



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CAMILA RODRIGUES CASALI

**A QUESTÃO DA OBRIGATÓRIA PARTICIPAÇÃO DAS PARTES
EM CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES**

RIO DE JANEIRO - RJ

2018

CAMILA RODRIGUES CASALI

**A QUESTÃO DA OBRIGATÓRIA PARTICIPAÇÃO DAS PARTES
EM CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Celso Anicet Lisboa,
Mestre em Direito

RIO DE JANEIRO – RJ

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro pelas lições e, em especial, ao Professor Orientador Celso Lisboa por seus ensinamentos em sala de aula e no desenvolvimento do presente trabalho

Aos meus pais, Andréa Rodrigues Rodrigues Casali e Cláudio Tavares Casali agradeço pelo suporte ao longo dessa trajetória. Amo vocês infinitamente.

RESUMO

O legislador infraconstitucional na feitura do CPC/2015 criou norma impondo que as partes em demandas familiares comparecem obrigatoriamente a audiências de conciliação e mediação, afim de que as mesmas resolvam seus conflitos de forma amigável. Tal norma, fruto de política judiciária implementada pelo CNJ, deve ser compreendida a luz dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da CRFB. A Lei Maior assegura os direitos de liberdades como fundamentais do povo brasileiro. A autonomia de vontade como núcleo essencial da liberdade não pode ser preterida por política judiciária transmutada em norma processual. Os direitos fundamentais são vinculativos, ou seja, obrigam os poderes constituídos a respeitá-los. O interesse estatal em implantar um modelo de política judiciária de pacificação de conflitos não se sobrepõe a essência do direito fundamental de liberdade, que é a autonomia de vontade, nomeadamente num momento de conflito no âmbito das famílias brasileiras, que buscam o Poder Judiciário para dirimir seus problemas mais íntimos. Ao criar uma fase processual obrigatória, quando as partes manifestam a indesejável adesão a composição amigável, o legislador afronta o fundamental direito das partes de obterem a solução célere de suas demandas. A luz da CRFB/88, sendo compreendido que direitos fundamentais são vinculantes, o Estado Juiz deve afastar tal regra de modo a dar a opção dos integrantes de um núcleo familiar a se submeterem a conciliações e mediações, apenas se desejarem, reconhecendo, dessa maneira, que o legislador infraconstitucional não pode intervir restringindo direitos fundamentais das famílias quando não está autorizado pela Constituição.

Palavras-chave: obrigatória presença das partes; conciliação e mediação; conflitos familiares; direito de família; multa; CPC/2015.

ABSTRACT

The infraconstitutional legislator in the making of the civil procedure code created a rule imposing that the parties to family lawsuits must necessarily compile conciliation and mediation hearings, so that they resolve their conflicts in an amicable way. This norm, fruit of judicial policy implemented by the National Justice Council (CNJ), must be understood considering the fundamental rights foreseen in article 5 of the Federal Constitution. The Brazilian constitution guarantees the rights of freedoms as fundamental to the Brazilian people. The autonomy of will as an essential part of freedom cannot be overtaken by judicial policy transformed into a procedural norm. The fundamental rights are binding, that is, they oblige the constituted powers to respect them. No matter how good the intention of the legislator, the State's interest in establishing a model of judicial policy for pacification of conflicts does not overlap with the essence of the fundamental right of freedom, which is autonomy of will, especially in a moment of conflict within the Brazilian families, who seek the Judiciary to solve their most intimate problems. In creating a compulsory procedural step, when the parties express their unwillingness to join the friendly composition, the legislator is faced with the fundamental right of the parties to obtain a fair solution to their demands. In the light of the Brazilian Constitution, it being understood that fundamental rights are binding, the State Judge must depart from this rule in order to give the members of a family the option to submit themselves to conciliation and mediation, only to wish, thereby recognizing , that the infra-constitutional legislator cannot intervene by restricting the fundamental rights of families when it is not authorized by the Constitution.

Keywords: brazilian civil procedure code; family law; conciliation; mediation; obligatory; compulsory.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO - CONTEXTUALIZAÇÃO | 12 |
| 2.1 Conciliação | 12 |
| 2.2 Mediação | 14 |
| 2.3 Semelhanças e diferenças entre mediação e conciliação | 16 |
| 2.4 As figuras do conciliador e do mediador e sua escolha | 18 |
| 2.5 A formação dos mediadores e conciliadores | 19 |
| 2.6 Notas históricas e de direito comparado | 20 |
| 2.7 Legislação pátria | 25 |
| 2.7.1 A família no direito brasileiro (CPC/2015) | 28 |
| 2.7.2 As ações de família e a solução pacífica dos conflitos..... | 29 |
| 3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA | 33 |
| 3.1 A fundamentalidade e a vinculação dos direitos fundamentais | 33 |
| 3.2 A autonomia da vontade como um direito fundamental | 36 |
| 3.3 A voluntariedade como nota essencial para a mediação | 39 |
| 3.4 Posições doutrinárias a respeito da obrigatoriedade | 41 |
| 3.5 Sistema Multiportas | 44 |
| 3.6 Princípios constitucionais <i>versus</i> a obrigatoriedade da presença das partes em audiências de conciliação e mediação | 46 |
| 3.7 Um argumento de política transformado em lei, tornando-se um argumento de princípio | 47 |
| 4. CONCLUSÃO | 51 |
| 5. REFERÊNCIAS | 55 |

1 INTRODUÇÃO

A novel legislação processual vigente¹ ao instituir a audiência de conciliação e mediação em demandas de família, como uma fase processual obrigatória dos processos² veio dar mais fomento a política judiciária nacional para solução consensual de conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

As tentativas de solução consensual de litígios sociais no Brasil remontam a Constituição de 1824, com a criação da Justiça de Paz. Esta foi regulamentada em 1827, por meio de lei que instituiu em cada freguesia ou paróquia, a presença de um juiz de paz para realizar conciliações, de forma graciosa³. As demais Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e EC 1969 mantiveram a Justiça de Paz. Em 1982⁴ surgiram os Juizados Cíveis que ficaram conhecidos como Juizados de Pequenas Causas, com fim primeiro de buscar a composição amigável de demandas sem complexidade.

A Constituição de 1988, em seu art. 98, I, criou em âmbito federal e estadual os juizados para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade⁵. Os Juizados são um marco da política judiciária de solução amigável dos litígios. O Conselho Nacional de Justiça/CNJ, em 2006, criou o movimento “Conciliar é Legal”⁶ com o objetivo de divulgar esse novo caminho para a sociedade resolver seus conflitos de forma célere e amigável. Em 2009, o CNJ em Resolução/CNJ n. 70 formalizou inicialmente a estrutura da política para solução de conflitos consensual por meio da mediação e a conciliação.

¹ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC)/2015.

² Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

³ http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12354.

⁴ Os Juizados Especiais surgiram no Rio Grande do Sul em 1982, entrando em funcionamento pela primeira vez na Comarca de Rio Grande com o nome de Juizados de Pequenas Causas. O sucesso da experiência gerou a instalação de outros Juizados em diversas comarcas do Estado e também em outros Estados brasileiros. A Lei Estadual nº 8.124, de 1986, instituiu o "Sistema Estadual de Juizados de Pequenas Causas". Fonte: https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/comarcas/juizados_especiais/cartilha_je.html.

⁵ Posteriormente, foram regulamentados pela Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais) e pela Lei 10.259/01 (Juizados Especiais Federais).

⁶ O CNJ continua promovendo o movimento “Conciliar é Legal” até os dias de hoje, por meio de divulgação e premiação de práticas que fomentem a cultura da pacificação social. Vide: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>.

No caminho da política pública permanente de incentivo a consensual solução de litígios, estabeleceu-se que a conciliação e a mediação seriam instrumentos efetivos de pacificação social, de modo a evitar novas ações e reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses no Brasil.

Com a Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), o procedimento da mediação foi esmiuçado, diferentemente da conciliação, que recebeu desta lei um tratamento superficial. A lei da mediação estabelece regras que ora coincidem e ora conflitam com as regras do Código de Processo Civil/2015 (CPC/2015), a exemplo da obrigatoriedade da participação das partes na conciliação ou na mediação⁷.

Já o CPC/2015 estabelece regras mais detalhadas sobre as duas modalidades de solução pacífica dos conflitos. A lei processual em vigor estabelece um tratamento idêntico a essas, ao longo dos seus dispositivos⁸. Apenas no art. 165⁹, o CPC diferencia os procedimentos de conciliação e mediação ao esclarecer que nos casos em que as partes litigantes não possuem vínculo anterior a técnica preferencial a ser adotada será, preferencialmente, a de conciliação. Nesta, o conciliador está autorizado a sugerir soluções para o litígio. A técnica da mediação se aplica, preferencialmente, aos casos em que partes que já possuem vínculos anteriores. Neste procedimento, o mediador não sugere uma solução, mas informa e auxilia as partes compreenderem o objeto do conflito, de modo que com restabelecimento da comunicação as próprias partes possam identificar, por si só, suas próprias soluções consensuais.

O art. 318 do CPC/2015, nas disposições gerais do procedimento comum diz: se aplica a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”. Já no parágrafo único do mesmo artigo, legislador esclarece que “o procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais”. Aqui, convém anotar, que as ações de família estão normatizadas com procedimento especial¹⁰. É neste ponto, que a questão objeto do trabalho merece uma

⁷ A diferença será tratada na fase contextual do trabalho.

⁸ O texto dos dispositivos contém a expressão: “conciliação ou de mediação”.

⁹ Art 165 [...] § 2º O **conciliador**, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver 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. § 3 O **mediador**, que atuará preferencialmente nos casos em que houver 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.

¹⁰ Capítulo X do CPC/2015.

reflexão, visto que a maioria dos tribunais brasileiros não atentam que as normas devem ser interpretadas segundo os princípios gerais do CPC/2015 e dos direitos fundamentais insculpidos na CRFB/88.

Nesse passo, os requisitos da petição inicial elencados no art. 319, do procedimento comum, diz no seu inciso VII, que o autor fará a opção “pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais, e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação¹¹. O réu será citado para responder os termos da ação¹² e intimado para comparecer a audiência. Assim, o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. Se assim não procederem serão multados^{13 14}.

No Capítulo X que trata do procedimento especial sobre as ações de família, o legislador estabeleceu no art. 695 do CPC que:

Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694¹⁵.

¹¹ Art. 334 caput.

¹² Art. 334 [...] § 4º A audiência não será realizada: I. se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II. quando não se admitir a autocomposição; § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência; . § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. [...] Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data; I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; II. do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º.

¹³ Art. 334 § 4º A audiência não será realizada: I. se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II. quando não se admitir a autocomposição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

¹⁴ § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

¹⁵ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, avendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Assim, parece que o legislador não quis dar às partes das ações de família a opção insculpida no inciso VII do art. 319, nos parágrafos 5º e 6º do art. 334 e inciso II do art 335¹⁶.

A interpretação dada a essa norma do art. 695 do CPC tem sido restritiva por parte dos tribunais brasileiros e por parte da doutrina especializada, com a adoção do entendimento de que as partes são obrigadas a comparecer a audiência de conciliação e mediação. Em outros termos: não poderão optar pela não realização de tais audiências.

É nesse esquadro fático que surge o problema objeto do presente trabalho de conclusão de curso. A novel legislação processual trouxe a obrigatoriedade da realização da audiência de autocomposição em ações de família, tal como já ocorria em procedimentos como o dos Juizados Especiais Cíveis da Lei n. 9.099/1995¹⁷. No Juizado, a pena é a extinção do processo, se ausente a autora, e a revelia, se ausente o réu¹⁸. Na Lei n. 5.478/68 – lei especial de alimentos, a penalidade está prevista no art. 7º, que diz: “O não comparecimento do autor determina o arquivamento do pedido, e a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato”.

A questão problema consiste em saber se o legislador quis afastar a opção de comparecer ou não às conciliações e mediações em ações de família. Mas se não há opção, caberia a multa prevista no procedimento comum, diante da ausência de uma ou das duas partes a audiência de conciliação ou mediação? A multa está relacionada ao descumprimento do ônus das partes em manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. A obrigatoriedade do comparecimento a tais audiências poderia ser imposta pelo legislador infraconstitucional?

Ou, ainda, a opção prevista no art. 319, inciso VII, no art. 334 §§ 4º e 5º e no art. 335 II do CPC também se aplicariam às ações de família? Nesse caso, se invocaria o disposto no art. 318, parágrafo único, do CPC, já que o legislador autorizou a aplicação do procedimento comum, de forma subsidiária, ao procedimento especial?

¹⁶ Art 335 [...] II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I.

¹⁷ Art. 16. Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias.

¹⁸ Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz. [...] Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo.

A via consensual é, em qualquer caso, adequada para o tratamento de conflitos familiares que tramitam na seara judicial? O Estado-legislador ou o Estado-Juiz podem obrigar as pessoas em conflito a participarem da audiência a fim de se lograr uma autocomposição, a despeito da vontade das partes?¹⁹.

Diante das questões acima expostas, o trabalho tem como objeto investigar se a regra da obrigatoriedade da participação das partes em audiências de mediação ou conciliação, em ações de família, está em conformidade com os princípios constitucionais e com as normas gerais da novel legislação processual civil. Como o tema é vasto, o objeto do estudo está delimitado na questão da obrigatoriedade da participação das partes em audiências de mediação ou conciliação em ações de família, nos moldes do CPC/2015.

