

PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS AOS PROCESSOS DE MEDIÇÃO E DE CONCILIAÇÃO¹

Amaury Haruo Mori²

Sumário: 1. Delimitação e relevância do tema. 2. A mediação e a conciliação na legislação brasileira. 2.1. Processo no âmbito dos Tribunais judiciais. 2.2. Processo fora do âmbito dos Tribunais judiciais. 3. A mediação e a conciliação: distinção ou identidade. 4. Princípios gerais aplicáveis à mediação e à conciliação. 4.1. Princípio da autonomia privada. 4.2. Princípio da boa-fé. 4.3. Princípio da confidencialidade. 4.4. Princípio da igualdade das partes. 4.5. Princípio da eficácia. 4.6. Princípio da qualificação do mediador e do conciliador. 4.7. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. 5. Conclusão.

¹ Relatório apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina de Direito Processual Civil I do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do ano letivo 2006-2007, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, avaliado e aprovado pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro e pelo Professor Doutor Dário Moura Vicente.

² Juiz do Trabalho no Estado do Paraná, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com Curso de Especialização em Direito do Trabalho pela Unibrasil, e Curso de Especialização em Direito Processual Civil pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná/IBEJ.

1. Delimitação e relevância do tema

Este trabalho tem por objetivo identificar e analisar os princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. Estudos jurídicos sobre os meios alternativos de resolução de litígios ganham relevância na mesma proporção em que se verifica a crescente tendência para a utilização destes recursos nos conflitos de interesses das mais diversas naturezas, dentre os quais, para citar alguns exemplos colhidos na doutrina, os familiares, de vizinhança, os comerciais, os laborais, os relativos ao endividamento dos consumidores³, e ainda outros mais específicos, emergentes do setor bancário, do comércio eletrônico e de relações comerciais internacionais⁴.

³ Cfr. João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, *Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça*, Coimbra: Coimbra, 2003, p. 53.

⁴ Cfr. Dário Moura Vicente, “Resolução Extrajudicial de Conflitos no Sector Bancário”, “Meios Extrajudiciais de Composição de Litígios Emergentes do Comércio Electrónico” e “Mediação Comercial Internacional”, respectivamente, todos *in* *Direito Internacional Privado, Ensaios – Vol. II*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 291/316, 317/353, e 389/402, o último estudo em edição mais recente, a ser considerado nas próximas citações deste trabalho, *in* *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra: Coimbra, 2006, pp. 1081/1093.

No Brasil, como em outros países⁵, buscam-se soluções para problemas que afetam a qualidade da tutela jurisdicional prestada. Um dos problemas é o do tempo do processo, que se alarga também na medida da quantidade de processos acumulados, de sua complexidade e de sua natureza adversarial. Outro problema é o custo⁶, que igualmente aumenta na medida da duração do processo⁷. Estes problemas verificam-se em detrimento do efetivo acesso à Justiça, seja porque de um lado não se encontram soluções céleres e pouco custosas para os litígios que se apresentam, seja porque de outro lado, muitos litígios deixam de ser resolvidos porque sequer são levados ao Tribunal.

⁵ Susana Figueiredo Bandeira, obra citada, p. 105, ao realizar um estudo sobre Portugal, menciona as experiências já desenvolvidas em países como Estados Unidos, Canadá, Brasil e Argentina. Na mesma linha, João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, obra citada, pp. 53/132, mencionam as experiências de Portugal, Estados Unidos, Inglaterra, País de Gales e França.

⁶ Cfr. José Luis Bolzan de Moraes, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 147/148.

⁷ Naturalmente, há outras questões que poderiam ser levantadas. Os problemas da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado são complexos e, diante da delimitação do tema, não poderiam ser aprofundados neste relatório.

A mediação e a conciliação, reconhecidos pela doutrina como meios alternativos de resolução de litígios⁸ apresentam-se como tentativas de solução para estes problemas, o que justifica a tendência já mencionada para sua adoção nos diversos ordenamentos jurídicos.

Ciente destes problemas e firme na busca de soluções, o Poder Judiciário brasileiro reforça a tendência para o recurso aos meios alternativos de solução de litígios. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ⁹ lançou em 23/08/2006 um Projeto denominado “Movimento pela Conciliação”, sob o *slogan* “Conciliar é legal”. No seu Manual de Implementação¹⁰, o CNJ estabelece que os mecanismos, acessíveis a todos os cidadãos, buscam a realização de acordos tanto nos processos já em tramitação, como nos litígios que se encontram ainda na fase pré-processual, buscando diminuir o número de processos e o seu tempo de duração. O procedimento deve ser simples, informal, rápido, econômico e seguro.

Percebe-se, portanto, a importância da identificação e do estudo dos princípios gerais aplicáveis a estes processos alternativos de solução dos litígios, como diretrizes que devem ser observadas para que a mediação e a conciliação possam cumprir eficazmente os objetivos a que se propõem.

⁸ As expressões “meios alternativos de resolução de litígios” (MARL) e “resolução alternativa de litígios” (RAL) encontram origem na expressão de origem inglesa “alternative dispute resolution” (ADR), conforme Dário Moura Vicente, *Mediação Comercial Internacional*, obra citada, p. 1083, e Susana Figueiredo Bandeira, “A Mediação como Meio Privilegiado de Resolução de Litígios”. *in* *Julgados de Paz e Mediação – Um Novo Conceito de Justiça*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 104.

⁹ Órgão do Poder Judiciário, conforme artigo 92, inciso I-A, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

¹⁰ Fonte: <http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/index.jsp>, acesso em 27/06/2007.

Com o fim de identificar os princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação no sistema jurídico brasileiro, busca-se localizar previamente, nesta legislação, os principais dispositivos que os disciplinam.

Na seqüência, procura-se resolver a questão sobre a distinção ou identidade dos processos de mediação e de conciliação, bem como indicar uma definição geral para estes meios de resolução de litígios retirada deste mesmo arcabouço jurídico. Percebe-se, à partida, que ainda não há na legislação brasileira uma definição direta de mediação e de conciliação, como se verifica em outros países¹¹. Nestas condições, a definição deve ser construída a partir das leis que disciplinam a matéria.

Esta tarefa constitui uma primeira aproximação ao tema e, ao mesmo tempo, serve como base para o seu desenvolvimento na identificação dos princípios que passam a ser enunciados. A cada princípio analisado, busca-se estabelecer quais são as sanções ou conseqüências pela sua não observância.

