, ma favoriscono ingiustamente una di esse, che ha in mano una qualche arma sotto la cui minaccia l'altra si convince a conciliare. Sono buone le conciliazioni che fanno ottenere alla parte ‘quello proprio quello tutto quello cui ha diritto’, se ci trova di fronte ad una

31 A despeito da tese de Marc Galanter (Why the “haves” come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974) no sentido de que a força organizacional dos *repeat players* influencia o resultado dos julgamentos, não se pode descurar que a autonomia dos tribunais - no sentido de independência das forças sociais -, em virtude dos predicamentos da magistratura, é significativamente maior do que a dos auxiliares de justiça.

32 Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* n° 225, nov./2013, p. 431.

lite da pretesa insoddisfatta, ovvero le conciliazioni che riescono a trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra le parti, se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa contestata (i c.d. good faith disagreements della letteratura anglosassone).

Riflettiamo sul significato che può assumere la diffusione delle conciliazioni in una situazione di dissesto processuale, quando, come accade con grandissima frequenza, la controversia ha il denaro per oggetto, diretto o indiretto. Pare evidente il pericolo che molte, troppe, sarebbero le conciliazioni cattive. Conciliazioni dove il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, si sente costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato.

Soccorre la saggezza popolare. Quando si tratta di soldi, ovviamente il creditore preferisce ottenerne 'pochi, maledetti e subito', piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando.

(...)

Insomma, le conciliazioni stragiudiziali, per essere buone, esigono un'amministrazione della giustizia efficiente, in modo che non vi sia una parte indotta a speculare sulle durate processuali per fare accettare al suo avversario una conciliazione cattiva.

Mette in qualche modo il carro davanti ai buoi chi, come il legislatore italiano, s'impegna a deflazionare l'amministrazione della giustizia, nella speranza di ottenere per questa strada processi più brevi, indirizzando il più possibile le controversie verso gli istituti conciliativi".³³

No mesmo sentido se posiciona abalizada doutrina nacional:

“Mas há um argumento, levantado por Michele Taruffo, que me inquieta: o mediador/conciliador não saberia lidar com conflitos em que há desequilíbrio entre as posições das partes, como sabe fazer o juiz, e isto levaria a acordos injustos, de certa forma impostos à parte mais fraca, com a compla-

33 CHIARLONI, Sergio. Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009. Disponível em: <http://www.novaraius.it/novaraius/pdf/1261149858564_Prof%20Sergio%20Chiarloni%20sulla%20mediazione%20.pdf>. Acesso em: 12.04.2017.

*cência do terceiro facilitador. A crítica de Michele Taruffo não se baseia em meras hipóteses ou fantasias. A prova disto está em diversas práticas de mediação/conciliação que se utilizam em nosso país: a conciliação na Justiça do Trabalho é de índole matemática: pediu tanto, aceite 50% e recebe logo. Nas causas previdenciárias, quando o INSS está convencido de que o segurado tem razão, não resolve a questão administrativamente mas vai à conciliação para oferecer 70% da importância devida: outra importância tarifária. E no campo do consumidor, nos assim chamados “mutirões de conciliação”, o credor simplesmente oferece uma proposta fechada, para renegociar a dívida (e o pior é que com isto obtém um título executivo, que antes da negociação não existia). Os exemplos acima demonstram que, em situações de desequilíbrio, a Justiça conciliativa não funciona, seja ela conduzida pelo juiz ou pelo terceiro-facilitador. Talvez minha conclusão seja drástica demais, mas reafirmo minha posição no sentido de que a almejada pacificação não pode ser buscada a qualquer preço, e se a Justiça conciliativa nada mais é do que um meio de acesso à Justiça, não podem ser admitidas soluções injustas para a parte mais fraca”.*³⁴

Nos termos em que se encontra o novo CPC, percebe-se que os meios alternativos ao processo são incentivados porque o Judiciário não está se desincumbindo do seu dever de prestar uma tutela jurisdicional célere, tempestiva e adequada. Não há um jorramento dos casos em que os meios alternativos devem ser estimulados pelo Estado. Em outras palavras: deve ocorrer uma “adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial”³⁵ por ocasião do cotejo entre as soluções auto e heterocompositivas. Os meios resolutórios, por conseguinte, devem ser aderentes à realidade subjacente ao litígio a fim de servir como instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Nesse sentido, não apenas o direito material (reparação de danos oriundos de inadimplemento contratual) deve ser considerado, como, ainda e sobretudo, as partes (o

34 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Justiça conciliativa*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>>. Acesso em: 24.03.2017.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

contrato se passa entre duas multinacionais ou, ao revés, entre uma imobiliária e o adquirente).

Perceba-se que, no caso das multinacionais, as empresas sentam-se paritariamente na mesa de negociações. Não há, evocando as lições de Fiss, hipossuficiência informacional, de sorte que os contendores podem antecipar probabilisticamente o resultado da adjudicação e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo. De outro lado, não há uma necessidade premente de reparação dos danos sofridos, de maneira que ambas as partes podem provisionar recursos e aguardar pacientemente o trânsito em julgado. E, por fim, as multinacionais não se veem constrangidas pelos custos do litígio, podendo arcar com onerosas perícias e renomados escritórios de advocacia.