A estratégia adotada na apresentação do trabalho é dividir o estudo duas partes. A primeira parte dedicada à fase contextual e a segunda parte à fase argumentativa.

Na parte contextual serão abordados os conceitos sobre mediação e conciliação à luz da doutrina e legislação pátria. Após se fará um breve histórico das composições amigáveis no Brasil e se apresentará a mediação e conciliação no direito comparado. Em seguida serão abordadas as ações familiares, assim como fundamentalidade e vinculação das normas constitucionais que as regem.

Na parte da argumentação jurídica será abordada a obrigatoriedade da participação das partes na audiência de conciliação e mediação à luz da doutrina e da jurisprudência brasileira. A seguir, se aferirá se a obrigatoriedade em estudo, nos moldes postos na legislação brasileira, se compatibiliza com os direitos fundamentais individuais consagrados pela Constituição do Brasil de 1988.

Recorre-se às ciências jurídicas, sendo certo que a metodologia empregada possui dimensão descritiva e crítica. A dimensão descritiva está presente em toda a fase contextual, com a exposição de dados históricos, reprodução de doutrina e legislações relacionadas a temática do trabalho. As dimensões descritivas e críticas estarão na parte argumentativa, visto que além da descrição das posições doutrinárias acerca da obrigatoriedade, se formulará questionamentos de índole constitucional a respeito dos limites do legislador infraconstitucional e da interpretação restritivas de normas de índole fundamental.

¹⁹ Sobre o tema, vide o artigo publicado na obra “Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro”. Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 77-91.

2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO - CONTEXTUALIZAÇÃO

Para compreensão da fase argumentativa impõe-se o conhecimento sobre esses dois procedimentos técnicos de autocomposição de litígios, seus conceitos e diferenças, à luz da doutrina e da legislação pátria.

2.1 Conciliação

Trata-se de técnica que visa a autocomposição de conflitos. Neste caso, atua como conciliador um profissional imparcial, que intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto. Segundo o CNJ, a conciliação tem por definição:

A Conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes²⁰.

Conforme ensina BARBOSA E SILVA (2013), no exercício de sua função, o conciliador, embora possa sugerir possibilidades de resolução, deve estimular as partes a elaborar soluções próprias²¹.

TARTUCE (2016, p.48) esclarece que a conciliação pode ocorrer tanto no contexto de uma demanda judicial como no âmbito de instituições privadas voltadas à resolução de litígios a exemplo das denominadas “câmaras de conciliação e arbitragem”.

No Brasil, entende-se a conciliação como fenômeno judicial em que as partes são conduzidas por um terceiro imparcial com o objetivo de se extinguir o processo²² sem dispêndio de tempo e dinheiro²³. Nesse sentido, configura um fenômeno processual.

²⁰ <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>.

²¹ BARBOSA E SILVA, Erica. Conciliador judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 185.

²² GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 50.

²³ VEZZULLA, 2001, p. 83.

Recentemente verificou-se um bruto aumento no incentivo e desenvolvimento das audiências preliminares e/ou tentativa de autocomposição²⁴. Muitas legislações agora contemplam a conciliação como procedimento relevante na gestão do conflito, como ocorre nas Leis dos Juizados Especiais²⁵ e Consolidação das Leis de Trabalho²⁶.

No CPC/2015 e na Lei de Mediação²⁷, a realização de sessões para a tentativa de autocomposição ocupa lugar de grande destaque, precedendo, inclusive, ao oferecimento de defesa pelo réu²⁸.

O CPC prevê ainda que nas ações de direito cível é dever do magistrado²⁹ incentivar a tentativa de conciliação entre as partes, a qualquer tempo do processo. O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil também disciplina no item VI, do § único do Art. 2º, que é dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. A OAB oferece ainda, em algumas seccionais, o serviço de mediação privada.

O magistrado não deve conciliar em processos em que irá julgar, pois para GREGO FILHO (2013), ao fazê-lo o juiz deixa de ser uma figura passiva, devendo exortar as partes para que cheguem a um acordo antes do início da instrução. Contudo, não deve o magistrado influenciar o estado de espírito das partes com “prognósticos de resultados favoráveis ou desfavoráveis, sob pena de comprometer sua imparcialidade no julgamento futuro se a conciliação não tiver sucesso”³⁰. Sem

²⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995. 4. Ed. São Paulo: RT, 2005, p. 51.

²⁵ Na Lei n. 9.099/1995, dispõe o art. 21 que, “Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei”.

²⁶ A conciliação é prevista em diversos dispositivos da CLT, merecendo especial destaque os art. 625-A e ss. (que tratam da Comissão de Conciliação Prévia) e 846.

²⁷ Lei n. 13.140/2015, art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

²⁸ Nos termos do art. 334, “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”

²⁹ Nos termos do art. 125, IV do CPC/73, “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. No Novo CPC teor similar consta no art. 139, V: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

³⁰ GREGO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, v. 2. 22, ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.

dúvida tem razão o autor no sentido de que o acordo não deve ser obtido por receio ou temor, mas por efetiva composição das partes, em verdadeira reorganização de suas posições.

Cumprido destacar que, pelo regime do CPC/2015 não é mais o juiz a pessoa responsável por conduzir a sessão consensual: esta deverá ser realizada necessariamente por um terceiro facilitador auxiliar do juízo — salvo se não houver conciliador ou mediador disponível³¹.

Para CARNEIRO, a conciliação judicial acontece da seguinte maneira:

marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade³².

A assertiva do autor, a despeito de sua interessante redação, revela a confusão conceitual corrente na qual se misturam as figuras do conciliador e do mediador; tal distinção será objeto de análise mais detalhada posteriormente.

2.2 Mediação

Mediação é o meio consensual de abordagem de resolução de litígios em que uma pessoa neutra e devidamente capacitada atua de maneira técnica para facilitando a comunicação entre as pessoas com o escopo de que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. Segundo o CNJ temos a seguinte definição:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades³³.

O ordenamento brasileiro conceitua este instituto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 13.140/2015:

³¹ CPC/2015, art. 334, §1º: “O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária”.

³² CARNEIRO, Ethos Gusmão. A conciliação no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>.

³³ <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>.

mediação é 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.

Por meio do conhecimento das origens da controvérsia, a mediação permite aos envolvidos ver com clareza o problema e os habilita a construir, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória (ou menos insatisfatória possível) à sua realidade interna e externa³⁴.

TARTUCE (2016, p.52) explica que como ao mediador incumbe trabalhar a comunicação entre as pessoas, é importante compreender algumas diretrizes. A comunicação conta com três partes essenciais: o emissor; o canal pelo qual a mensagem é transmitida; e o receptor.

Neste sentido, uma das funções do mediador é também organizar a comunicação para que ela se realize de forma eficiente e sem “ruídos”, com atenção, clareza e aceitação do ponto de vista do outro³⁵. Ele busca resgatar, nos envolvidos no conflito, sua responsabilidade pessoal, de forma que eles, sem indução, possam encontrar respostas adequadas para os impasses³⁶.

Portanto, a tarefa do mediador é aproximar as partes e fazer com que possam entender melhor a controvérsia, proporcionando alívio das pressões irracionais ou elementos emocionais complicadores que impeçam a visualização realista do conflito; assim, os contendores estarão mais bem preparados para proceder a uma análise mais equilibrada da situação e entabular um possível acordo³⁷.

À mediação foi atribuída tamanha relevância em nosso ordenamento que uma lei inteira foi dedicada a ela com vistas a disciplinar sua adoção tanto no âmbito judicial (Lei n. 13.140/2015, artigos 24 e 29) como no âmbito extrajudicial (Lei n. 13.140/2015, arts. 21 a 23).

O mediador³⁸ precisa atuar com equidistância diante das partes durante todo o procedimento sob pena de ver comprometida a credibilidade da intervenção; ainda

³⁴ CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. Revista do Advogado, n 62, p. 86, São Paulo, mar. 2001.

³⁵ VEZZULLA, 2001, p. 26-27.

³⁶ VILAR, Silvia Barona. Solución extrajudicial de conflito, cit. p. 74-75.

³⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem, cit., p. 39.

³⁸ SIX, Jean-François. Dinâmica da mediação. Trad. Giselle Goeninga, Águida Arruda Berbosa e Eliane Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 200.

que não seja efetivamente parcial, há o risco de ele soar como tal perante um dos interessados, o que poderá comprometer a continuidade do procedimento.

2.3 Semelhanças e diferenças entre mediação e conciliação

Há autores que consideram estes institutos sinônimos imperfeitos por constituírem apenas distintas orientações de desenvolvimento profissional relativo à autocomposição. Todavia, é pertinente diferenciar os institutos para que não haja confusão quanto às técnicas e os fins de cada um, evitando-se, com isso, usos indevidos³⁹.

Tanto a mediação quanto a conciliação são norteadas por **princípios** como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução n. 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Segundo TARTUCE (2015, p 177), São **pontos comuns à mediação e conciliação**: 1) A participação de um terceiro imparcial; 2) A provocação da comunicação em bases produtivas 3) A não imposição de resultados; 4) A busca de saídas satisfatórias para os envolvidos; 5) O exercício da autonomia privada na elaboração de saídas para os impasses.

Como bem complementa Erica Barbosa e Silva, ao mencionar a ética inerente aos meios consensuais e que o terceiro imparcial não pode expor opiniões pessoais, realizar julgamentos, nem unir-se a uma das partes ⁴⁰.

WATANABE (2003) faz pontuais **distinções** entre os institutos: na mediação o terceiro imparcial “procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução”, não intervindo de modo a fazer sugestões. Já na conciliação, o terceiro interfere no sentido de tentar apaziguar partes, podendo até sugerir algumas soluções para o conflito⁴¹.

³⁹ TARTUCE, 2015, p. 53.

⁴⁰ BARBOSA E SILVA, Erica. Conciliação judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 173.

⁴¹ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. (coord). Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários - CJF, 2003, p. 58.

Uma primeira diferença, portanto, diz respeito à extensão da atuação do mediador e do conciliador no que tange à formação da vontade das partes. O mediador busca fazer que os envolvidos elaborem propostas, enquanto o conciliador contribui para a sua formulação⁴², podendo até propor o conteúdo do acordo.

Quanto à forma de realização, também há **diferenças**. A mediação geralmente conta com diversas sessões em que o mediador trava contato com os envolvidos e, por meio de perguntas apropriadas, contribui para o alívio das resistências dos contentores, de modo que estes protagonizem saídas consensuais para o impasse. Diferentemente, a conciliação costuma ser verificada em uma ou duas sessões em que o conciliador insta as partes a se comporem e efetivarem um acordo.

A outra **diferenciação**, segundo o CNJ⁴³, está pautada no tipo de conflito. Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação; para conflitos subjetivos, nos quais exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação.

Os objetivos visados também são **diversos**. Para Lilia Maria de Moraes Sales, a distinção primordial entre mediação e conciliação reside no conteúdo de cada instituto.

Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo⁴⁴.

Deste modo, de um ponto de vista mais amplo, para o sucesso de uma mediação não é primordial que as partes celebrem um acordo formalizado, nem que este seja objeto de uma transação homologada em juízo⁴⁵.

Também há **diferença** quanto às sugestões de solução (o mediador não deve fazê-las) e também a profundidade da abordagem de certas questões (nas mediações as questões subjetivas costumam a ter maior espaço porque as relações são continuadas, já na conciliação o foco é mais objetivo, pois as interações entre as

⁴² BARBOSA, 2003, p. 55.

⁴³ Disponível na seção de perguntas frequentes do site do CNJ: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes>.

⁴⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e Mediação de Conflitos, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38.

⁴⁵ TARTUCE, 2015, p.53

partes costumam a ser esporádicas). Para Lília Maia de Moraes Sales (2004, p.53), fica assim esclarecido:

A diferença fundamental entre mediação e conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

Neste sentido Fernanda Levy (2013) ensina: enquanto o conciliador auxilia as partes a chegar ao acordo mediante concessões recíprocas, o mediador, com técnicas especiais, atuará de modo imparcial, “acolhendo os medianos para propiciar-lhes oportunidades de comunicação eficaz de modo que eles construam conjuntamente a melhor solução para o conflito”⁴⁶.

2.4 As figuras do conciliador e do mediador e sua escolha

O conciliador e o mediador foram expressamente incluídos como auxiliares da justiça (art. 149, in fine, do CPC/2015), dada a função relevante que desempenham no processo. Por isso, mesmo a eles, aplicam-se aos mesmos os motivos de impedimento e suspeição dos magistrados, conforme previsto no art. 148, II, CPC/2015 e no art. 5º da Lei n. 13.140/2015⁴⁷.

De acordo com a novel lei processual, o conciliador atuará preferencialmente nos feitos em que não houver vínculo prévio entre as partes; e o mediador nas hipóteses em que este se verificar este vínculo (art. 165, §§ 2º e 3º, do CPC/2015). De fato, a ideia é que a mediação ocorra para as situações de relações contínuas, como aquelas entre familiares, vizinhos, ou pessoas que por algum motivo convivam intensamente. Isto porque a mediação atua justamente para resolver o vínculo, e não o problema isolado, definindo um espaço mínimo de convivência entre os litigantes; seu resultado tenta reconstruir, dentro do possível, o relacionamento entre as partes, ajudando estas a resolver suas disputas e administrar melhor os seus conflitos.

Quanto aos limites de atuação, o CPC prevê que o conciliador poderá "sugerir soluções para o litígio", enquanto o mediador "auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito", de modo que estes possam

⁴⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem, PUC, 2013, p. 57-58.