Na elaboração deste trabalho, adota-se um método indutivo, com o qual se parte de um ordenamento jurídico específico em direção aos princípios gerais da mediação e da conciliação. Como já

¹¹ Por exemplo, a definição de mediação do artigo 35º/1 da Lei 78/2001, de 13 de Julho, que em Portugal regula a competência, organização e funcionamento dos Julgados de Paz e a tramitação dos processos da sua competência. No Brasil, há na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.827, de 1998, de autoria da deputada Zulaiê Cobra (fonte: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>, acesso em 29/06/2007), que define a mediação como “a atividade técnica desenvolvida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual previnam ou solucionem conflitos.” No Substitutivo aprovado pelo Senado Federal, de autoria do Senador Pedro Simon, define-se a mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual” (fonte: <http://www.senado.gov.br>, acesso em 30/06/2007).

mencionado, o ordenamento jurídico escolhido, onde se apóiam tais princípios, é o da República Federativa do Brasil.

Conforme esclarece KARL LARENZ¹², se os princípios servem, de certo modo, como alicerces de um sistema, então não se pode tratar de um sistema dedutivo, partindo de um enunciado geral para o particular. Conceitualmente, o princípio é antes uma idéia diretiva que serve de base para os seus subprincípios, sendo que ambos se esclarecem reciprocamente.

Por seu turno, MIGUEL REALE¹³ esclarece que há múltiplas doutrinas a respeito da origem e do fundamento dos princípios gerais de direito, mencionando as três principais correntes, que os encontram no direito pátrio, no direito comparado e no direito natural. O autor, depois de expor sobre cada uma destas correntes, conclui afirmando que não há razões de conflito e que as três visões não envolvem uma opção, porque em geral há uma coincidência entre os princípios por estes três modos. Esclarece, quanto ao método, que autores que adotam a corrente de Direito Pátrio, entendem que os princípios gerais de direito estão implícitos na legislação de cada País, e dela são extraídos através de um processo de indução e abstração.

O mesmo autor prossegue afirmando que, em suma, há princípios gerais de direito de diversa gradação, uns universais, outros pertencentes a mais de um ordenamento jurídico, e outros ainda do Direito pátrio. Dentro deste último, há “faixas normativas” que dispõem de princípios próprios (Direito Civil, Direito Processual, dentre os exemplos citados). Nesta linha de raciocínio, é possível concluir que dentro destas “faixas normativas” há outras ainda menores como, por exemplo, a legislação específica sobre mediação e conciliação. Por isto, entende-se que neste conjunto de normas jurídicas há princípios implícitos, e que podem ser extraídos pelo mesmo método.

¹² Metodologia da Ciência do Direito, 3ª edição, tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 676.

¹³ Lições Preliminares de Direito, 10ª edição, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 299/313.

Nesta linha, portanto, que o presente trabalho busca identificar e analisar os princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e conciliação, que têm relação direta com aquilo que o acordo deles resultante necessita para ser válido, e reconhecido como tal.

2. A mediação e a conciliação na legislação brasileira

Para permitir uma melhor visualização do quadro legislativo regulador dos processos, atualmente encontrado, o estudo é sistematizado de modo a indicar os dispositivos que regulam a mediação e a conciliação desenvolvidas em dois âmbitos: a) dentro do âmbito dos Tribunais judiciais; b) fora do âmbito dos Tribunais judiciais¹⁴.

2.1. Processo no âmbito dos Tribunais judiciais

O Código de Processo Civil trata da conciliação realizada perante o juiz, em diversos artigos.

¹⁴ Divisão semelhante foi adotada por Evelyne Serverin em relatório apresentado em 2001 ao Comitê de Peritos sobre a eficácia da justiça, conforme mencionam João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, obra citada, p. 55. O mencionado relatório também distingue a mediação efetuada à “sombra do tribunal”, como sendo aquela que tem início após instaurado o processo judicial, com objetivo de por fim à instância sem julgamento e prevenir litígios ulteriores. No entanto, para o fim aqui pretendido, que é a identificação dos dispositivos legais que regulamentam a mediação e a conciliação, não se adota a terceira distinção que fica então abrangida pela mediação realizada fora do âmbito dos tribunais judiciais. Este trabalho considera apenas o âmbito no qual efetivamente o processo se realiza, enquanto aquele relatório faz a classificação segundo as espécies de litígios.

No procedimento sumário, observado nas causas cujo valor não exceda a sessenta vezes o salário mínimo¹⁵ ou nas causas de qualquer valor enumeradas nas alíneas do inciso II do artigo 275 do CPC, de natureza patrimonial e disponível, deve o juiz desde logo designar audiência de conciliação (artigo 277, CPC). O não comparecimento injustificado do réu à referida audiência importa em sua revelia e confissão quanto à matéria de fato (parágrafo segundo). Por outro lado, a conciliação a que cheguem as partes é reduzida a termo e homologada por sentença. A lei autoriza o juiz a ser auxiliado por um conciliador (parágrafo primeiro). As partes devem comparecer pessoalmente ou ser representadas por preposto com poderes para transigir (parágrafo terceiro). Não existindo acordo, o processo segue seu trâmite (artigo 278).

Já no procedimento ordinário, o juiz também deve marcar audiência preliminar quando o réu apresentar contestação, houver necessidade de provas, e a causa versar sobre direitos que admitam a transação (artigos 331, CPC). O objetivo principal desta audiência é a tentativa de conciliação, tanto que se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz pode desde logo sanear o processo e ordenar a produção de provas (artigo 331, parágrafo 3º, CPC).

Ainda no procedimento ordinário, e quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz deve tentar novamente a conciliação, antes de iniciar a instrução do processo (artigos 447 a 449 do CPC). Mesmo nas causas relativas à família, a conciliação tem lugar nos casos e para os fins em que a lei consente a transação. O acordo é reduzido a termo, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, passando a valer como sentença.

¹⁵ Desde 01 de abril de 2007, o salário mínimo equivale a R\$ 380,00.

Para além destas tentativas de conciliação exigidas pelos dispositivos legais indicados, dispõe o inciso IV do artigo 125 do CPC que compete ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

A conciliação realizada perante o juiz também é prevista para os litígios laborais, tanto de natureza individual como coletiva, em vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho. O *caput* do artigo 764 da CLT estabelece que estes litígios são sempre sujeitos à conciliação, mesmo após encerrado o juízo conciliatório. O dispositivo enfatiza que os juízes e os Tribunais do Trabalho devem buscar sempre uma solução conciliatória dos conflitos (parágrafo primeiro). As tentativas de conciliação no procedimento ordinário devem ocorrer, obrigatoriamente, no início da audiência (artigo 846, CLT) e logo após as razões finais das partes (artigo 850, *idem*). A sentença somente é proferida após rejeitada a proposta de conciliação (artigo 831, CLT), sendo que o termo de acordo vale como decisão irrecurável para as partes. No procedimento sumaríssimo laboral, o juiz tentará a conciliação em qualquer fase da audiência, desde o seu início (artigo 852-E, CLT). Também nos dissídios laborais coletivos, a designação de audiência de conciliação é medida obrigatória (artigo 860, CLT).