No segundo (imobiliária *versus* adquirente), conquanto se tenha igualmente uma hipótese de inadimplemento contratual, as assertivas do parágrafo anterior não podem ser reiteradas. Ou melhor, podem, mas apenas para a imobiliária. É aqui que se encontra o *calcanhar de Aquiles* da justiça alternativa, e, nesse caso, o conflito deve passar pela via adjudicatória. Se o litígio não for solucionado sob o pálio de um processo civil envernizado com a tinta da efetividade social, a desigualdade fática vai resultar num acordo divorciado da pauta constitucional. A *paridade de armas*, como se sabe, é pressuposto da justiça.³⁶

Saliente-se que essa ponderação não passou despercebida ao precursor do movimento de reforma da Justiça Civil. Como é cediço, a terceira onda renovatória do acesso à justiça - *novo enfoque* -, consiste em uma proposta de reformulação sistêmica dos meios de solução de conflitos com ênfase na consensualidade.³⁷ Nada obstante isso, Cappelletti, após salientar que “há situações em que a justiça *conciliatória* (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda clas-

36 Conforme ensina Michele Taruffo, não se pode dissociar o conceito de *giudizio* com o de igualdade material das partes: “Altrettanto difficile sarebbe ritrovare un giudizio nella decisione di un giudice corrotto, ovvero in quella del giudice che si limitasse a ratificare la vittoria di chi ha più denaro, o di chi prevale in una prova di forza (come accadeva ai tempi del duello giudiziario), o di abilità (come accade nel caso dei peggiori duelli avvocateschi), o di chi gode de uno *status* privilegiato, o di chi è innocente per definizione per meriti politici, e così via elencando”. (Giudizio: processo, decisione. *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*, Bologna: Ed. Mulino, 2002, p. 168).

37 “Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byrant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67/68).

se', são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso",³⁸ afirma que isso não ocorre sempre. Exemplifica com os assuntos de direito de família, nos quais o movimento feminista norte-americano afirma que "se atua com frequência de modo bem pouco equitativo para com as mulheres".³⁹ Vittorio Denti, por sua vez, também se mostrou preocupado com a justiça informal no caso de disparidade de poder entre as partes. Veja-se:

*Esiste infatti il rischio che il ricorso a metodi alternativi impliciti - insieme ad una riduzione dei tempi di soluzione delle liti - anche una riduzione delle garanzie che il processo, pur con i suoi tempi e le sue inefficienze, è in grado di offrire alle parti. Ciò vale in particolare quando queste procedure coinvolgono le cc.dd. parti deboli (consumatori, minoranze, ecc.) le quali, in sede conciliativa, sono maggiormente esposte, rispetto a quanto avviene nel processo giurisdizionale, al rischio di abusi ad opera delle parti dotate di maggior potere contrattuale.*⁴⁰

À luz dessas considerações, pode-se afirmar que os meios alternativos devem ser fomentados apenas no bojo de relações paritárias, sob pena de eliminação das controvérsias de forma antagônica aos valores constitucionais. A mediação/conciliação, portanto, não podem ser instrumentos à disposição do mais forte para fins expropriatórios. A propósito, recorde-se lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que, após a criação do Tribunal Habitacional de Nova Iorque destinado a resolver de modo consensual os conflitos entre inquilinos e senhorios, o número de despejos aumentou.⁴¹

É preciso, nessa linha de convicções, redobrar o cuidado com afirmações asseverando que "não importa se os meios alternativos são ou não fiéis ao direito substancial".⁴² À primeira vista, poder-se-ia imaginar

38 Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994, p. 90.

39 *Ibidem*, p. 91. Em outra passagem, Cappelletti afirma: "Isso suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes" (*ibidem*).

40 *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 159.

41 Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* n° 37, jan-mar/1985, p. 135.

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 392.

que, nas dobras da justiça informal, haveria uma espécie de substituição do juízo de legalidade por um de equidade. E, se assim fora, não objetaríamos. Mas o de que se trata é de um desapossamento travestido de consenso nas hipóteses em que há desequilíbrio de poder. Escamoteia-se a injustiça com a veste da informalidade. Um ponto de vista, impositivo de um acordo de adesão, prevalece sobre o outro.

Além disso, a perda do referencial normativo como paradigma decisório gera sérios riscos para a pacificação social. Se esse escopo já é discutivelmente alcançado para o litigante subjugado, do ponto de vista macrossocial a *pseudoconsensualidade* fomenta a violação dos direitos. Isso porque, se os particulares estão imersos em processos resolutivos à revelia das normas positivas, “a primazia cabe ao acordo interindividual, que pode, inclusive, contraditar o direito geral”.⁴³ Ou seja: o que vai disciplinar o comportamento social não será a norma editada pelos representantes populares, senão aquela outorgada pelo *repeat player* sob o pálio da fabulosa consensualidade. Fácil concluir que, nesse contexto de *deslegalização*, haverá uma “ruptura de padrões mínimos de observância de condutas no cotidiano”,⁴⁴ já que os atores socialmente hegemônicos serão incentivados a descumprir as leis à vista da possibilidade de impor a sua *vontade de poder*.