⁴⁷ MENDES e HARTMANN, 2016.

"identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos" (art. 165, §§ 2º e 3º, do CPC/2015). As funções são limítrofes, exigindo, destarte, que os respectivos profissionais sejam preparados e qualificados para o desempenho de sua função.

Quanto à escolha do auxiliar, na mediação judicial tem-se norma específica dispondo que o mediador não estará sujeito à prévia aceitação da parte (art. 25 da Lei n. 13.140/2015), muito embora isto não signifique que o mesmo não possa ser recusado, caso suscitada dúvida sobre sua imparcialidade (art. 5º do parágrafo único, Lei n. 13.140/2015). Assim, a mediação se escora na lógica da autonomia da vontade (art. 166 do CPC/2015 c/c § 2º, V, da Lei n. 13.140/2015).

2.5 A formação dos mediadores e conciliadores

O CPC/2015 não faz qualquer exigência quanto à qualificação profissional do mediador ou conciliador judicial, exigindo apenas a capacitação mínima por curso realizado por entidade credenciada que o habilite a se inscrever em cadastro nacional e cadastro do Tribunal em que o mediador ou conciliador pretende atuar⁴⁸. A capacitação é feita pelo CEJUSC⁴⁹ dos NUPEMECs⁵⁰ dos Tribunais de todo o país.

Para atuar como mediador judicial é preciso ser graduado há pelo menos dois anos, em qualquer área de formação, conforme dispõe o art. 11 da Lei de Mediação.

Lei n. 13.140/2015 [...] art. 11: Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça

⁴⁸ CPC/2015, art. 167: "Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal."

⁴⁹ Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

⁵⁰ Núcleos Permanentes de Métodos Processuais de Solução de Conflitos

Para atuar como mediador extrajudicial, por outro lado, a Lei de Mediação exige apenas que a pessoa seja capaz e tenha capacitação em mediação⁵¹.

Essa exigência não se aplica ao conciliador, que pode atuar antes de concluir o curso superior, desde que tenha recebido a adequada capacitação

A Resolução n. 125/2010/CNJ e a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil - CPC) também determinam a obrigatoriedade da capacitação do mediador judicial e do conciliador, por meio de curso realizado pelos tribunais ou por entidades formadoras reconhecidas pela ENFAM, conforme parâmetros curriculares estabelecidos pelo próprio CNJ⁵².

O CNJ mantém um Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ) para inscrição de mediadores judiciais, conciliadores e câmaras privadas. Os tribunais podem utilizar-se deste cadastro ou criar cadastros próprios para apresentar os capacitados a atuar em cada jurisdição.

A atuação do mediador judicial é vinculada ao tribunal ou instituição formadora que ofertou o curso de capacitação, nos termos da Resolução ENFAM n. 2/2016, atualizada pela Resolução ENFAM n. 3/2017.

Como regra, a remuneração devida aos mediadores judiciais e aos conciliadores será custeada pelas partes, assegurada a gratuidade aos necessitados, na forma da lei. A atuação destes é regrada por um Código de Ética também disposto pela Resolução n. 125/2010/CNJ⁵³.

2.6 Notas históricas e de direito comparado

Conflitos e disputas sempre existiram no convívio social, assim como, de algum modo, sempre houve meios de resolvê-los em diferentes tempos, lugares e culturas⁵⁴ (judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas)⁵⁵.

⁵¹ Lei. n. 13.140/2015, art. 9º: “Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.”

⁵² Resolução n. 125/2010/CNJ.

⁵³ <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/quero-ser-um-conciliador-mediador>.

⁵⁴ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego. Introdução histórica e modelos de mediação.

⁵⁵ MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. Revista de Arbitragem, ano 1, n.3, p. 142, São Paulo, RT, set.-dez. 2004.

A maneira pela qual os primeiros indivíduos⁵⁶ em conflito resolviam seus impasses (negociação, assistência de uma terceira parte, violência, mediação, arbitragem ou adjudicação) constituem tema tanto para antropólogos quanto para historiadores⁵⁷.

Desde os primórdios da civilização, o acesso à justiça (enquanto possibilidade de resolução justa de controvérsia) sempre pôde ser concretizado pela negociação direta ou pela mediação de um terceiro⁵⁸. Embora alguns autores identifiquem o início do uso da mediação na Bíblia, é mais provável que ela tenha existido antes mesmo da história escrita, sobretudo em um contexto em que um terceiro imparcial servia a diversas funções⁵⁹.

Vale destacar que o uso da mediação pode ser encontrado na resolução de disputas entre nações, a exemplo da demarcação de fronteiras brasileiras. A abordagem de disputas por meio de intermediários neutros possui uma rica história em todas as culturas - tanto no Oriente quando no Ocidente.

Com o tempo, alguns princípios inerentes à solução informal de disputas e ligados à busca de satisfação mútua sem o uso da força foram se aprimorando.

Há centenas de anos a mediação é usada na China e no Japão como forma primária de resolução de conflitos. Na China, a mediação decorria diretamente da visão de Confúcio sobre a harmonia natural e solução de problemas pela moral em vez da coerção; e está ainda enraizado na cultura⁶⁰. Já o estilo nipônico sempre seguiu um modelo conciliatório⁶¹, na qual é gasto muito tempo construindo-se uma relação, sem a qual um acordo não é atingido.

A resolução informal também pode ser encontrada em diversas outras culturas, como a de pescadores escandinavos, de tribos africanas e de kibbutzim israelitas. O

⁵⁶ Destaca Juan VEZZULLA (2001, p.88) que os povos antigos costumavam adotar a mediação por sua busca pela harmonia interna e em prol da preservação da união necessária a defesa contra ataques de outros povos. Também no ocidente sua busca revela-se ligada à procura de preservação da paz interna, que possa assegurar uma sociedade na qual se viva melhor e com condições de enfrentar a globalização sem perda da individualidade.

⁵⁷ BRAGA NETO, Adolfo. Acesso à justiça por meios alternativos de resolução de conflitos. Mediação - perspectivas nacionais. Brasília, 15.06.2005.

⁵⁸ MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação, cit, p. 145.

⁵⁹ KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: principles and practice*, 2004, p. 28.

⁶⁰ Segundo KOVACH, 2004, p.28 “os comitês de mediação, formados por vários membros de cada comunidade local, resolvem mais de 80% dos conflitos civis. Hoje, os People’s Mediation Committees são as instituições dominantes em mediação e resolvem cerca de 7.2 milhões de disputadas por ano, mantendo o controle social nas comunidades rurais e urbanas”.

⁶¹ KOVACH, 2004.

elemento comum a todas é o primado da paz e da harmonia em detrimento do conflito, da litigância e da vitória.⁶²

Nas pequenas causas, a solução mais pacífica e menos formal também advém dos tempos medievais. No Reino Unido havia uma *Court of Conscience* para a recuperação de pequenas dívidas sem sanção legal até regularizado pela Lei das Corporações Municipais (Irlanda) de 1840. Esse sistema de “*Small Claims Courts*” é bastante similar aos atuais Juizados Especiais existentes no Brasil, continua a existir no Reino Unido e ainda utilizado nos EUA, Israel, Canada, Hong Kong, Irlanda, Nova Zelândia, Filipinas, Escócia, Singapura, África do Sul entre outros.

Já nos séculos XVIII e XIX, a distribuição de justiça acabou regulada pelo Poder Judiciário. O direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda⁶³.

Na França, nos fins do século XVIII, a lei dispunha sobre a arbitragem, que era muito utilizada em matéria comercial. No início do século XIX foram criados os juízes de paz, inicialmente eram eleitos, mas depois passaram a ser nomeados, na qual seus julgamentos eram baseados na equidade e não no direito. A conciliação obrigatória foi extinta em 1949 e os juízes de paz foram suprimidos em 1958.

Durante a colonização dos Estados Unidos, foi priorizado o consenso comunitário em detrimento do individualismo e da beligerância e isso formou as bases da mediação. Já no final do século XVIII, porém, o uso de formas não legais de disputas entrou em declínio em razão do aumento da população e consequente dissipação do sentimento de comunidade, desenvolvimento da indústria e do comércio e aumento da aceitabilidade de muitas *common laws*⁶⁴.

A mediação foi também usada na seara trabalhista no começo da industrialização americana. Com a coletivização dos conflitos, foi criado, em 1931, um Departamento específico substituindo as resoluções comunitárias e da Igreja. Houve certo descontentamento pelos elevados custos judiciais e pela demanda de tempo.

⁶² KOVACH, 2004.

⁶³ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. 1988, p. 9.

⁶⁴ CAPELLETTI e GARTH (1988)

Os dos primeiros programas de resgate da mediação se deram na *Pound Conference* (em 1976) e através da *American Arbitration Association* (AAA), que promovia programas-piloto de mediação⁶⁵.

Em 1976, Frank Sander⁶⁶ apresentou a ideia de que os tribunais estatais não poderiam ter apenas uma “porta” de recepção de demandas relacionadas ao litígio, mas poderiam direcionar casos para vários outros meios entre os quais mediação, a conciliação e a arbitragem. Esse evento é visto por muitos como o “Bing Bang” da teoria prática e moderna da resolução de disputas⁶⁷ e recentemente foi recepcionada pelo Brasil pela Resolução n. 125/2010 do CNJ.

Nos EUA não há lei federal que institua a mediação, pois os estados possuem competência para editar as leis que regulamentam os procedimentos judiciais e as demais formas de solução de conflitos. No entanto, as ideias de Sander receberam apoio da Suprema Corte e de movimentos sociais que geminaram e culminaram na concretização de uma série de iniciativas no setor público e no desenvolvimento da resolução de disputas no setor privado⁶⁸, assim como cresceu a utilização da mediação em questões de Direito de Família (com maior envolvimento também de psicólogos).

Na Inglaterra, um projeto universitário denominado *Parents Forever*, idealizado por Lisa Parkinson, em 1978, com foco na resolução de conflitos entre casais separados ensejou a fundação do primeiro serviço de mediação familiar. Tal prática da mediação acabou por expandir-se por todo Reino Unido⁶⁹ e alcançou a Austrália e o Canadá. A Austrália, desde 1976, tinha a mediação como voluntária e gratuita. Na Grã-Bretanha, nos dias atuais, há ampla tradição no procedimento de mediação e continua a ser voluntário.

Nos anos de 1980, a partir de Quebec, adaptou-se o instituto da mediação para a língua francesa; e a questão “das famílias” foi aperfeiçoada com o enfoque da

⁶⁵ CAPELLETTI e GARTH (1988, p. 31-32).

⁶⁶ Professor de Harvard, iniciou uma grande revolução no campo de resolução de disputas com seu famoso discurso “Variedades de Processos de Resolução de Disputas” na Conferência Roscoe Pound sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça.

⁶⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations: a Brief History of the Foundations of Dispute Resolution*. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (coords.). *The Handbook of Dispute Resolution*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p.19.

⁶⁸ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego. *Introdução histórica e modelos de mediação*.

⁶⁹ BARBOSA, Águida Arruda. *História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências*. Disponível em: www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/anaispgsintrod-partl.pdf.

interdisciplinaridade⁷⁰. Hoje, no Canadá, a mediação é voluntária. Ela atende e resolve a uma multiplicidade de demandas em direito de família.

Desde 1989, existe na França uma Casa da Mediação, que é uma associação independente, onde são realizadas consultas e solicitadas mediações familiares. Desde 1995⁷¹ o magistrado costuma fixar um prazo inicial para a sua realização dessa audiência⁷². Jean-François Six, porém, destaca a importância de que o acordo para a passagem pela mediação seja genuíno; afinal, ante a sobrecarga dos tribunais, é “tentador” para o juiz enviar as partes autoritariamente à saída da mediação - essa situação é preocupante, uma vez que é necessário um real acordo para que a mediação se encaminhe⁷³.

Em toda a América Latina, na década de 1990, foram realizadas conferências sobre “meios alternativos de solução de conflitos” que passaram a sensibilizar os gestores de conflitos⁷⁴. Tal movimento estava baseado em um documento técnico do Banco Mundial⁷⁵, que exortava a descentralização na administração da justiça com adoção de políticas de mediação e justiça restaurativa, e em uma recomendação do Conselho Econômico e Social Nações Unidas⁷⁶, para que os Estados contemplassem procedimentos alternativos ao sistema judicial tradicional.

Na Colômbia, a Lei n. 23/1991 criou mecanismos para descongestionar o Judiciário, prevendo a criação de centros de mediação sob controle do Ministério da Justiça. A lei obrigou os Cursos de Direito a organizarem centros próprios de mediação, assim como previu a mediação comunitária (os juízes podiam eleger, de uma lista, quais os mediadores atuariam, gratuitamente, em certos conflitos)⁷⁷.

⁷⁰ BARBOSA, Águida Arruda. História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências. Disponível em: www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/anaispgsintrod-partl.pdf.

⁷¹ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça, cit., p. 790.

⁷² Lei n. 95.125, de 08.02.1995, art. 23: “A duração da missão da conciliação ou de mediação é inicialmente fixada pelo juiz sem que possa exceder um prazo fixado por decreto do Conselho do Estado. O juiz pode, no entanto, renovar a missão de conciliação ou de mediação. Ele pode igualmente encerrá-la antes da expiração do prazo que fixou, de ofício ou a pedido do conciliador, do mediador ou de uma parte” (SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*, cit. p. 144).

⁷³ Idem, p. 145-146.