Os Juizados Especiais encontram suporte no inciso I do artigo 98 da Constituição Federal e foram criados pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, neles atuando juizes togados e leigos com vista a conciliar, julgar e promover a execução, nas causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Também atuam nestes Juizados os conciliadores, considerados auxiliares da Justiça (artigo 7º da Lei 9.099/95 e artigo 18 da Lei 10.259/01). De acordo com a Lei 9.099/95, o processo se instaura pela apresentação do pedido (artigo 14), que uma vez registrado impõe à Secretaria do Juizado a designação de sessão de conciliação (artigo 16). Se o demandado não comparece a esta sessão, reputam-se verdadeiros os fatos alegados no pedido, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz (artigo 20). A conciliação é conduzida pelo juiz (togado ou leigo) ou por conciliador sob a sua orientação (artigo 22). O juiz deve esclarecer às partes as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto à limitação do valor de eventual direito que possa ser reconhecido (artigo 21). As partes, não chegando a um acordo, podem decidir recorrer à arbitragem (artigo 24). Não instituído o juízo arbitral, o processo prossegue com instrução e julgamento (artigo 27). Obtido o acordo, este é reduzido a escrito e homologado pelo juiz togado, por sentença com eficácia de título executivo (parágrafo único do artigo 22). Nos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, os representantes judiciais da União Federal, autarquias, fundações e empresas públicas federais ficam autorizados a conciliar e transigir (parágrafo único do artigo 10 da lei 10.259/01).

Finalmente, o inciso II do artigo 98 da Constituição Federal ainda prevê a criação pela União e pelos Estados da Justiça de Paz, com competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional. Este dispositivo constitucional ainda não foi regulamentado.

Percebe-se, por todos estes dispositivos mencionados, a importância conferida pelo legislador para a solução dos litígios através da conciliação, quando estes são levados ao conhecimento do Poder Judiciário.

2.2. Processo fora do âmbito dos Tribunais judiciais

O processo de conciliação, realizado fora do âmbito dos Tribunais judiciais, somente é especificamente regulamentado pela legislação brasileira nos litígios de natureza trabalhista¹⁶, tanto nos de natureza individual como nos de natureza coletiva.

No âmbito dos conflitos individuais, a Lei 9.958/2000 criou as Comissões de Conciliação Prévia, acrescentando à Consolidação das Leis do Trabalho os artigos 625-A a 625-H. Estas Comissões, que podem ser constituídas por empresas ou grupos de empresas e sindicatos ou entre sindicatos, sempre com representação paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, têm como atribuição tentar a conciliação nos conflitos individuais de trabalho (artigo 625-A). A independência dos membros da comissão é garantida por um mandato de um ano, sendo permitida uma recondução (artigo 625-B, inciso III). Além disto, findo o mandato (parágrafo primeiro do inciso III do artigo 625), os representantes eleitos dos trabalhadores têm garantia de emprego por mais um ano, salvo se cometerem falta, nos termos da lei¹⁷. O conciliador continua prestando serviços na empresa empregadora, afastando-se apenas para as sessões de conciliação, que é considerado como tempo de efetivo serviço (parágrafo segundo).

¹⁶ Cfr. Lília Maia de Moraes Sales, *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 128.

¹⁷ Cfr. artigo 482 da CLT, que define os motivos que ensejam a rescisão do contrato por justo motivo, por culpa do empregado.

Quanto ao procedimento, à partida, observa-se que qualquer demanda deve ser submetida à tentativa de conciliação, se existir Comissão de Conciliação Prévia na localidade da prestação de serviços (artigo 625-D). O pedido é formulado por escrito ou é reduzido a termo pelos membros da comissão (artigo 625-D, primeiro parágrafo). Se as partes não chegam a um acordo, a comissão fornece-lhes uma declaração para instruir a ação trabalhista (idem, parágrafo segundo). Aceito o acordo, é lavrado um termo que constitui título executivo extrajudicial e que tem eficácia liberatória geral, salvo quanto às parcelas ressalvadas (artigo 625-E). O prazo para realização da sessão conciliatória, de 10 dias (artigo 625-F), suspende o prazo prescricional (artigo 625-G).

Não sendo possível a adoção do procedimento, a parte pode ajuizar a ação diretamente, comunicando a impossibilidade na petição inicial da ação trabalhista (artigo 625-D, parágrafo terceiro).

No âmbito dos conflitos coletivos de trabalho, a Constituição da República estabelece que uma decisão jurisdicional do litígio pressupõe tentativas frustradas de negociação coletiva ou de recurso à arbitragem, e ainda assim, o comum acordo para ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica (parágrafos primeiro e segundo do artigo 114, CF). A negociação coletiva pode ser promovida diretamente (negociação em sentido estrito) ou através de mediador (processo de mediação), conforme artigo 11 da Lei 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. O mediador é designado de comum acordo pelas partes ou, a pedido destas, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (parágrafo primeiro) conforme regulamentação expedida pelo Poder Executivo (parágrafo quinto). A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar de negociação direta, pode requerer ao mesmo Ministério a designação de mediador, que convoca a outra parte (parágrafo segundo). O prazo para conclusão do processo é de até trinta dias, salvo acordo expresso com as partes interessadas (parágrafo terceiro). Quando as partes não chegam a um acordo, lavra-se uma ata contendo as causas motivadoras do conflito e as reivindicações de natureza econômica (parágrafo quarto). A Lei 10.192/2001 inspirou-se no Decreto n. 1.572, de 28 de julho de 1995, que regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências, dela tirando algumas disposições, especialmente as acima indicadas neste parágrafo. No mais, o indicado Decreto estabelece que a mediação é gratuita quando o mediador é servidor do quadro do Ministério do Trabalho, e onerosa quando o terceiro é escolhido pelas partes dentre os mediadores previamente cadastrados (art. 2º, parágrafo 3º, alíneas “a” e “b”). Para o cadastro, os mediadores devem comprovar experiência na composição dos conflitos de natureza trabalhista e conhecimentos técnicos relativos às questões desta natureza (artigo 4º, parágrafo primeiro, alíneas “a” e “b” do Decreto).

Também nas negociações coletivas visando a fixação de participação nos lucros e resultados da empresa, trabalhadores e empregadores podem resolver impasses delas resultantes através da mediação (artigo 4º, inciso I, da Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000), sendo que a escolha do mediador cabe às partes, de comum acordo (parágrafo segundo).

Nos Tribunais arbitrais¹⁸, o parágrafo 4º do artigo 21 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, estabelece que incumbe ao árbitro ou ao Tribunal arbitral tentar a conciliação entre as partes, no início do procedimento. Se as partes chegam a um acordo, durante o procedimento arbitral, este fato é declarado em sentença arbitral (artigo 28), que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos de uma sentença judicial (artigo 31).

¹⁸ A sentença arbitral é classificada como um título executivo judicial pelo inciso IV do artigo 475-N do CPC. Não obstante, considerado o critério da divisão sistemática adotada, os dispositivos legais que tratam da conciliação realizada perante os Tribunais arbitrais foram mencionados nesta segunda divisão.