Dessa forma, e a fim de que não prevaleça um direito *estamental*, deve o juiz, por ocasião da homologação do acordo (art. 334, § 11º, NCPC), realizar um controle não apenas em sentido formal, senão uma deliberação de fundo. Não se trata, percebe-se, de exigir da autocomposição uma resposta espelhada daquela que se obteria mediante a adjudicação. Isso, aliás, nem será possível caso o acordo seja obtido na audiência de conciliação/mediação, a qual, como se disse, na nova sistemática, ocorrerá mesmo antes da resposta do réu. Mas deve, sim, analisar se aquela solução é comportada pelo ordenamento jurídico, ou seja, se é ou não fruto de uma imposição decorrente da assimetria de poder entre as partes.

Nessa linha convicções, aduz Humberto Dalla Bernardina de Pinho que não se pode compactuar com “una solución illegal, o, incluso una solución no constitucional”, de forma que o magistrado “a la hora de hacer la adecuación del contenido de aquel acuerdo al ordenamiento positivo,

43 VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007, p. 30.

44 *Ibidem*.

podrá verse imposibilitado de homologar aquel acuerdo”.⁴⁵ Esse posicionamento conta, ainda, com o aval de Grinover, a qual afirma que no caso de soluções injustas o acordo não pode ser homologado, pois “será muito melhor o juiz julgar – reequilibrando as partes – do que se ceder a uma tentação quantitativa, desprezando a qualitativa”.⁴⁶

5. CONCLUSÃO

Não nos parece pertinente recapitular, em sede conclusiva, as perplexidades que vieram à luz com a edição do Novo Código de Processo Civil. As linhas argumentativas expostas, podem, porém, ser condensadas em dez sintéticas proposições: (i) os meios alternativos devem se adequar à realidade de direito substancial subjacente ao litígio, notadamente à disparidade de poder entre as partes; (ii) conciliação e mediação são institutos afins, mas não semelhantes; (iii) o conciliador objetiva precipuamente a celebração do acordo; (iv) o mediador deve perseguir como escopo imediato a dissolução do conflito através do diálogo, e, mediatamente, a celebração do acordo; (v) o critério de distinção entre as técnicas conciliatórias não deve ser o “vínculo anterior entre as partes”, senão o caráter instantâneo ou continuado com efeitos futuros; (vi) a propositura de acordo pelo mediador não obstaculiza a realização dos fins da mediação; (vii) o acordo celebrado no âmbito da mediação deve ter um caráter prospectivo, de forma a objetivar a prevenção da reincidência da litigiosidade; (viii) a pacificação não pode ser buscada a qualquer preço; (ix) nas hipóteses de flagrante disparidade de poder, o meio resolutivo adequado é a adjudicação; (x) o juiz não deve se cingir a um exame estritamente formal da solução pactuada, sendo-lhe facultado aferir a sua compatibilidade com as balizas gerais do ordenamento jurídico. •

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

45 Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 148/149.

46 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Justiça conciliativa*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>>. Acesso em: 24.03.2017.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 13, abril/2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Conciliação e mediação no processo civil brasileiro - Estado da questão. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 22, jan./2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byrant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* nº 74, 1994.

_____. Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* nº. 33, v. 13, mar/1995.

CHIARLONI, Sergio. *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*. Disponível em: <http://www.novaraius.it/novaraius/pdf/1261149858564_Prof%20Sergio%20Chiarloni%20sulla%20mediazione%20.pdf>. Acesso em: 09.04.2017.

CONDELLO, Angela. Polisemia della mediazione: alcuni riflessioni. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo Spengler. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e de mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (co-ords.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. V. 1 e 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FISS, Owen. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal*, may/1984.

_____. The History of an Idea, 78 *Fordham Law Review*, 2009.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* v. 9, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.03.2017.

_____. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. A mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil: um desafio em construção. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014.

_____; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 33, abr.-jul./2012.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 33, abr.-jul./2012.

OSNA, Gustavo. A “audiência de conciliação ou de mediação” no Novo CPC: seis (breves) questões para debate. *Revista de Processo* n. 256, jun./2016.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol 1. Parte geral. 9ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 09.03.2017.

_____. O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/>>. Acesso em: 26.03.2017.

_____. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014.

ROSEMBERG, Maurice. The Federal Civil Rules After Half a Century. *Maine Law Review* vol. 36, 1984.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº. 37, jan.-mar./1985.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo* nº 224, out./2013.

TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*, Bologna: Ed. Mulino, 2002.

VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* n° 225, nov./2013.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *Série Cadernos do CEJ* n° 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011.