⁷⁴ Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008. Disponível em http://www.adm-ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre_luis_atual.pdf.

⁷⁵ Documento técnico nº 319/96 editado pelo Banco Mundial sob o título “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma”.

⁷⁶ Resolução nº 1.999/1996.

⁷⁷ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I.; ALVAREZ, Gladys. *Mediación para resolver conflictos*, cit., p. 154-155.

Também em 1991, na Argentina, o Ministério da Justiça começou a elaborar um Plano Nacional de Mediação para implementar programas consensuais em diversos setores da sociedade⁷⁸ que culminou promulgação da Lei n. 24.573/1995 na qual tornou obrigatória a mediação privada anteriormente a demanda judicial. Tal procedimento é similar no Japão.

Os princípios da conciliação foram introduzidos no ordenamento jurídico do Perú em 1997 através da *Ley de Conciliación* n. 2.687 (regulamentada em 2008 pelo Decreto Supremo n. 014), e prevê a possibilidade de realização de conciliação e mediação através da via judicial pela vontade das partes.

O Parlamento Europeu, por intermédio do Conselho da União Europeia, emitiu uma Diretiva⁷⁹ em 2008 na qual definia mediação. Tal Diretiva influenciou alguns países europeus e na Itália, em particular, foi editada a Lei n. 69/2009, que autorizava o Governo a emitir Decreto Legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Direito Comunitário.

Em países como Alemanha, Finlândia e Noruega, a mediação é obrigatória em todos os processos de separação. Na Áustria, Bélgica, Suíça e França, o procedimento é voluntário e privado, enquanto na Espanha o procedimento é voluntário, extrajudicial e judicial.

2.7 Legislação pátria

Grande parte histórica já foi abordada ao longo do trabalho, mas devemos recordar alguns tópicos. No Brasil, a tradição legislativa contempla previsões sobre conciliação desde 1824, quando a Constituição outorgada criou a Justiça de Paz⁸⁰.

A CRFB/88, em seu art. 98, I, criou os juizados para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade. Com o advento da Lei n. 9.099/95 a política judiciária, inaugurou a cultura da conciliação no país.

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) previu a conciliação e mediação como meios distintos de solução de conflitos no seu artigo 165. Na conciliação, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º). Já na

⁷⁸ Idem, p. 176.

⁷⁹ Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008.

⁸⁰ SILVA, Sergio Viana da. Mediação: A autocomposição como valor paradigmático em face do Novo Código de Processo. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20104&revista_caderno=21ht.

mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções (art. 165, § 3º).

A Lei da Mediação (Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015) adotou definição de mediação no mesmo sentido dado pelo CPC, mas com maior precisão, dispondo, no parágrafo único, do art. 1º.

A Lei da Mediação, em conformidade com o CPC, informa expressamente que a mediação tem como princípios a imparcialidade, a autonomia da vontade das partes, a confidencialidade e a informalidade. Todavia, a Lei da Mediação também prevê expressamente os princípios da isonomia entre as partes, oralidade, busca do consenso e boa-fé, não se referindo explicitamente aos princípios da independência, da oralidade e da decisão informada, estes referidos expressamente no CPC⁸¹.

A falta de simetria entre a Lei da Mediação e o CPC não deve causar consequências práticas, pois seria um disparate se negar o princípio da oralidade, da busca do consenso, da boa-fé, da independência e da decisão informada na mediação, ainda que não houvesse previsão legal expressa neste sentido⁸².

No tocante a obrigatoriedade da presença na audiência de mediação, a falta de simetria entre as leis é bastante criticável. Veja-se que na lei da mediação diz que “quando existir cláusula contratual de mediação as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação, mas ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Já o CPC prevê como regra geral, no procedimento comum, a designação de uma audiência de conciliação ou de mediação, salvo de ambas as partes manifestarem desinteresse na solução consensual, impondo a aplicação de pena de multa à ausência injustificada.

Toda a matéria disciplinada no Código restou mitigada pela Lei de Mediação, pois o CPC/2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) entrou em vigor em dezembro de 2015 e a lei de mediação em março de 2016.

Segundo o parágrafo 2º, do art. 2º Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” Assim, identifica-se um conflito parcial entre a lei geral (CPC) e lei especial (Lei de Mediação).

⁸¹ PEREIRA, Anne Thais Oliveira Santos. A legislação brasileira sobre mediação. Disponível em: <https://annethais.jusbrasil.com.br/artigos/350858879/a-legislacao-brasileira-sobre-mediacao>.

⁸² idem

Se aplicado o § 2º, do art. 2º da LINDB, a opção pela mediação do CPC estaria revogada pela Lei de Mediação (posterior e especial), já que esta última obriga as partes a comparecerem à primeira reunião de mediação. A regra que contempla a opção de comparecimento ou não (§§ 4º e 5º do art. 334) não foi reproduzida pela lei de mediação.

Diante disso, revela-se a incompatibilidade da disciplina geral do Código com a regra especial e posterior da Lei de Mediação (artigos 3º e 27). Esse conflito de normas, resulta numa diferenciação técnica relevante entre conciliação e a mediação no tocante à obrigatoriedade da presença das partes, objeto do estudo, que na prática dos Tribunais brasileiros é ignorada. Isso porque, cada Juiz de Família adota uma interpretação das normas mencionadas, no âmbito de cada Tribunal de Justiça dos Estados da Federação⁸³.

Assim, o Estado passou por uma maturação ideológica e doutrinária que permeou, sinteticamente⁸⁴, conforme apresentado, os seguintes documentos, de acordo com a linha do tempo:

- 1824/ Constituição de 1824, com a criação da Justiça de Paz
- 1827/ Regulamentação da Justiça de Paz - lei que instituiu a presença de um juiz de paz para realizar conciliações.
- 1891/ Constituição manteve a Justiça de Paz
- 1934/ Constituição manteve a Justiça de Paz
- 1937/ Constituição - manteve a Justiça de Paz
- 1946/ Constituição - manteve a Justiça de Paz
- 1967/ Constituição - manteve a Justiça de Paz
- 1967/ EC - manteve a Justiça de Paz
- 1968/ Lei 5.478 - Lei Especial de Alimentos
- 1973/ Código de Processo Civil, art 447 e 448 - previa a realização de uma audiência preliminar que aglutinaria a tentativa de conciliação e saneamento do processo
- 1982/ Tribunais de Pequenas Causas
- 1998/ Projeto de Lei (PL) 4.827, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra
- 1984/ Lei 7.244 - Juizado Especial de Pequenas Causas
- 1988/ Constituição, art 24 e 98
- 1994/ Lei 8.952, altera art 331 do CPC/73
- 1996/ Lei 9.307, artigo 13, instituto da arbitragem
- 1995/ Lei 9.099 - Lei dos Juizados Especiais e Cíveis Criminais
- 2002/ Lei 10.444, nova alteração art 331 do CPC/73
- 2002/ aprovação do PL 4.827 na CCJ com o nome PLC 94
- 2004/ EC 45 sobre a Reforma do Judiciário e alteração no PLC 94
- 2006/ Movimento do CNJ na qual "Conciliar é Legal"
- 2006/ emenda ao PLC 94 no Senado, e aprovado em 11/07/2006
- 2009/ início dos trabalhos de elaboração de um novo CPC

⁸³ Será visto, posteriormente, que o legislador infraconstitucional em nenhum caso não poderá afastar a autonomia de vontade, que é o conteúdo do direito de liberdade, para implementar métodos de solução amigáveis de conflito, como uma etapa processual.

⁸⁴ PINHO e ALVES (2015).

- 2010/ PLC 94 devolvido a CCJ quando da apresentação de proposta de Novo CPC
- 2010/ Resolução do CNJ 70
- 2010/ Resolução do CNJ 125
- 2011/ PL 517 com proposta de regulamentação da mediação
- 2013/ apensados ao PL 517/2011 dois PLS 405/13 e 434/13 e realização de audiências públicas
- 2014/ PL 517 é recebido como Projeto de Lei 7.169
- 2015/ Lei 13.105, Código do Processo Civil
- 2015/ Lei 13.140, Lei de Mediação
- 2016/ Enunciados Resolução n. 2 ENFAM
- 2017/ Enunciados Resolução n. 3 ENFAM

2.7.1 A família no direito brasileiro (CPC/2015)

As famílias, nos dias de hoje, possuem estruturação variada. Não há na legislação brasileira um conceito sobre família. No art. 226 da CRFB/88, o legislador constituinte não disse como ela é constituída, entretanto conferiu a essa entidade uma proteção especial do Estado, deixando inconteste que ela é a base da sociedade. Já Maria Berenice Dias⁸⁵, assim aborda o tema:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigoando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua formação.

Assim, a família advém de núcleos diversos, por meio de laços sanguíneos ou de laços afetivos. Desses laços emergem uma plêiade de normas-regras ou normas-princípios dispendo sobre os direitos e deveres pessoais e patrimoniais dos integrantes do núcleo familiar. Quando essas normas se relacionam com direitos da personalidade, tais como filiação, nome e sexo, passam a ter força cogente e são de “ordem pública”, ou seja, se opõe a qualquer disposição que venham lesioná-las. As normas de “ordem pública” não podem ser afastadas por vontade das partes⁸⁶.

O direito familiar brasileiro, que é um ramo do direito privado, está ancorado nos princípios da pluralidade e da afetividade que regem a “família constitucionalizada”. A CFRB/88 assumiu a função instrumental de lei fundamental da

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito Das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

⁸⁶ As regras de ordem pública existem no Direito Público, bem como no Direito Privado. Temos como exemplos no Direito Privado os impedimentos no casamento e as regras de incapacidade. Assim, e sabendo que o conceito de ordem pública é mais amplo do que o de Direito Público, temos algumas conclusões: a) Toda regra de Direito Público é também uma regra de ordem pública; e b) Nem toda regra de ordem pública é de Direito Público, a exemplo do direito de família. In <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1920760/o-que-se-entende-por-regra-de-ordem-publica-denise-cristina-mantovani-cera>.

família, posição esta antes afeta à legislação civil. Sob a regência do postulado da dignidade da pessoa humana, os citados princípios (e muitos outros) vêm sendo orquestrados pelo Poder Judiciário para a resolução de demandas familiares⁸⁷.

Em 2011, o STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, disse que a “família” é uma entidade que “não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo”. Para a Corte, o elenco de famílias previstas no § 4º do art. 226 da CRFB/88 é apenas enunciativo e não taxativo. Esse dispositivo, em seu programa normativo, prevê apenas como entidade familiar o casamento e a união estável entre homens e mulheres, assim como a família monoparental, constituída por um dos genitores e sua prole⁸⁸.

Diante do “alargamento conceitual das relações interpessoais” a família não mais possui um “significado singular”, defende Maria Berenice Dias (2013, p.4) Assim, na doutrina e na jurisprudência identificam-se variadas espécies de família: dentre as quais, a título de ilustração, destacam-se: o casamento por usucapião⁸⁹, a família paralela⁹⁰, a união homoafetiva (união estável de pessoas do mesmo sexo), a união poliafetiva (de um homem, com duas mulheres, por exemplo)⁹¹ e a família constituída por uma só pessoa⁹².

Em face dessa pluralidade, DIAS (2013, p.28) defende a utilização da expressão “Direito das Famílias” ao invés de Direito de Família: “Como a linguagem condiciona o pensamento, é chegada a hora de subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias”

2.7.2 As ações de família e a solução pacífica dos conflitos

⁸⁷ CASALI, Andréa. (2015, p.30).

⁸⁸ CASALI, Andréa. (2015, p.30).

⁸⁹ Ou seja, é a união estável que com o decurso do tempo confere o estado de casado (DIAS, 2013, p.46).

⁹⁰ Esta entidade familiar é o antigo concubinato, chamado de adulterino, espúrio ou de má fé. Sobre as famílias simultâneas (ou paralelas) existem vários julgados no Brasil. Dias, M. B. (2013, pp.48-49) cita: TJRS, AC 70049106578, 8ª C. Civ, julgado em 13/09/2012 e TRF-4ª Região IUJEF 0000558-54.2009.404.7195, julgado em 01/06/2011.

⁹¹ O IBDFAM (2012) noticia: “Escritura reconhece união afetiva a três”. “Em agosto de 2012 foi divulgada a lavratura de uma Escritura Pública de União Poliafetiva que, de acordo com a tabeliã de notas e protestos da cidade de Tupã, interior de São Paulo, Cláudia do Nascimento Domingues, pode ser considerada a primeira que trata sobre uniões poliafetivas no Brasil”.

⁹² MALUF & MALUF (2013) argumentam sobre a existência da família formada por uma só pessoa, pois a Lei n. 8.009/90 ao dar proteção do bem de família “não determina expressamente o número de pessoas que deve compor a unidade familiar para sua aplicação”.

A família brasileira, hoje, possui uma normatização pulverizada e é caracterizada, segundo as interpretações judiciais, como uma entidade plural e afetiva.

Com isso, as demandas decorrentes de conflitos familiares não podem ser listadas taxativamente, assim como cita o art. 694 e seguintes do CPC/2015: divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável; de guarda, visitação e de filiação (art. 693, CPC/2015). Trata-se de um elenco exemplificativo, visto que existem diversas ações regidas pelo procedimento especial do CPC/2015, a exemplo das ações patrimoniais decorrentes da extinção do casamento e da união estável, quando não se aplica o rito especial da Lei n. 5.478/1968, modificação de regime de bens, indenizações por abandono afetivo etc.