Os processos de mediação e de conciliação, fora do âmbito do Tribunal, são assim realizados por órgãos públicos ou por instituições particulares. Neste caso, o procedimento é aquele definido pelas partes ou no próprio regulamento da instituição por elas escolhida. Isto porque não há legislação processual regulamentando esta espécie de mediação ou de conciliação. Nestas atividades devem ser observadas as regras de Direito Civil, nomeadamente as relativas aos contratos e à transação. Podem ser mencionados, como exemplos de instituições particulares que realizam a mediação e a conciliação no Brasil, dentre várias, a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo¹⁹, o Centro de Referência de Mediação e Arbitragem - CEREMA²⁰, o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil - IMAB²¹, e o Centro de Administração de Conflitos - MEDIARE²². Estas duas últimas instituições foram mencionadas na fundamentação (item II, análise) do Substitutivo ao Projeto de Lei sobre mediação e conciliação aprovado no Senado Federal.

Finalmente, há também o importante trabalho desenvolvido pelo Ministério Público e pelas Defensorias Públicas, ao promoverem a conciliação e a mediação de litígios, cujo acordo alcançado reflete-se em termos de ajuste ou instrumentos de conciliação, que têm valor de título executivo extrajudicial (artigo 585, II, CPC e artigo 876 da CLT).

3. A mediação e a conciliação: distinção ou identidade

¹⁹ Fonte: <http://www.camaradearbitragemsp.org.br>, acesso em 02/07/07.

²⁰ Fonte: <http://www.cerema.org.br>, acesso em 02/07/07.

²¹ Fonte: <http://www.imab-br.org/2004.swf>, acesso em 02/07/07.

²² Fonte: <http://www.mediare.com.br/index.htm>, acesso em 02/07/07.

A definição de mediação e de conciliação encontrada neste estudo está baseada no conjunto dos dispositivos legais indicados. Como pode ser notado, estes dispositivos tratam ora da mediação, ora da conciliação. Esta circunstância enseja um imediato questionamento sobre a distinção ou a identidade destes meios de solução de litígios. Em outras palavras, é necessário estabelecer se a mediação e a conciliação constituem um mesmo processo ou se constituem dois processos distintos. Daí a importância de apresentar a definição comum ou individualizada de mediação e de conciliação, em um trabalho que busca investigar os princípios gerais que lhes são ao mesmo tempo aplicáveis.

É possível notar que a legislação, ao dispor sobre o processo que se desenvolve na presença do Juiz, em regra adota a expressão conciliação. A legislação somente trata da mediação como meio de solução de litígios coletivos de trabalho, que é desenvolvida fora do âmbito do Tribunal.

No entanto, seguramente o âmbito onde se desenvolve o processo não pode ser o critério de distinção entre a mediação e a conciliação. Com efeito, o processo que se desenvolve perante as Comissões de Conciliação Prévia, também fora do âmbito dos tribunais, é conhecido como conciliação e não como mediação.

Ademais, é preciso notar que a mediação e a conciliação não são institutos típicos e exclusivos da legislação brasileira. Em muitos outros países a mediação e a conciliação são adotadas, dentro e fora do âmbito dos Tribunais. Em Portugal, por exemplo, a Lei 78/2001, de 13 de Julho, dispõe sobre a fase de mediação em processos da competência do Julgado de Paz, que é reconhecido como Tribunal pelo artigo 209º/2 da Constituição da República Portuguesa e, como tal, é órgão de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (artigo 202º/1, CRP).

Portanto, não se pode limitar o conceito de mediação ao processo que se desenvolve perante instituições particulares criadas para este fim. Há controvérsia na doutrina quanto à existência de diferenças entre as duas figuras. Alguns autores sustentam que não há diferenças substanciais entre ambas²³, justificando que elas se referem a uma mesma atividade de um terceiro que procura facilitar a composição de um litígio entre as partes. Outros, com a mesma conclusão, sustentam que a doutrina que busca diferenciar a mediação da conciliação não alcança um critério de distinção claro²⁴. Em prol deste argumento, estes autores invocam as regras do Código do Trabalho português, onde se verifica que as duas figuras têm praticamente o mesmo regime. Afirmam, ainda, que alguns dispositivos legais referem-se às duas figuras como sinônimas (mencionando o artigo 33 do Código de Valores Mobiliários de Portugal e artigos 16, 30 e 49 da Lei dos Julgados de Paz portugueses).

²³ Por exemplo, Dário Moura Vicente, *Resolução Extrajudicial de Conflitos no Sector Bancário*, obra citada, p. 65. E, também, do mesmo autor, *Meios Extrajudiciais de Composição de Litígios Emergentes do Comércio Electrónico*, obra citada, p. 155.

²⁴ Por exemplo, Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 46.

De outro lado, alguns autores²⁵ diferenciam as duas figuras afirmando que o conciliador tem um papel mais ativo e participativo que o mediador, porque aquele pode sugerir e propor soluções que as partes aceitam ou não. Constitui papel do conciliador a realização de propostas, a negociação e o empenho na busca do consenso entre as partes, organizando e dirigindo a conciliação. Por sua vez, o mediador assume o encargo de apenas aproximar e ajudar as partes a encontrar, por si próprias, uma solução²⁶, sem nunca propor sugestões e muito menos impô-las²⁷. Entretanto, este critério léxico não foi adotado em Portugal para a distinção. Basta ver que o artigo 34º/4 do Código dos Valores Mobiliários dispõe que o mediador pode tentar a conciliação ou propor às partes a solução que lhe pareça mais adequada. Mesmo o Código do Trabalho português que parece a princípio fazer distinção entre as duas figuras, tanto que destina seções específicas para cada uma delas, dispõe que o mediador deve remeter às partes a sua proposta por carta registrada no prazo de 30 dias a contar de sua nomeação.

Em conclusão, acolhe-se a tese defendida pelos autores que não vislumbram diferenças substanciais entre mediação e conciliação, e que a doutrina contrária, de fato, não apresenta um critério claro de distinção. Esta mesma conclusão pode ser aplicada ao Brasil.

Deste modo, os princípios gerais enunciados neste trabalho aplicam-se tanto à mediação como à conciliação. Partindo da legislação brasileira relacionada, e para os efeitos deste estudo, a mediação e a conciliação são definidas como meios consensuais para a solução de litígios alcançada pelas próprias partes através da negociação auxiliada pela intervenção de um terceiro, para este fim qualificado.

²⁵ Como exemplo, Susana Figueiredo Bandeira, obra citada, p. 108, e Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare: Um Guia Prático para Mediadores*, 2ª edição, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 28.

²⁶ Cfr. Susana Figueiredo Bandeira, obra citada, p. 116.

²⁷ Também cfr. Susana Figueiredo Bandeira, obra citada, p. 117.

Trata-se de meio consensual, que se distingue dos meios adjudicativos, porque a solução do litígio não advém de uma decisão imposta às partes por um terceiro²⁸. Pelo contrário, a solução é construída pelas próprias partes, através da negociação. A intervenção do terceiro limita-se a auxiliar as partes neste mister, sem impor a solução final²⁹.

4. Princípios gerais aplicáveis à mediação e à conciliação

Os princípios gerais aplicáveis tanto à mediação quanto à conciliação, realizadas dentro ou fora do âmbito dos Tribunais, são concretizações de outros princípios maiores, que podem ser induzidos a partir da Constituição da República ou a partir da legislação infraconstitucional. Por outro lado, são princípios que não coincidem com aqueles previstos para os processos adjudicativos³⁰, onde o terceiro interveniente produz uma decisão para solução do litígio. Assim, a mediação e a conciliação têm princípios próprios, considerando-se que são meios não adversariais de resolução de litígios, onde a solução é construída pelas próprias partes.

²⁸ Cfr. João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, *Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça*, Coimbra: Coimbra, 2003, p. 54.

²⁹ Cfr. Juan Carlos Vezzulla, *Teoria e Prática da Mediação*, 2ª edição, Curitiba: CDD, 1998, p. 16.

³⁰ Cfr. a classificação de João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, obra citada, p. 54.

Os princípios enunciados devem considerar que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, CF), que tem como fundamentos valores como a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III), e possui como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e não discriminatória (artigo 3º, incisos I e IV).

Interessa ao Estado de Direito a segurança jurídica e paz social e, desta forma, que os conflitos decorrentes da vida em sociedade possam ser por todos resolvidos de forma justa e eficaz, o que representa um exercício de cidadania e de democracia.

4.1. Princípio da autonomia privada

O individualismo e o liberalismo que imperavam no início do século passado inspiravam autores como Gounot, seguindo a filosofia de Kant, a reconhecer o princípio da autonomia da vontade, expressão que hoje tende a ser substituída pelo princípio da autonomia privada³¹. Assim, a vontade do homem, livremente exercida, permitia que este assumisse obrigações e definisse ilimitadamente os negócios jurídicos, inclusive o seu conteúdo. A autonomia privada não retira do homem a liberdade, mas determina que o exercício deste direito observe certos limites e finalidades, como por exemplo, a função social do contrato.

Em relação à mediação e à conciliação, o princípio da autonomia privada alcança evidente e inculcável importância, pois possibilita a própria existência destes meios de solução de conflitos. As partes decidem adotar a mediação e a conciliação para por fim ao litígio existente ou para prevenir um litígio futuro e, após, decidem entabular ou não o acordo, sempre como fruto da válida manifestação da própria vontade.

³¹ Cfr. J. Pereira Batista, Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais, Lisboa: Lex, 1997, pp. 111 e seguintes.

Com efeito, o princípio da autonomia privada, nestes termos considerado, permite que as partes possam resolver suas controvérsias por si mesmas, sem afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Porém, não basta que se diga que a solução das controvérsias decorra do exercício da vontade do homem. É preciso que esta vontade seja real, livre de vícios. Nesta linha, há autores que se referem ao princípio da autodeterminação, em razão do qual o acordo entre as partes é sempre obtido de forma voluntária, sem imposições ou coerção, permitindo aos participantes abandonar o processo a qualquer momento³². A vinculação de cada parte ao contrato (transação, neste caso) está apoiada na sua própria vontade, na sua autodeterminação³³. Outros autores³⁴ referem-se ao princípio da liberdade e ao princípio do poder de decisão, justificando que as partes devem ter liberdade para resolver os conflitos pela mediação, sem ameaça ou coação, já que somente a estas cabe o poder de decidir como o conflito será solucionado. Como se observa, apesar da aparente divergência inicial, não há diferença substancial quanto ao conteúdo do princípio ora sob análise. Adota-se, no presente trabalho, o princípio da autonomia privada que considera todos estes aspectos, nomeadamente a vontade do homem, livremente exercida até o limite admitido pelo ordenamento jurídico, sem vícios de consentimento dos interessados.

³² Por exemplo, José Luis Bolzan de Moraes, obra citada, p. 159.

³³ Cfr. Karl Larenz, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985, p.67.

³⁴ Dentre os quais, Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare: Um Guia Prático para Mediadores*, obra citada, p. 23.

Não se encontra na Constituição Federal um dispositivo expresso que consagre o princípio da autonomia privada. Este princípio é uma concretização do direito de liberdade (artigo 5º, CF), que à partida não constitui um direito absoluto. A autonomia privada encontra limites uma vez que a ordem jurídica não pode admitir tudo o que for estipulado pelas partes³⁵. Seu exercício deve considerar outros princípios ou valores constitucionais, como a igualdade, a justiça e especialmente a promoção do bem de todos (artigo 3º, CF). Ainda, o direito de liberdade limita-se pelo princípio da legalidade (inciso II do artigo 5º, CF). A liberdade contratual tem, portanto, vários limites, entre eles uns que decorrem de outros princípios e outros que decorrem da mesma idéia de autodeterminação, sendo que neste caso nenhuma pessoa pode declarar sua vontade apenas em razão de sua inferioridade econômica ou por sua dependência em relação à outra parte³⁶.

Sob a ótica do direito material, a autonomia privada, considerada um princípio fundamental do Direito Privado, define o objeto da transação obtida através da mediação e da conciliação. Neste sentido, dispõe o 421 do Código Civil brasileiro que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Este dispositivo é aplicável à transação que, pelo Código Civil, é sistematicamente considerada como uma das espécies de contrato, no Livro dedicado ao Direito das Obrigações.

A transação é o objeto possível dos processos de mediação e de conciliação. De fato, dispõe o artigo 840 do Código Civil que os interessados podem prevenir ou terminar litígios mediante concessões mútuas. Entretanto, somente se admite a transação em relação a direitos patrimoniais de caráter privado (artigo 841, CC).

³⁵ Cfr. José de Oliveira Ascensão, O Direito – Introdução e Teoria Geral, 13ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 75.

³⁶ Neste sentido, Karl Larenz, Derecho Justo, obra citada, p. 74.

Os dispositivos já mencionados do CPC, que determinam ao juiz a designação de audiência conciliatória, fazem remissão aos direitos que podem ser objeto de transação (por exemplo, o artigo 331), ou referem-se a direitos patrimoniais de caráter privado (por exemplo, o artigo 447).

Mesmo nas mediações e conciliações promovidas por instituições particulares, a transação obtida deve observar as limitações legais impostas à vontade das partes, sob pena de, se eventualmente necessário, o direito não ser publicamente reconhecido.

Sob a ótica do direito processual, as partes de um litígio podem decidir resolvê-lo sem recorrer aos meios judiciais, escolhendo uma instituição particular para promover a conciliação e a mediação. Sendo esta a escolha, as partes acabam por escolher inclusive o procedimento a ser adotado, seja por prévia delimitação consensual, seja pela escolha de uma instituição que deve antecipadamente fazer publicar os seus regulamentos. Da mesma forma, podem escolher os conciliadores e os mediadores, com grande liberdade de atuação.