As ações regidas por leis específicas, como a Lei Especial de Alimentos (Lei n. 5.478/1968) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069/1990) são regidas por ritos próprios, mas também podem buscar regramento no procedimento especial do CPC, de forma subsidiária. É isso que prevê o art. 693, em seu parágrafo único.

Por isso, pode-se afirmar que outras ações não especificadas no *caput* do art. 693 do CPC/2015 e atinentes ao direito de família, são igualmente processadas pelo rito especial contencioso regido entre seus arts. 693 e 699, ou ainda adaptados no que couber.

Pois bem, como veremos a seguir, o legislador na feitura do código quis tornar obrigatória a etapa de composição amigável, antes da resposta do réu. O artigo 694 do CPC/2015 deixa cristalina a política legislativa e judiciária de fomento na solução de conflitos por meio da mediação e conciliação visto que em seu texto diz que *nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento.*

Assim, um psicólogo, uma assistente social, um médico, assim como outros profissionais, podem mediar conflitos familiares valendo-se do seu conhecimento especializado sobre o objeto do conflito, que pode versar sobre qualquer área de conhecimento. As questões demandadas em varas de família são oriundas de conflitos diversos, tais como: conflitos psicológicos, questões sociais, problemas de saúde (a exemplo da interdição ou tomada de decisão apoiada de um filho maior incapacitado por algum motivo) etc.

São inúmeras as situações que o profissional, com conhecimento especializado, poderá melhor levar a informação técnica às partes a fim de que elas logrem consenso na resolução de seu conflito.

No procedimento especial sobre as ações de família, o art. 695 do CPC diz que: “Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694⁹³.”

Pois bem, disse o legislador que o juiz ordenará que as partes compareçam a audiência, se for o caso. Isso porque, pode *não ser o caso*.

Pode *não ser o caso*, quando a demanda não admitir composição amigável pela sua própria natureza, a exemplo de um divórcio de índole potestativa das partes que são possuem filhos ou bens a partilha; quando exigir uma perícia urgente liminar, a exemplo de indícios de abuso de um dos genitores no exercício do poder parental ou quando uma das partes está beneficiada com medida protetiva pelo Juizado de Violência Doméstica não podendo o agressor se aproximar da vítima, ou *não ser o caso* quando em uma das demandas especificadas no *caput* do art. 693 do CPC, o réu estiver em lugar incerto e não sabido, situação esta que importará na sua citação ficta.

A despeito dos casos em que *não for necessária ou for inócua* a audiência, com o fim de obtenção de composição amigável, não quis o legislador dar as partes das ações de família a opção insculpida no inciso VII do art. 319, par. 5º e 6º do 334 e inciso II do art 335. Em outros termos, o legislador quis que a audiência de conciliação e mediação em demandas familiares fosse obrigatória.

Sobre o silêncio eloquente do legislador, que não normatizou a opção às partes manifestarem sua vontade em se submeter ou não a tais audiências em demandas familiares, envolvem várias questões. Veja-se que nada disse o CPC/2015 sobre as consequências do não comparecimento. Para alguns o não comparecimento seria um atentado a jurisdição ou ainda importaria em multa, nos moldes da regra geral da lei processual. A lei poderia ter previsto que se audiência restar infrutífera diante do não

⁹³ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

comparecimento das partes, o processo seria extinto ou aplicada a revelia⁹⁴, tal como fez a Lei n. 9.099/1995⁹⁵ e a Lei n. 5.478/68 – Lei Especial de Alimentos, no seu art. 7º⁹⁶.

No próximo item, dedicado a fase argumentativa do estudo, tratará a questão da aplicação da opção prevista no art. 319, inciso VII, no art. 334 §§ 4º e 5º e no art. 335 II do CPC às ações de família, não de forma subsidiária, como previsto no art. 318, parágrafo único, mas de forma necessária e indispensável ao procedimento especial. Neste ponto, se discorrerá sobre a consensualidade e da autonomia de vontade, que são princípios das autocomposições em conflitos familiares.

Por fim, se esclarecerá se a regra da obrigatoriedade da participação das partes nas audiências está em conformidade com os princípios constitucionais e com as normas gerais da novel legislação processual civil.

⁹⁴ Obviamente que aplicável nos direitos disponíveis.

⁹⁵ Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz. [...] Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

⁹⁶ Lei n. 5.478/68 – art. 7º O não comparecimento do autor determina o arquivamento do pedido, e a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

3.1 A fundamentalidade e a vinculação dos direitos fundamentais

Como visto, segundo a lei processual vigente, a via consensual não é, em qualquer caso, adequada para o tratamento de todos conflitos familiares que tramitam no Poder Judiciário. No caso da regra do art. 695 do CPC, a discricionariedade do julgador irá definir quando *for o caso* da obrigatória etapa processual da audiência de conciliação e mediação.

Nesse passo, é mister continuar a investigação para ser esclarecida a questão de o Poder Legislativo ser competente para criar uma norma que o obrigue a presença das partes em audiência, remetendo a decisão da obrigatoriedade à discricionariedade judicial. Da mesma forma, é mister esclarecer se Estado-Juiz está obrigado a cumprir essa norma, a despeito da vontade das partes⁹⁷. Para tanto, é necessário conhecer as características dos direitos fundamentais, já que a autonomia de vontade possui tal natureza, como veremos no item seguinte.

A CRFB/88, no seu Título II, traz um elenco de dispositivos sobre os direitos e garantias fundamentais. No Capítulo I deste Título, no *caput* do art. 5º, estão elencados os direitos “à vida” e “à liberdade”.

Sobre o tema, segundo Ingo Wolfgang Sarlet e André Rufino do Vale⁹⁸, comentam que:

O direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e a identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional [...] a **positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional**. Com efeito, a liberdade como faculdade genérica de ação ou omissão, confere amplíssimo leque de possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido através de liberdades específicas previstas nos textos normativos [...]. Grifo nosso.

A CRFB/88 é explícita quando prescreve a aplicação imediata das normas definidoras dos “direitos e garantias fundamentais” e, indo para além disto, atribuiu-lhes o status de cláusulas pétreas, insuscetíveis de serem abolidas, conforme inciso IV, § 4º, do art. 60. Isso é assim, porque tais direitos e garantias dotados de

⁹⁷ Sobre o tema, vide o artigo publicado na obra “Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro”. Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 77-91.

⁹⁸ CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK, 2013, p. 218.

fundamentabilidade foram, originariamente, concebidos apenas como salvaguardas de proteção ao arbítrio do Estado contra as pessoas.

Assim, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação da vida das pessoas. Neste ponto, deve-se esclarecer a distinção das liberdades em positivas e negativas teorizada por Bobbio⁹⁹. Segundo ele, a liberdade negativa consubstancia-se na ausência de impedimento, ou seja, na possibilidade de a pessoa fazer algo de que não está vedado por lei como uma conduta proibida.

Disso concluiu-se que, em regra, a pessoa pode fazer tudo o que não esteja proibido ou vedado por lei. De outro lado, existe a liberdade negativa, que reside na possibilidade de não fazer, ou seja, se não há proibição de ser fazer algo por ausência de lei, se há a omissão estatal nesse sentido é permitido à pessoa um não-fazer.

Nessa esteira, a lei fundamental consagra a liberdade de fazer e de não fazer. O inciso II, do art. 5º, da CRFB/88, trata da liberdade negativa. Esta regra expressa no texto da Carta e diz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"¹⁰⁰. Se não há impedimento legal o "não fazer" é conduta omissiva autorizada pelo Estado. Em sua parte final, referido dispositivo é inequívoco quanto a garantia do direito de liberdade no país estar adstrita aos limites positivados nas leis infraconstitucionais.

A diferença dos direitos fundamentais em relação aos demais direitos reside na vinculação do Estado. Em outros termos: o Estado (legislador, administrador e juiz) não pode suprimir os direitos dotados de fundamentalidade; pode, todavia, ampliá-los, por meio de leis, políticas públicas e interpretações extensivas.

Os direitos fundamentais possuem a função de proteger as liberdades das pessoas na sua relação com o Estado, de modo que estes as respeitem sua condição de pessoa humana. A fundamentalidade de um direito traduz-se na vedação de ingerência do Estado na seara pessoal do ser humano, impondo-lhe coerção.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 49 e seguintes.

¹⁰⁰ Segundo CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK (2013, p. 245) "o primeiro significado do termo lei diz respeito a própria Constituição. É certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade estatal. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontológica determinada estabelece uma estrita vinculação aos poderes públicos (...) No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de "livre deliberação" (*freie Ermessen*) aos Poderes do Estado."

O Estado deve dar proteção, assegurar e fomentar os direitos consagrados na Constituição como direitos que compõe o núcleo essencial do ser humano. Suas vontades e decisões devem ser respeitadas pelo Estado. É certo que quando tais vontades e decisões traduzem numa lesão a outro direito igualmente protegido, o Estado estará obrigado a intervir neste caso. É somente neste caso, que o legislador infraconstitucional pode e deve regulamentar os direitos de liberdade, já que possui o dever de proteção e zelo pela própria ordem pública.

O princípio da legalidade mencionado (inciso II, do art. 5º, da CRFB/88) possui dois sentidos no caso em estudo. No primeiro, o cidadão não será obrigado a comparecer perante uma audiência se não houver uma lei que o obrigue. Do outro, o legislador não poderá criar uma lei em desacordo com os princípios fundamentais.

Nesse passo, percebe-se que a vinculação negativa do poder legislativo em relação a autonomia da vontade das pessoas, como um direito fundamental das liberdades, reside não somente na proibição, mas também num dever, numa vinculação positiva que abarca o dever de emitir normas ou outras providências de proteção a tal direito de liberdade.

A relação do indivíduo com o Estado configura posição jurídica fundamental em se tratando de direitos de liberdades. A posição da pessoa é neste caso oponível ao Estado. O Estado é obrigado a respeitar e assegurar os direitos de liberdades, quando obviamente não restringe outros de igual grandeza.

Nesse ponto, impõe-se destacar que nem todos os direitos de liberdade são irrestringíveis, a exemplo do direito à vida, em que o legislador vedou o direito das pessoas disporem do próprio corpo, exceto na hipótese de aborto terapêutico¹⁰¹. Tal exemplo revela uma restrição a direito fundamental à vida, que não está expressamente prevista do na CRFB/88.

Outro exemplo a ser registrado é a pena imposta pelo legislador infraconstitucional em caso de crime, visto que há uma afronta ao direito fundamental de outrem. Neste caso, igualmente haverá uma restrição da liberdade, que nada mais é que a restrição ao direito fundamental de liberdade.

Disso tudo, concluiu-se que os direitos fundamentais são proteções dos indivíduos de uma sociedade, mas não são cartas-brancas para o legislador infraconstitucional restringir como quiser os direitos à vida e às liberdades. A

¹⁰¹ Em gravidez que acarrete risco de morte da mãe.

autonomia de vontade, como núcleo dos direitos de liberdade, somente pode ser relativizada (mas nunca suprimida) pelo legislador infraconstitucional na feitura de uma lei, que *in casu* é a lei processual civil e a lei da mediação, em prol de um direito fundamental de maior importância para sociedade.

O legislador constituinte deixou para o legislador infraconstitucional algumas normas de direitos fundamentais, particularmente às de direitos de liberdades, para que o mesmo concretize e regule esses direitos. Ocorre que, mesmo com a autorização de reserva de lei regulamentadora, em matéria de direitos fundamentais que não possuem restrições na própria Constituição, não está o legislador ordinário autorizado a restringir um direito dotado de fundamentalidade como quiser. Isso porque, como já dito, tais direitos possuem a função de proteger as liberdades das pessoas na sua relação com o Estado, de modo que estes as respeitem sua condição de pessoa humana.

A fundamentalidade de um direito traduz-se na vedação de ingerência do Estado na seara pessoal do ser humano, impondo-lhe coerção. O Estado deve dar proteção, assegurar e fomentar os direitos consagrados na Constituição como direitos compõe o núcleo essencial do ser humano. As vontades e decisões das pessoas devem ser respeitadas pelo Estado.

Quando uma lei infraconstitucional afronta uma norma de direito fundamental, em especial a de liberdades, o Juiz deverá afastá-la em respeito às normas da Constituição e decidindo, *in continenti* sobre a possibilidade de restrição ou não, mediante decisão fundamentada. O Poder Judiciário deve controlar a atuação dos Poder legislativo, fazendo-o de modo que as normas sejam aplicadas nos limites definidos pela Constituição, não devendo ignorá-la, uma vez que está igualmente vinculado aos direitos fundamentais.

3.2 A autonomia da vontade como um direito fundamental

Ainda persiste a dúvida quanto à questão da constitucionalidade da obrigatória presença das partes em audiência para mediar ou conciliar, como reza a parte do procedimento comum do CPC/2015. Tal obrigatoriedade, a despeito da vontade as partes seria medida que se coaduna as liberdades do art. 5º, da CRFB/88?

Preliminarmente, é necessário salientar que a autonomia da vontade pode ser tida como um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada

constitucionalmente aos indivíduos, ela incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para autorregulação das relações privadas¹⁰².

Segundo Luis Edson Fachin (1998, p. 119), o direito fundamental a autonomia privada tem como base o entendimento do “ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros”¹⁰³.

Assim, não é função do Estado, da coletividade ou de qualquer outra entidade estipular os caminhos que cada pessoa deve percorrer, os valores em que deve acreditar, os comportamentos que deve tomar. Cabe a cada ser humano estabelecer os rumos de sua vida, em conformidade com suas opções subjetivas. Esta é a ideia da autonomia privada, constituindo-se, assim, como um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo¹⁰⁴.