Não obstante, mesmo quando a conciliação ou a mediação realiza-se no âmbito dos tribunais, como fase do processo, ou quando se realiza fora deste âmbito por exigência da lei, não se afasta a aplicação da autonomia privada. A cooperação das partes é pressuposto fundamental para a existência e o sucesso dos processos da mediação e da conciliação.

Quando as partes não desejam efetivamente resolver o litígio e deixam de colaborar com o processo, este tende a ser algo completamente inútil ao fim a que se destina³⁷. A “não-competitividade” chega a ser tratada como princípio por parte da doutrina³⁸, que sustenta que não se pode incentivar a competição entre as partes que devem cooperar para o benefício de ambas. Em que pese a importância deste requisito do processo que é a colaboração das partes, acredita-se que ele seja uma concretização do princípio da autonomia privada. É da vontade das partes que decorre a sua colaboração para o êxito do processo.

Interessa ao Estado Democrático de Direito a implementação do diálogo na conquista da paz social. Interessa-lhe ainda que os litígios por ventura existentes sejam eficazmente resolvidos. Nestas condições, o legislador estabelece a conciliação como uma das fases do processo judicial ou, ainda, como fase pré-processual. Entretanto, pelo princípio da autonomia privada, o Estado não pode obrigar as partes à realização do acordo. O terceiro que participa do processo com o intuito de auxiliar as partes, não pode impor-lhes uma solução, nem obrigá-las a uma transação. São as partes que, por si mesmas e através da negociação, constroem a solução do litígio. A recusa das partes à conciliação não pode lhes causar nenhum prejuízo, senão o prosseguimento do feito ou o ajuizamento de ação sucessiva, com a decisão do litígio pelo tribunal.

O Estado coloca à disposição das partes a possibilidade de resolução amigável dos litígios envolvendo direitos patrimoniais de direito privado. Mas as partes têm ampla autonomia para resolver ou não o litígio através da transação.

³⁷ Cfr. Dário Moura Vicente, *Mediação Comercial Internacional*, obra citada, p. 1.085.

³⁸ Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare: Um Guia Prático para Mediadores*, obra citada, p. 23.

Ainda sob o aspecto processual, as partes nem sempre escolhem os conciliadores ou mediadores, especialmente quando estes são indicados pelo Estado ou pelas instituições particulares escolhidas pelas partes. Mas, neste caso, o princípio da autonomia privada também se concretiza pela possibilidade de afastar o terceiro indicado. Este direito deve ser exercido pelas partes de maneira fundamentada, e sempre considerando um outro princípio: o da boa-fé. Nos processos realizados no âmbito dos Tribunais, o direito motivadamente exercido encontra amparo nos artigos 134, 135, 304 e 312 a 314 do CPC, e artigos 799 a 802 da CLT, que tratam das causas de impedimento ou suspeição do juiz, bem como do procedimento a ser observado para vê-las reconhecidas. O mesmo procedimento deve ser observado em outras normas que regulamentem a mediação e a conciliação. Na omissão normativa, o princípio da autonomia privada deve ser aplicado para suprir a lacuna.

Nestas condições, a não observância do princípio da autonomia privada nos processos de mediação e conciliação enseja duas consequências imediatas, já que para além de seus limites há a ilicitude³⁹: a) não reconhecimento do acordo firmado através destes processos pela ordem jurídica; b) responsabilidade pelos danos daí decorrentes.

4.2. Princípio da boa-fé

³⁹ Cfr. Pedro Manuel de Melo Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 263.

Assim como ocorre com a autonomia privada, muito mais poder-se-ia dizer a respeito da boa-fé, haja vista a diversidade e a profundidade dos estudos já realizados sobre estes temas. Trata-se a boa-fé de um princípio geral que se aplica em qualquer ramo, particularmente às conjunturas de relação⁴⁰. Entretanto, este estudo deve observar o limite da aplicação do princípio da boa-fé aos processos de mediação e de conciliação.

⁴⁰ Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. III - *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra: Coimbra, 2002, p. 177.

De uma forma geral, a boa-fé é considerada em duas concepções ou perspectivas, uma subjetiva e outra objetiva⁴¹. Em síntese, seguindo esta classificação, a boa-fé subjetiva é um estado de ignorância sobre a lesão que causa um sujeito a interesses de outrem em determinada situação jurídica, e pode ser subdividida em psicológica ou ética. No primeiro caso, há mero desconhecimento por parte do sujeito, enquanto no segundo caso o estado de ignorância é desculpável (não reprovável, porque o agente observou deveres de cuidado). Pela mesma classificação, a boa-fé objetiva constitui a obrigação de agir ou comportar-se segundo determinados padrões de retidão e honestidade, de modo a não frustrar a expectativa da outra parte. Esta última é a concepção mais importante relativamente aos processos de mediação e de conciliação.

O Estado Democrático de Direito exige a preservação da segurança, princípios expressamente estampados na Constituição Federal (artigos 1º e 5º) que, por sua vez, induzem outros subprincípios, dentre os quais o princípio da confiança e, sucessivamente, o princípio da boa-fé⁴². A confiança é considerada como valor ético-jurídico que fundamenta o princípio da boa-fé⁴³, e é protegida pelo

⁴¹ A classificação e as definições indicadas neste parágrafo são adotadas e melhor esclarecidas por Fernando Manuel Pereira de Noronha, *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual*, São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 131 e seguintes; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, obra citada, pp. 178 e seguintes; e Pedro Manuel de Melo Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, obra citada, pp. 21 e seguintes.

⁴² Cfr. Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare: Um Guia Prático para Mediadores*, obra citada, p. 24, a boa-fé deve marcar a presença de todos que participam do processo, sob pena de não se conseguir um diálogo franco e justo. Também sobre a relação entre o princípio da confiança e o da boa-fé, ver Karl Larenz, *Derecho Justo*, obra citada, pp. 90/98.

⁴³ Cfr. Fernando Manuel Pereira de Noronha, *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual*, obra citada, p. 148.

ordenamento jurídico por constituir condição fundamental para a paz jurídica⁴⁴.

Enquanto meios para solução de litígios, os processos de mediação e de conciliação devem observar, portanto, o princípio da boa-fé em todas as suas fases, desde a escolha do processo até o final cumprimento do acordo por ele obtido⁴⁵.

O princípio da boa-fé deve reger todos os atos daqueles que participam do processo, nomeadamente as partes e o terceiro conciliador ou mediador. Estes se obrigam a agir com lealdade e probidade, tanto na exposição dos fatos com observância da verdade, quanto no comportamento tendente à efetiva solução do litígio, com observância do respeito mútuo e da retidão de comportamento. Não se admitem comportamentos meramente dilatórios. Percebe-se mesmo que este princípio está relacionado com a colaboração das partes⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. Karl Larenz, *Derecho Justo*, obra citada, p. 91.

⁴⁵ Muito embora se referindo ao Processo Civil, o enunciado apresentado por Rui Portanova, *in* *Princípios do Processo Civil*, 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156, segundo o qual, “todos os sujeitos do processo devem manter uma conduta ética adequada, de acordo com os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas as fases do procedimento”, é perfeitamente aplicável aos processos de mediação e de conciliação.

⁴⁶ Cfr. J. Pereira Batista, *Reforma do Processo Civil - Princípios Fundamentais*, obra citada, pp. 69 e ss.

A transação obtida pela mediação e pela conciliação deve naturalmente observar o princípio da boa-fé. Neste sentido, o artigo 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. A lei considera ato ilícito o exercício de um direito de forma que exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé (artigo 187, CC). Especificamente em relação aos contratos, dentre os quais se encontra a transação, a lei obriga aos contratantes a observância do princípio da boa-fé, tanto na conclusão como na execução do contrato (artigo 422, CC). Além destes dispositivos específicos, mais precisamente relacionados com o objeto desta pesquisa, vários outros tratam da observância da boa-fé no Código Civil. Estes dispositivos do Código Civil obrigam os participantes de processos realizados dentro e fora do âmbito dos Tribunais.

Especificamente em relação à mediação e à conciliação realizadas no âmbito dos tribunais, o princípio concretiza-se por deveres legais impostos não apenas às partes. O artigo 14 do CPC dispõe que as partes, e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, devem proceder com lealdade e boa-fé, abstendo-se de praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. Todos estes deveres estão relacionados com o princípio da boa-fé, porque constituem padrões de ação e comportamento. Em sentido contrário, por exemplo, a parte que se dispõe a participar de um processo de mediação e conciliação, apenas com o objetivo de ganhar tempo, não querendo realmente negociar, mas tão-somente retardar a efetiva solução do litígio, age com evidente e inocultável má-fé.

A não observância do princípio da boa-fé pode gerar diversas consequências jurídicas, desde a prematura interrupção pelas partes ou pelo mediador ou conciliador das negociações, passando pela responsabilidade civil⁴⁷ e pela responsabilidade processual do agente

⁴⁷ Cfr. José de Oliveira Ascensão, Direito Civil – Teoria Geral, obra citada, p. 179.

de má-fé, podendo chegar até a nulidade ou anulabilidade do acordo firmado pelas partes⁴⁸.

Naturalmente, se uma das partes notar que a contraparte está a agir com má-fé, irá abandonar o processo, certamente procurando outros meios para solução do litígio. O mediador ou conciliador, fora do âmbito do tribunal, igualmente deverá colocar fim ao processo se alguma das partes estiver agindo de má-fé, posto que neste caso a mediação e a conciliação não atingirão seu intento.

Constitui ato ilícito o exercício de um direito com manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé (artigo 187 do CC). Neste caso, portanto, a atuação de má-fé em processos de mediação e de conciliação, que cause dano a terceiro, também deve justificar a sua responsabilidade civil. Também o conciliador ou o mediador, quando no exercício de sua função, cometer ato ilícito a causar danos a alguém, ferindo os padrões exigidos pela boa fé, está sujeito à responsabilidade civil (artigos 186 e 927 do CC) e profissional (código de ética profissional).

No âmbito dos tribunais, o juiz deve proferir sentença que obste aos objetivos das partes se ficar convencido de que estas se servem do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei (artigo 129 do CPC).

Nos processos perante os tribunais há responsabilidade da parte que atuar de má-fé pelo pagamento de multa e também de indenização pelos prejuízos sofridos, além de honorários advocatícios e despesas efetuadas (artigo 18 do CPC).

⁴⁸ Fernando Manuel Pereira de Noronha, obra citada, p. 150.

Tema de grande amplitude é o da nulidade e da anulabilidade dos negócios jurídicos, cuja análise, ainda que sintética, não seria possível neste trabalho. É certo afirmar, porém, que a má-fé de uma ou das duas partes na realização de um acordo pela mediação ou pela conciliação pode ser nulo ou anulável, na forma do regime da invalidade dos negócios jurídicos, conforme estabelecem os artigos 166 e seguintes do Código Civil.

4.3. Princípio da confidencialidade

O princípio da confidencialidade pode ser induzido a partir dos princípios da segurança jurídica, da confiança e, especialmente, do princípio da autonomia privada, na medida em que sua aplicação e seus limites podem ser estabelecidos pelas partes⁴⁹, diretamente ou através da escolha de um regulamento de instituição privada criada para promover mediações e conciliações. Atualmente, a confidencialidade encontra fundamento principal no acordo de mediação firmado pelas partes⁵⁰, posto que ainda não há lei expressamente estabelecendo a sua observância.

⁴⁹ Segundo José Luis Bolzan de Moraes, obra citada, p.27, a mediação deve ser realizada em ambiente secreto, salvo se outra for a vontade das partes.

⁵⁰ Klaus Reichert, Confidencialidade da Mediação Internacional, *in* Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos Publicados na NewsletterDGAE. Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p. 172, trata da necessidade do acordo de mediação, mas ressalta que há países em que apenas o acordo não é suficiente para garantir a confidencialidade. Também Zuleima D. Wilde e Luis M. Gaibrois, O que é mediação, *Tradução por Soares Franco – Gabinete de Tradutores e Intérpretes, Ltd.* Lisboa: Agora Publicações, 2003, p. 64, esclarecem da necessidade de um acordo de confidencialidade.

Muito embora o inciso III do artigo 36 da Lei Complementar 35/79 proíba o magistrado de manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, pode-se dizer que o princípio da confidencialidade não se aplica às conciliações realizadas no âmbito dos Tribunais, posto que confronta com outro princípio aplicável aos processos dirigidos por juízes: o princípio da publicidade (inciso IX do artigo 93 da CF). As partes também não estão submetidas a este dever imposto pela Lei Orgânica da Magistratura.

Na conciliação conduzida pelo juiz o princípio da confidencialidade não se aplica primeiramente porque, em regra, o mesmo juiz que promoveu a conciliação poderá, ao final, julgar o processo. Naturalmente os argumentos utilizados na negociação, por exemplo, serão de conhecimento do juiz no momento da sentença. Este circunstância revela a importância do princípio, já que neste caso as partes não se sentem à vontade para conversar com o juiz nas mesmas condições em que conversariam com o mediador ou conciliador em processo sujeito à observância deste princípio⁵¹. Além disto, os atos processuais são públicos, na forma do artigo 155 do CPC, salvo exigência de interesse público e causas que dizem respeito a algumas questões de Direito de Família. Em semelhante sentido, os artigos 770 e 813 da CLT dispoem sobre a publicidade dos atos processuais e das audiências, nas ações trabalhistas.

⁵¹ Cfr. Albertina Pereira, A Mediação e a (nova) Conciliação, *in* Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos Publicados na NewsletterDGAE. Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p.195.