Para SARMENTO (2002), a ideia de autonomia privada “está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana”, haja vista que negar ao ser humano a capacidade de decidir autonomamente de que forma prefere viver, quais projetos deseja buscar, quais as formas de conduzir a sua vida privada, é, de certa forma, “frustrar sua possibilidade de realização existencial”.

Em uma perspectiva ampla, a autonomia privada como direito fundamental concede ao sujeito a capacidade de escolher sua própria conduta tanto em circunstâncias ligadas à ideia de escolhas existenciais, assim como no que tange à celebração de contratos e demais negócios jurídicos de natureza patrimonial¹⁰⁵.

No conceito de autonomia privada, existem duas dimensões: uma ligada às liberdades existenciais (liberdade de comunicação, de religião, privacidade, a liberdade de associação, etc); e outra ligada à dimensão econômica/patrimonial (relativa aos negócios jurídicos e que se concretiza como liberdade contratual).¹⁰⁶

A autonomia privada, segundo SARMENTO (2002) recebe proteção constitucional em suas duas dimensões, sendo mais abrangente e intensa, nas

¹⁰² Daniel Sarmento apud PIRES, Eduardo; DOS REIS, Jorge Renato. Autonomia Da Vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. Trabalho do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p.8.245.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem

escolhas existenciais da pessoa humana. A dimensão econômica/patrimonial encontra respaldo especialmente no artigo que trata do princípio da livre iniciativa e na previsão do direito de propriedade. Essa proteção ocorre, inicialmente, em decorrência da Constituição ter elegido a iniciativa privada como um dos elementos fundamentais, tanto da ordem econômica, quanto da própria República Federativa do Brasil.

Dessa forma, pode-se entender que a autonomia da vontade como um princípio fundamental compreendido por uma dimensão existencial e por outra de caráter patrimonial. Todavia, deve-se ressaltar que não se trata de um princípio absoluto, sobretudo no constitucionalismo contemporâneo, nem mesmo em sua dimensão existencial.

Segundo SARMENTO (2010, p.8.247) o princípio da autonomia da vontade foi evoluindo. Inicialmente, tinha um caráter quase que absoluto, depois foi sofrendo restrições, “seja com o objetivo de acudir as partes mais débeis, seja com o propósito de condicionar a autonomia negocial a prossecução de algum interesse público.”¹⁰⁷

O Estado acaba por intervir na esfera das relações privadas, com vistas à busca por uma igualdade material nas relações negociais. Os valores constitucionais e os direitos fundamentais passam a incidir e influenciar todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas.

A autonomia da vontade, por vezes, encontra limitações na sua aplicação, sobretudo na sua dimensão patrimonial, em decorrência, justamente, da incidência de outros direitos fundamentais, sendo que esses podem até ser conflitantes. No Brasil, prevalece a valorização e a busca pela efetivação do princípio da dignidade humana.

Em uma relação onde falta a isonomia entre as partes há uma limitação ao efetivo exercício de liberdade da parte mais fraca. Assim, quando a justiça, intervêm nas relações de forma a proteger a parte hipossuficiente, entende-se que não há uma desconsideração da autonomia da vontade, mas uma proteção da própria liberdade, previsto na CFRB, que exige a vinculação do direito à liberdade com a valorização da igualdade.

¹⁰⁷ Daniel Sarmiento apud PIRES, Eduardo; DOS REIS, Jorge Renato. Autonomia Da Vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. Trabalho do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p.8.247.

Resta destacar que a autonomia da vontade, também está disposta tanto no CPC quanto na Lei 13.140/2015):

CPC

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, **da autonomia da vontade**, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

[...] § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. [grifei]

Lei n. 13.140/2015

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...]

V - autonomia da vontade das partes;

Assim, são estabelecidas tais premissas quanto à caracterização da autonomia da vontade como direito fundamental.

3.3 A voluntariedade como nota essencial para a mediação

A mediação obrigatória não parece ser o melhor meio de incutir nas partes motivação suficiente para chegar a uma solução negociada. A compulsoriedade sem vontade se revela mais uma fase de um processo que visa a solução de um conflito jurídico, que perpassa pela chancela do Estado. Somente quando há voluntariedade as partes estarão aptas a submeter-se a mediação ou conciliação em que assumirão a responsabilidade de resolver os próprios problemas¹⁰⁸. A voluntariedade é nota essencial da mediação, dado que somente logrará êxito se realizada com a aceitação expressa das partes envolvidas.

Em Portugal, a Lei de Mediação contempla expressamente o princípio da voluntariedade, que se desdobra em quatro dimensões de liberdade: de escolha do método, de abandono da mediação, de conformação eventual acordo e de escolha do mediador¹⁰⁹.

Na França, o *Code de Procedure Civil*, em sua versão de 2015, diz que o juiz incumbido de proceder a uma tentativa prévia de conciliação ou mediação deve ordenar que as partes procurem um conciliador¹¹⁰, ou seja, que preencham as

¹⁰⁸ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. Lei da Mediação comentada. Coimbra: Almedina, 2014 (edição eletrônica - comentário ao art. 4º).

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ nos termos do art. 22 da Lei n. 95.125, de 08.02.1995.

condições previstas pela norma para informá-los sobre a finalidade e o processo de conciliação¹¹¹.

Em Quebec, no Canadá, foi instituído um serviço de pré-mediação obrigatório na apreciação dos conflitos familiares. Por meio de palestra que dura menos de uma hora, a atividade de pré-mediação provê aos interessados as informações sobre tal procedimento. Após certo prazo, as partes optam por utilizar ou não mecanismo¹¹². Impor às partes o comparecimento compulsório às sessões não se revela pertinente ao instituto, visto que comprometerá a autonomia privada regentes da espécie.

Nos sistemas jurídicos nos quais se exige previamente que as partes passem por uma sessão de mediação (ou pré-mediação), como requisito para apreciação da demanda, a obrigatoriedade não ultrapassa a primeira sessão. Nesta sessão, as partes podem manifestar sua negativa em iniciar a mediação ou optar por interrompê-la sempre que desejarem¹¹³. Mais uma vez, a legislação brasileira se diferencia dos modelos estrangeiros, visto que a mediação ou conciliação não são extrajudiciais prévios, mas sim um ato processual posterior ao recebimento da petição inicial.

Como o consenso é essencial para a tentativa de estabelecer tratativas eficientes, é incompatível qualquer tipo de imposição. Em se tratando de procedimentos que somente se viabilizam por meio de conversações, não é possível obrigar alguém a participar e a negociar. Nos sistemas estrangeiros em que a obrigatoriedade foi estimulada de forma mais intensa o resultado foi menos efetivo.

Na solução consensual dos conflitos o princípio da autonomia da vontade é a base do procedimento consensual, ou seja, é o direito das partes decidirem sobre os seus destinos, definindo as regras e sempre respeitando o ordenamento jurídico.

Com a autonomia da vontade se relacionam os princípios da voluntariedade e da decisão informada, que alicerçados na dignidade da pessoa humana não podem ser impostas. As partes não podem ser submetidas à soluções coercitivas. Elas devem ser informadas sobre os procedimentos e esclarecidas sobre os direitos e opções dispostas em lei. Assim, um dos pilares dos meios consensuais é o reconhecimento do poder de decisão das partes (com liberdade e autodeterminação).

¹¹¹ art. 129, com redação dada pelo Decreto n. 2015-282, de 11.03.2015.

¹¹² LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. Lei da Mediação comentada. Coimbra: Almedina, 2014 (edição eletrônica - comentário ao art. 4º).

¹¹³ VEZZULA, 2001, p. 89.

TARTUCE aponta (2016, p.190) que “o reconhecimento da autonomia da vontade implica em que a deliberação expressa por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade, e observância dos cânones legais, deva ser tida como soberana”, consistindo em um valor essencial.

O termo “vontade” expressa interessantes acepções no dicionário:

- 1) faculdade que tem o ser humano de querer, escolher, livremente praticar ou deixar de praticar certos atos;
- 2) força interior que impulsiona o indivíduo a realizar aquilo a que se propôs, a atingir seus fins ou desejos - ânimo, determinação e firmeza;
- 3) grande disposição em realizar algo por outrem - empenho, interesse, zelo;
- 4) capacidade de escolher, de decidir entre alternativas;
- 5) sentimento de desejo ou aspiração motivado pelo apelo físico, fisiológico, psicológico ou moral - querer;
- 6) deliberação, determinação, decisão que alguém expressa no intuito de que seja cumprida ou respeitada¹¹⁴.

3.4 Posições doutrinárias a respeito da obrigatoriedade

As posições doutrinárias sobre o tema são divergentes¹¹⁵. Para uns, a regra da obrigatoriedade de comparecimento obrigatório em audiências que versam sobre demandas familiares seria inconstitucional, por lesão ao livre acesso ao Poder Judiciário. Para outros, a obrigatoriedade seria apenas uma fase do processo em que as partes seriam cientificadas sobre as possibilidades delas mesmas solucionarem seus conflitos.

Segundo TARTUCE (2016, p.3) existem duas posições que se levantam em torno dessa questão: a obrigatoriedade e a não obrigatoriedade.

A primeira defende ser obrigatório o comparecimento das partes a audiência. Segundo os filiados desta corrente, o maior objetivo do legislador foi tornar a mediação familiar o principal meio de resolução de disputas nessa seara, distanciando a interferência estatal direta (representada pelo julgamento do caso). É na crença de que seria inadequada a intervenção de um terceiro estranho ao núcleo familiar para a solução do conflito, que consiste a opção de tornar obrigatória a mediação para as ações de direito de família.

O motivo da elaboração de um procedimento especial para as ações de família encontra razão no artigo 694 do CPC/2015, que prevê que todos os esforços serão tomados para a solução consensual da controvérsia.

¹¹⁴ Vontade. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.

¹¹⁵ TARTUCE, Fernanda (2017).

Os defensores dessa posição entendem que nas que o legislador optou pela primazia mediação na resolução de conflitos de família. Isto porque, para eles, a novel lei processual propõe um modelo multiportas de resolução de disputas, no qual cada caso deve ser encaminhado para a técnica mais apropriado para sua solução. Apenas casos excepcionais devem ser efetivamente julgados, uma vez que CPC/2015 almeja que as próprias partes solucionem o conflito por si mesmas.

É por esta razão que defendem que a principal característica do procedimento especial para as ações de família consiste no fato de ser obrigatória a audiência de mediação, que não poderia ser dispensada por convenção das partes e nem pelo juiz.

Por fim, em razão do acima exposto, para os defensores dessa corrente, a ausência injustificada de qualquer das partes na audiência de mediação deve ser sancionada pela aplicação da multa do parágrafo 8º. do art. 334 do CPC/2015. É que, não havendo disposição em sentido contrário, as regras gerais previstas para o procedimento comum aplicam-se, subsidiariamente, aos procedimentos especiais (art. 318, parágrafo único, CPC/2015). O artigo 334, neste sentido, contém regras gerais que se aplicam às audiências de mediação ou de conciliação que sejam previstas em procedimentos especiais, como esse das ações de família.

Nesse sentido, segundo SALLES (2006, p. 782-783), eventual norma não ensejaria tal violação, visto que se trataria apenas de mais um requisito, entre outros, a ser exigido junto às partes.

Portanto, aos defensores da obrigatória audiência de mediação nas ações de família, esta imposição implicaria que a determinação da audiência não seja discricionariedade do juiz e nem possa ser afastada por acordo das partes. Todavia, em situações de violência doméstica (física ou psicológica), por exemplo, a audiência poderá ser afastada, devido às peculiaridades do caso concreto. Isso porque, o sentido de obrigatoriedade é de imposição, só não se realizando em graves situações excepcionais.

A segunda corrente, defende, no entanto, a não obrigatoriedade de comparecimento a audiência de mediação e conciliação. TARTUCE (2016) explica:

o princípio da voluntariedade deve ser respeitado inclusive nas audiências de mediação em ações de família, nos exatos termos do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei 13.140/16. Por isso, para os defensores dessa corrente, ninguém pode ser obrigado nem a comparecer à audiência e nem a mediar se assim não quiser e, por consequência, não há que se falar na aplicação de multa pelo não comparecimento das partes (inclusive, porque prevista apenas às

audiências realizadas no procedimento comum, sob a égide do art. 334, NCPC).

Isto porque os conflitos de direito de família envolvem questões de natureza emocional. Portanto, a imposição de sanção à parte em caso de não comparecimento às audiências do art. 695 do CPC pode tornar o ânimo das partes ainda mais hostil e, conseqüentemente, dificultar a autocomposição buscada pela lei.

TARTUCE (2015, p. 301) questiona a questão da multa prevista pelo art. 334, § 8º do CPC/15:

A parte fica compelida comparecer a uma audiência para tentar se autocompor por coerção da sanção pecuniária, em vez de comparecer pela sua própria predisposição em firmar acordo, ou ao mesmo dialogar e melhorar sua comunicação com a parte contrária. Além disso, a parte comparece apenas no intuito de evitar a multa, o que garante que a realização da audiência – que demanda recursos materiais e humanos, tempo das partes e de seus procuradores e tempo do processo – não se configura apenas uma etapa formal do processo?

A autora aduz ainda que o espírito da lei foi o de apoiar a posição pacífica, pois há quem entenda que o mandado de citação deve ir desacompanhada da cópia da inicial, de modo que o réu comparecesse a audiência desprovido de comportamento desarmado beligerante (parágrafo 1º do art. 695, CPC/2015).

Esta medida não acarretará desequilíbrio das partes, muito menos infração ao princípio da isonomia e a não produtividade da audiência de mediação, pois o advogado da parte poderá ter acesso prévio dos autos, tomando conhecimento do que ali está sendo apresentado e evitando quaisquer prejuízos ao seu cliente.

Sobre tal questão houve manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil em pelo menos uma relevante oportunidade: a Medida Provisória n. 1.053, de 30 de junho de 1995, previu em seu art. 11, entre outras providências, a necessária submissão prévia de demandas trabalhistas a um mediador¹¹⁶.

Pela presença do vocábulo “obrigatoriamente”, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade¹¹⁷ pedindo que tal

¹¹⁶ Art. 11. “Frustrada a negociação direta, as partes deverão, obrigatoriamente, antes do ajuizamento do dissídio coletivo, solicitar ao Ministério do Trabalho que designe mediador para o prosseguimento do processo de negociação coletiva. § 1º A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de mediador. § 2º A designação recairá em pessoa indicada de comum acordo pelas partes [...]”.

¹¹⁷ ADIn 1.309-2, do Distrito Federal.

dispositivo fosse declarado inconstitucional. O então Presidente do STF deferiu o pedido, suspendendo o *caput* do art. 11 e seu § 4º, assim fundamentado:

essa submissão compulsória das partes à interferência de um mediador do Ministério do Trabalho constitui um obstáculo anteposto ao exercício do Direito ao ajuizamento do dissídio coletivo, que a Constituição, no entanto, subordinou apenas à tentativa de negociação, para o qual, de resto, não ditou forma nem impôs a participação do Estado¹¹⁸.

Portanto, tal decisão se justifica no fato de as regras ferirem dispositivos constitucionais, como o livre acesso ao judiciário.

3.5 Sistema Multiportas

O sistema multiportas consiste em dar ao cidadão diferentes portas ou mecanismos mais adequados para o tratamento de seu caso. Sendo metafórico, a partir de um átrio de fórum o cidadão tem várias opções: uma em que houvesse serviços de mediação, outra com o juiz para julgar, e em outra a possibilidade de arbitragem. O americano Frank Sander, ao propor este modelo do processo civil, é considerado como o impulsionador do movimento em prol dos meios alternativos de resolução de disputas. Dos EUA, o modelo multiportas se disseminou em diversos países da Europa e da América Latina.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹⁹ impulsionaram a busca por reformas e alternativas no sistema de justiça civil. A proposta dos autores inclui a facilitação do acesso ao próprio Poder Judiciário com a redução dos custos do processo e o auxílio jurídico aos necessitados, o adequado tratamento dos direitos difusos e coletivos e a expansão dos mecanismos alternativos de resolução de disputas.

No Brasil, apenas recentemente é que se passou a decisivamente incentivar os meios consensuais de resolução de disputas. A Resolução nº 125/2010/CNJ, delineou um processo civil mais eficiente e próximo das partes, com o incentivo a utilização dos métodos consensuais como uma verdadeira política pública para o tratamento de conflitos, o que remete à experiência norte-americana.

¹¹⁸ Após essa decisão, expirou o prazo de trinta dias de vigência da medida provisória, que não foi reeditada nos exatos termos originais, mas modificada de acordo com o teor da decisão. Assim, não houve o julgamento do mérito da ADI por parte do Plenário do Tribunal em decorrência da perda do seu objeto. A demanda objetiva restou prejudicada, como reconhecido pelo relator Ministro Carlos Mário Velloso. In: COSTA, Orlando Texeira da. A mediação e a arbitragem como solução dos conflitos trabalhistas. Disponível em: http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos_029.htm.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Posteriormente, o CPC trouxe a integração dos meios de resolução de disputas, efetivamente adotando o modelo multiportas. Pelo procedimento comum todos os casos transacionáveis serão encaminhados para mediação ou conciliação antes de prosseguirem para julgamento.

Assim, o legislador infraconstitucional transformou em lei uma política judiciária que fomenta o acordo como o melhor meio para a solução de interesses das partes, usando técnicas de negociação assistida. É na percepção da inadequação da intervenção de um terceiro, estranho ao núcleo familiar, para a solução do conflito que reside a opção por tornar a mediação obrigatória para as ações de direito de família, enquanto para a generalidade das ações submetidas ao procedimento comum ela é facultativa, podendo ser rejeitada por acordo das partes, por negócio processual¹²⁰.

Diferentemente dos ordenamentos estrangeiros, o legislador do CPC/2015 quis instituir a obrigatoriedade para o comparecimento das partes em audiências de conciliação e mediação **SOMENTE EM DEMANDAS DE FAMÍLIA**, reduzindo, dessa forma, a vontade das partes.

Argumenta-se, neste ponto, que houve uma redução da autonomia da vontade em face da obrigatoriedade (e isso também ocorre na lei de mediação) porque a parte não é obrigada a fazer acordos dando fim ao litígio. No art. 165 caput do CPC diz que o Poder Judiciário deve pugnar desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. No § 2º do mesmo artigo está a vedação da utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já no art. 166 diz que a conciliação e a mediação são formadas por princípios, dentre eles o da autonomia da vontade. Já no § 4º do art. 166 diz que *a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais*.

Pois bem, as partes são obrigadas a participar dessas audiências, sendo as mesmas uma das etapas do processo. Após a distribuição da petição inicial, o Juiz decide discricionariamente se é o caso de indicação de conciliação ou mediação em conflitos familiares ou ainda se remete o caso para estudo multidisciplinar onde atuarão outros profissionais, como psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais etc.

¹²⁰ NETO, João Luiz Nessa. O procedimento especial das ações de família no CPC e a mediação. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-procedimento-especial-das-aco-es-de-familia-no-novo-cpc-e-mediacao/>

Trata-se, pois, de uma etapa processual, de decisão discricionária do juiz que se utilizará de um modelo multiportas de processo civil¹²¹. Nesse modelo cada demanda deve ser submetida à técnica ou ao método mais adequado para a sua solução do conflito e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito.

Nesse passo, a adoção das técnicas para facilitar a resolução consensual dos conflitos (CPC, art. 3º) de modo obrigatório em ações de família assentam-se no princípio da primazia da resolução adequada do conflito. Tal princípio não está previsto na CRFB/88, mas em política judiciária implementada pelo CNJ.

3.6 Princípios constitucionais *versus* a obrigatoriedade da presença das partes em audiências de conciliação e mediação

Sobre a implementação da obrigatoriedade da participação das partes nas audiências de conciliação e mediação contidas na exposição de Motivos do CPC/2015, leciona NUNES (2015)¹²² que *a Exposição de Motivos obedece a necessidade de harmonizar a lei ordinária em relação à CRFB/88*.

Por isso, o legislador incluiu no Código, expressamente, princípios constitucionais. Logo no art. 1º do CPC está positivado que:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observado se as disposições deste Código.

No art. 3º, § 2º, do CPC consta a regra o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O Código já inicia no seu primeiro artigo dizendo que o processo civil deve obedecer as normas constitucionais. Ou seja, o processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição.

¹²¹ NETO, João Luiz Nessa. O procedimento especial das ações de família no CPC e a mediação. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-procedimento-especial-das-acoes-de-familia-no-novo-cpc-e-mediacao/>.

¹²² NUNES e SANTOS E SILVA, 2015.

Diante da constitucionalização proclamada no art. 1º, os artigos 4º e 6º, asseguram que, segundo NUNES e SANTOS SILVA (2015):

partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa e determina que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Isso porque, a ausência de celeridade, sob certo ângulo,¹⁶ é ausência de justiça.

Assim, os métodos de solução consensual devem ser interpretadas conforme as normas fundamentais da Carta Maior.

3.7 Um argumento de política transformado em lei, tornando-se um argumento de princípio

A Resolução n. 125/2010 do CNJ reconheceu tamanha importância a mediação e conciliação que os identificou como princípios. A promoção é vista como “o dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”, enquanto o reconhecimento é referido como validação, “dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito”¹²³. Ora, deduz-se que o legislador decidiu que conciliação e mediação são métodos, enquanto o CNJ decidiu que são princípios.

A despeito do acima exposto, é certo que o dever de informar, por parte dos mediadores e conciliadores, sobre os direitos das partes inicia-se com a conscientização de que o procedimento somente é válido se a participação se der pela via consensual¹²⁴. As partes durante todo o procedimento devem *estar participando voluntariamente* e, caso se interessem em interromper ou suspender sua atuação, em pleno exercício de sua autonomia, a audiência deverá ser cancelada.

Antes de iniciar a sessão, o mediador deve garantir que as partes estão devidamente informadas sobre as possibilidades de sucesso da demanda e sobre o direito envolvido. Se for o caso, deve também advertir que procurem profissional especializado. Essas iniciativas são importantes para que não venham a ser celebrados “pseudoacordos”, pois sem consentimento genuíno e informado, o acordo

¹²³ CNJ, Resolução n. 124/2010, anexo III, art. 1º, VII e VIII.

¹²⁴ ALBERTON, Genaceia da Silva. O Núcleo dos Estudos no contexto da mediação no Rio Grande do Sul e as proposições legislativas na área da mediação, 2014.

pode se tornar ineficaz em termos de cumprimento espontâneo, sendo completamente danosas ante a falta de informações relevantes.

A importância do tema pode ser apreendida a partir de um caso concreto em que tais diretrizes deixaram, infelizmente, de ser observadas.

Os princípios da autonomia da vontade e da decisão informada são essenciais para que não haja comprometimento do proveito da mediação para os interessados, que precisam ser contemplados ao máximo em sua liberdade para que possa obter resultados não desejados. Violar tais diretrizes tende a ser fatal em termos de credibilidade e mesmo utilidade da autocomposição.

A questão primordial para saber se as partes são obrigadas ou não a comparecerem à audiência de autocomposição perpassa pela compreensão de que uma política judiciária, a pretexto de atender o interesse público na pacificação de conflitos no âmbito das famílias, use de uma coerção, por meio da obrigatoriedade na participação nas audiências, abolindo ou reduzindo a autonomia privada, que é um direito fundamental que o Estado tem o dever de proteger.

Se considerado que a iniciativa do legislador infraconstitucional foi o de fomentar a paz no âmbito familiar, é mister saber se o interesse público neste caso conflita com a autonomia privada que é um direito de índole fundamental.

Como visto, um direito fundamental somente poderá ser restringido em prol de outro de maior grandeza. Pois bem, a Constituição Federal de 1988 enumera diversos direitos fundamentais que defendem e positivam direitos subjetivos e interesses – que não podem ser afastados, exceto em alguns casos autorizados pela própria Carta. A política de fomento da pacificação de conflitos familiares, nos termos do CPC/2015 não é norma dotada de fundamentalidade. Aliás sequer é norma constitucional. E, diante dessa natureza, não tem autoridade de mitigar a vontade das partes integrante de um processo de uma demanda familiar em exercerem suas liberdades jurídicas.

O legislador infraconstitucional criou uma norma processual que afronta direitos individuais e fundamentais ao argumento de fomento da pacificação de conflitos familiares. A atuação do Poder Legislativo *in casu* é fundamentada por “interesses públicos”. O legislador infraconstitucional invocou um “princípio” de solução pacífica de conflitos que nem não é reconhecido pelo sistema constitucional brasileiro. Ele faz confusão entre interesses e direitos fundamentais, ou seja, a utilização do interesse público para justificar o afastamento desses direitos como se estivessem afastando simples interesses privados.

O artigo 1º do CPC/2015¹²⁵ diz que as normas ali insertas devem ser interpretadas conforme a CRFB/88, mas no capítulo X dos procedimentos especial, logo em matéria de família, que mereceu da Constituição uma proteção especial, afasta a voluntariedade das partes. Na exposição de motivos não há qualquer justificação de que o fomento da cultura de solução pacífica de conflitos possa se sobrepor a um direito fundamental. Aliás, nem poderia porque sequer existe um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

O interesse público não é superior ao interesse privado, nem existe contraposição entre ambos: o interesse público só é prevalecte, com respeito ao interesse privado, só tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário, que se confunde e assimila com o querer valorativo atribuído à comunidade. Não apenas há o equilíbrio, mas existe até mesmo uma dependência recíproca entre os dois interesses. Ambos os interesses só poderão sobreviver caso, da mesma forma, ambos sejam preservados¹²⁶.

A resposta para a solução da questão objeto do presente trabalho está no fato de que não há supremacia do interesse público de implementação de política judicial sobre o direito fundamental da autonomia de vontade. Simplesmente porque interesse não é princípio. Admitir a supremacia de um interesse corresponde à admissão de que o interesse público sempre sobrepuja o interesse privado, ou até mesmo os direitos fundamentais. Os interesses não se confundem com os direitos, e, portanto, não podem colidir entre as categorias. Direitos colidem com direitos e interesses com interesses e, nessas colisões, necessária a ponderação para solucionar o impasse.

Não é possível afirmar que interesses públicos possam colidir com os direitos fundamentais, já que estes estão presentes na Constituição em forma de normas. Somente se houver interesses públicos representados por normas constitucionais será possível, então, a colisão. A CRFB/88 não diz, no decorrer do art. 5º, que existem interesses públicos ou interesses privados, mas direitos e garantias.

Se a pacificação de conflitos no âmbito de um processo de família litigioso for categorizada como direitos de índole fundamental, já não seriam interesses. Os

¹²⁵ Art. 1º - O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹²⁶ ESCOLA, Hector. "El Interes Publico como Fundamento Del Derecho Administrativo", Buenos Aires, Dephalma, 1989, pag 249/250.

direitos fundamentais sempre estão sobre quaisquer meros interesses, sejam públicos ou privados - que se contraponham a eles. Interesses só podem valer se estiverem constitucionalmente positivados e em consonância com os direitos e garantias previstos na Constituição, podendo ocorrer restrição a direitos somente se a Carta permitir – direta ou indiretamente¹²⁷, por meio de reserva de lei ordinária.

Leciona SARMENTO (2005) que o fato do interesse público não fazer parte da Constituição (como norma jurídica), não podendo ser ponderado com os direitos fundamentais, tem por consequência:

uma razão adicional para a recusa à admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação dos direitos fundamentais. Como nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência sobre tais direitos.

No mesmo sentido CLÈVE e FREIRE (2002) apontam o seguinte¹²⁸:

Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido pela Constituição. Nesta hipótese não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Bens jurídicos relevantes são aqueles que a Constituição elegeu como dignos de especial reconhecimento e proteção.

É função do Estado dar proteção aos direitos fundamentais, nomeadamente os de liberdade, como no caso em estudo. O legislador ordinário não tem poder de manipular o conteúdo do princípio da autonomia de vontade. Neste sentido, assim assinala o professor Jorge Reis Novais, da FDUL:

mesmo que o legislador democraticamente legitimado entenda firmemente que a comunidade [...] [se] beneficiaria com essas medidas políticas, mesmo quando a maioria da população as exige, o interesse individual garantido juridicamente por um direito fundamental prevalece¹²⁹.

A restrição do direito fundamental da autonomia de vontade como núcleo das liberdades consagradas no 5º da CRFB/88, não se dá por meio de lei ordinária fundada no interesse de implantação de uma política judiciária. Por melhor que seja a intenção do legislador, a adoção do modelo de solução de conflitos de forma obrigatória, nos moldes positivados no CPC/2015, não encontra respaldo Constituição Federal.

¹²⁷ ALEX Y. El concepto y la validez del derecho, p. 188.

¹²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, 2002, p. 233.

4. CONCLUSÃO

A regra da obrigatoriedade de participação das partes em audiências visa a composição amigável, ou ainda, a informação das partes quanto a essa possibilidade. Tal regra se afigura como uma intervenção inconstitucional pelo legislador infraconstitucional, pois viola o princípio da autonomia de vontades, que é o núcleo essencial do direito das liberdades, previsto no art.5º da CRFB/88.

Nesse passo, o Estado interveio no núcleo familiar desfeito ou conflituoso, em momento delicado de luto familiar, impondo o comparecimento obrigatório das partes em audiência ou sessão de conciliação ou de mediação. A norma idealizada pelo legislador ordinário não se restringe a um constrangimento tão-somente. Ela vai além, visto que invade o núcleo essencial e mais íntimo do direito de liberdade.

O poder legiferante não pode excluir ou restringir direitos fundamentais - e nem parcelas deles. Todavia, é possível a restrição quando o Estado tem o dever de proteger os direitos, de igual fundamentalidade, de outrem. No caso em estudo, a autonomia da vontade como direito fundamental foi solenemente preterida pela política judiciária transmutada em norma processual.

Além disso, a imposição de sanção à parte obrigando-a a comparecer pela sua própria predisposição em firmar acordo, ou mesmo apenas dialogar e melhorar sua comunicação com a parte contrária, vai de encontro com os métodos autocompositivos que exigem, como pressuposto de sua implementação, a intenção de participar em conversações; para que elas sejam proveitosas, devem ocorrer de forma não impositiva, sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção de consensos reais.

Se parte interessada não desejar uma solução alternativa, não será com coerção de multa que se incutirá a cultura da paz. Se a parte comparece apenas no intuito de evitar a multa por atentado a jurisdição, a audiência se realizará sem êxito, sendo certo que a máquina judiciária envolverá recursos materiais e humanos desnecessários. Com isso, restará comprometido o princípio constitucional da *razoável duração do processo*.

A intempestividade da prestação jurisdicional com a adoção da etapa judicial de mediação e conciliação obrigatória, ainda que para fins informativos, nas ações de família quando afrontosa à vontade das partes é, sem dúvida, uma dilação indevida, que não encontra respaldo na constituição brasileira.

Os respeitos aos direitos de liberdade não podem ser subvertidos com o pretexto de implementação da mudança da cultura do litígio para a cultura da paz¹³⁰.

Nesse contexto é dever do Estado Juiz afastar a norma da obrigatoriedade, designando audiências de mediação ou conciliação se as partes não se manifestarem contrárias a tal etapa processual. Para tanto, impõe-se a observação do dever de informação por parte do Poder Judiciário. Logo no mandado de citação e intimação da parte ré, a mesma deverá ser informada que poderá comparecer, se quiser, à audiência de conciliação ou mediação, caso a parte autora não se manifestado contrária a audiência.

Além disso, as partes deverão ser informadas se a audiência será de conciliação ou de mediação; sobre quem presidirá a mesma audiência; e sobre a contagem do início do prazo para contestação a partir da audiência se não tiver acordo. Por fim, deverão autor e réu serem cientificados sobre a observância das regras processuais, a exemplo do previsto no art. 334 do CPC, que versa sobre a multa pelo não comparecimento injustificado a audiência¹³¹.

O disposto na regra do parágrafo 1º do art. 695, que diz que o mandado de citação será desacompanhado da petição inicial, muito possa ser examinada a qualquer tempo, se afigura inegavelmente inconstitucional. Isso porque a audiência de autocomposição é uma etapa processual em que as partes devem ser previamente comunicadas, de modo antecedentemente, sobre o contido na petição inicial, à luz do devido processo legal disposto no inciso LV, art. 5º da CRFB/88¹³². Deste modo, o mandado de citação e intimação deverá ser acompanhado de cópia da petição inicial.

A observância do devido processo legal é dever do Estado. Em outros termos: nem o CPC e nem o Juiz podem afastar a garantia das partes serem previamente comunicadas dos atos processuais. Na fase de conciliação/mediação, a petição inicial enquanto ato processual que instaura o processo e delimita seu objeto inicial será o instrumento de trabalho do conciliador ou do mediador, de modo que sejam alcançadas as finalidades próprias e específicas de sua atividade, pelo que o réu não pode ir a juízo alheio do referido ato¹³³.

¹³⁰ <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2149-reflexoes-sobre-a-efetividade-da-audiencia-preliminar-de-conciliacao-mediacao-no-codigo-de-processo-civil-2015.html>

¹³¹ despacho inicial adotado pela 5ª Vara de Família do Fórum Central da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

¹³² Idem

¹³³ idem

Ademais, se as partes não forem cientificadas e bem informadas não poderão discutir a técnica a ser utilizada, assim como as medidas adotadas, considerando o litígio instaurado e descrito na petição inicial, conforme art. 166 par. 4º, do CPC. Se parte ré não tiver conhecimento da real extensão do litígio estratificado nos autos, não poderá debater de forma útil a metodologia ou mesmo propostas de transação sugeridas pelo mediador ou conciliador¹³⁴.

A mediação e a conciliação deverão se dar num ambiente de boa-fé, em que as partes estejam plenamente informadas sobre todos os elementos importantes do processo de tomada de decisão, e dentre eles está a própria pretensão externada pelo autor, em respeito ao contraditório que estrutura o processo. Por isso, a ideia do legislador de “esconder” a petição inicial do réu para ele “não ficar com raiva” se afigura uma deslealdade inconcebível.

A regra do parágrafo 1º do art. 695, do CPC que diz que o mandado deve ir desacompanhado da petição inicial deve, portanto, ser afastada pelo Juiz por configurar a tentativa do legislador infraconstitucional de transmutar o dever de informação imposto ao Judiciário em ônus da parte. O preceito constitucional é absolutamente vinculativo, pelo que o Estado-Juiz deve garantir aos litigantes o contraditório.

Sem o conhecimento do conteúdo da petição inicial não haverá possibilidade de o mediador-conciliador propor nada, tampouco as partes poderão negociar sobre o que desconhecem¹³⁵. O mandado de citação e intimação desacompanhado de petição inicial torna inútil a fase de conciliação/ mediação, situação esta com potencial de gerar dilações indevidas, que comprometem a duração razoável do processo exigida pelo art. 4º do CPC e previstas no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB/88.

O legislador infraconstitucional não tem o poder de impor ao Judiciário o descumprimento de normas constitucionais, nomeadamente as de índole fundamental que envolvem o respeito a autonomia de vontade, núcleo do direito das liberdades e ainda o dever de informação sobre os elementos do processo, que alicerça o devido processo legal.

¹³⁴ despacho inicial adotado pela 5ª Vara de Família do Fórum Central da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

¹³⁵ idem

O Juiz tem o dever de assegurar que as regras processuais relativas a mediação e conciliação sejam aplicadas em respeito a autonomia da vontade no tocante à autodeterminação e à liberdade individual.

Não se pode admitir que uma política judiciária, mesmo que bem-intencionada, se trasmude em norma ofensiva aos direitos e garantias fundamentais. O interesse motivador dessa política, como visto, não possui força para reduzir a capacidade de tomada de decisão decorrente da autodeterminação das partes, em especial, no âmbito do procedimento de solução consensual de conflitos, em que a liberdade informada e a voluntariedade são seus princípios norteadores.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Orientador Roberto João Elias. São Paulo: USP, 2003.

BRASIL (1916) - Lei n.3.071 de 1/1/1916: Código Civil (revogada na íntegra pela Lei 10.046, de 2002). Distrito Federal.

BRASIL (1968) – Lei n 5.478, de 25/7/1968: dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. Distrito Federal.

BRASIL (1973) - Lei n.6.014, de 11/1/1973: institui o Código de Processo Civil. Distrito Federal.

BRASIL (1988) - Constituição da República Federativa do Brasil. Distrito Federal.

BRASIL (2015) - Lei n.13.105, de 16/03/2015: institui o Código de Processo Civil. Distrito Federal.

BRASIL (2017) – Conciliação e suas Técnicas. Escola de Administração Judiciária – PJERJ.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio Luiz (Coords); LEONCY, Leo Ferreira (Coord Executivo) - Comentários Constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. 1988. Disponível em http://www.academia.edu/6522484/MAURO_CAPELLETTI_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A. Ed. 1988 e reimpresso em 2002.

CASALI, Andréa. A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro. in Mutações Constitucionais Org: MENDES, Gilmar, DE MORAIS, Blanco). Saraiva, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, 2002, p. 233. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15706-15707-1-PB.pdf>

DIAS, Maria Berenice - *Manual de direito das famílias*. 9ª Edição. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4756-0.

FACHIN, Luiz Edson. O 'aggiornament' do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. The hearing of conciliation or mediation in the new civil procedure code Doutrinas

Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | | Revista de Processo | vol. 253/2016 | p. 163 - 184 | Mar / 2016 DTR\2016\4314

KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: Principles and Practice*. 3. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*, PUC, 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, vol. 253/2016, p.163 – 184, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO; Paulo Gustavo Gonet -*Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo, Brasil: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11012-0.

MORAIS, Carlos Blanco de - *Curso de Direito Constitucional, Tomo II. Volume 2. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social*. Coimbra Editora, Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2290-6.

NEGRÃO, Fernando; OLIVEIRA, Paulo Rios de.; CID, Nélia Monte -*Código de Processo Civil comentado*. Lisboa: Quid Juris, 2013. ISBN 978-972-724-652-6.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. -*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 85-02-05624-7.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade -*Código Civil anotado*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 85-203-2385-5.

_____; -*Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-4074-5.

NETO, João Luiz Nessa. O procedimento especial das ações de família no CPC e a mediação. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-procedimento-especial-das-acoes-de-familia-no-novo-cpc-e-mediacao/>.

NOVAIS, Reis- *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados na Constituição*. 2ª Edição, Coimbra: Editora Coimbra, 2010a. ISBN 978-972-32-1833-6.

NUNES, Dierle; SANTOS E SILVA, Natanael Lud. CPC. Referenciado - Lei 13.105/2015, 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

PEREIRA, Alexandre; POUPA, Carlos - *Como escrever uma tese, monografia ou livro científico usando o Word*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012. ISBN 978-972-618-691-5.

PEREIRA, Anne Thais Oliveira Santos. A legislação brasileira sobre mediação. Disponível em: <https://annethais.jusbrasil.com.br/artigos/350858879/a-legislacao-brasileira-sobre-mediacao>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha- *Código civil da família anotado: legislação correlata em vigor*. 2ª Edição. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias e a implementação da advocacia colaborativa. 2015.

PIRES, Eduardo; DOS REIS, Jorge Renato. Autonomia Da Vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. Trabalho do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação facilitativa e mediação avaliativa — estabelecendo diferença e discutindo riscos.

_____; Justiça e Mediação de Conflitos, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inadaptabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao processo José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang -*A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª Edição. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado, 2003. ISBN 85-7348-259-1.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. ISBN: 857387113x.

_____; Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo a supremacia do interesse público. Lumen Juris, 2005.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2015.

_____; A obrigatoriedade da audiência prevista no artigo 695 do CPC/15). 2016. Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Texto_Ceapro_audiencia_695-Novo-CPC.pdf.

_____; Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. 2017. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>.