O fato deste princípio não ser aplicável, em termos, às conciliações promovidas no âmbito dos Tribunais, importa questionar a sua característica de princípio geral⁵². Não obstante trata-se de um princípio que rege os processos de mediação e de conciliação fora do âmbito dos tribunais, e dada à sua importância deve ser objeto análise. O sigilo em que todo o processo se desenvolve é considerado pela doutrina como característica própria da mediação⁵³, e uma condição sem a qual a mediação não poderia ser eficaz porque não incentivaria a colaboração das partes com o mediador⁵⁴.

⁵² É certo que tampouco se trata de um princípio com consagração universal, conforme leciona Dário Moura Vicente, *Mediação Comercial Internacional*, obra citada, p. 1090. Lilia Maia de Moraes Sales, *Mediare – Um Guia Prático para Mediadores*, obra citada, p. 23, também esclarece que os princípios da mediação podem variar de país para país, mas há consenso sobre alguns deles, mencionando, dentre os quais, o princípio da confidencialidade.

⁵³ Dentre os vários autores, por exemplo, Albertina Pereira, *A Mediação e a (nova) Conciliação*, obra citada, p.193.

⁵⁴ Cfr. Klaus Reichert, *Confidencialidade da Mediação Internacional*, obra citada, p. 171.

Ademais, a atual realidade pode ser em breve parcialmente alterada, pela aplicação do princípio também às mediações realizadas por mediadores no âmbito dos Tribunais, nos termos do Substitutivo do Projeto de Lei da Mediação, aprovado no Senado Federal e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados⁵⁵. Conforme artigo 34 deste Projeto, a mediação incidental será obrigatória nos processos de conhecimento, salvo em determinados casos. Pelo projeto, a mediação será sigilosa e o mediador deve proceder com confidencialidade (artigos 6º e 13º), salvo por expressa convenção das partes (princípio da autonomia privada, já mencionado).

⁵⁵ O Projeto de Lei n. 4.827 foi apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra em 10/11/98, na Câmara dos Deputados. Após ter sido aprovado nesta Casa Legislativa, o projeto foi encaminhado ao Senado Federal em 29/11/02, na forma do artigo 65 da Constituição da República. No Senado, o Senador Pedro Simon apresentou um substitutivo ao projeto, que foi aprovado. Como consequência, em 13/07/06 o projeto retornou à Câmara dos Deputados, onde foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. O Relator apresentou em 07/11/06 o seu parecer pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Substitutivo do Senado. O Parecer ainda não foi votado, sendo que foi retirado de Pauta no dia 08/11/06. Fontes: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes> e <http://www.senado.gov.br>, acesso em 30/06/2007.

O projeto, neste ponto, merece a crítica de apenas atribuir o dever de confidencialidade ao mediador, quando, em realidade, a obrigação deve atingir também as partes e qualquer pessoa que participe, direta ou indiretamente do processo, salvo, como constou, por expressa convenção contrária das partes⁵⁶. Ainda não está claro no projeto, o que deve ser objeto de sigilo, embora se possa presumir que o silêncio enseja o entendimento, pela aplicação do princípio, que deva referir-se a todos os argumentos e as alegações das partes e do mediador, bem como às provas apresentadas. Neste ponto, importante que se advirta que uma prova que poderia ser utilizada judicialmente não pode perder esta característica pelo fato de ter sido utilizada em uma mediação.

Acima foi dito que o projeto pode parcialmente modificar a atual situação porque prevê alteração do artigo 331 do CPC, ainda mantendo o procedimento de conciliação realizado pelo juiz. Nesta fase, o princípio da confidencialidade continuará não sendo aplicável, sob pena de ferir o inciso IX do artigo 93 da CF. Eventualmente, se este substitutivo for aprovado na Câmara, sem mudanças, poderá se encontrar aqui, no sistema brasileiro, uma diferença entre mediação e conciliação.

Nas mediações e conciliações realizadas fora do âmbito do Tribunal, não há disposições legais expressas dispendo sobre o princípio da confidencialidade. Assim que, somente nestas mediações ou conciliações as partes podem pactuar, pelo princípio da autonomia privada, a adoção do sigilo em relação aos fatos, argumentos e provas produzidos no processo de mediação ou conciliação. Dentre os objetos do sigilo, também podem ser mencionados os termos de um acordo ou mesmo a existência de um acordo, os apontamentos do

⁵⁶ A mesma crítica é realizada à Lei 78/2001, de 13 de julho, que em Portugal regulamenta os Julgados de Paz, por João Miguel Galhardo Coelho, Julgados de Paz e Mediação de Conflitos, Lisboa: Âncora Editora, 2003, p. 36, e Marcos Keel Pereira, A Mediação nos Julgados de Paz no Contexto da “Crise da Justiça”, obra citada, p. 10.

mediador, as razões pelas quais as partes não chegaram ao acordo e as propostas realizadas⁵⁷.

Pelo princípio da confidencialidade, as partes têm entre si, e em relação ao mediador ou conciliador, a confiança⁵⁸ de que o que disserem não poderá ser utilizado contra si em um processo judicial futuro, caso não cheguem a um acordo, nem poderá passar para o exterior, sendo utilizado em outras circunstâncias contra as pessoas envolvidas⁵⁹. Assim, cada parte pode se reunir em particular com o mediador ou conciliador (reunião que se chama *caucus*) e, com a segurança de que suas informações não serão divulgadas nem à outra parte, conseguem melhor esclarecer ao terceiro interveniente sobre a profundidade e a natureza do litígio, permitindo que este terceiro possa então ter uma ampla visão da relação que une as partes e, assim, melhor orientá-las para que decidam a controvérsia. Também, podem utilizar argumentos sem receio do mediador ou do conciliador, que não decidirá o conflito e não poderá prestar depoimento como testemunha.

⁵⁷ Cfr. Klaus Reichert, Confidencialidade da Mediação Internacional, obra citada, p. 170.

⁵⁸ Também relacionando o princípio da confidencialidade com a confiança das partes, Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare: Um Guia prático para Mediadores*, obra citada, p. 24.

⁵⁹ Cfr. João Miguel Galhardo Coelho, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, obra citada, p. 36.

Consideradas as regras de processo civil vigentes, pode-se concluir que o mediador ou conciliador, que atue através de uma instituição privada, ou na Comissão de Conciliação Prévia ou mesmo no Ministério do Trabalho nos conflitos coletivos de trabalho, não poderá servir como testemunha em processo judicial, em vista de seu impedimento legal. Neste sentido, o inciso III do parágrafo segundo do artigo 405 do CPC. O terceiro no processo de mediação assiste as partes, escuta, analisa o caso, percebe qual a melhor solução manifestando-a às partes. Neste caso, a melhor solução é considerada em razão dos fatos verificados e dos conhecimentos técnicos que possui, sendo naturalmente que algum destes pode influir indevidamente em julgamento do litígio. No caso da testemunha, ainda que inexista causa de suspeição ou impedimento, esta não é obrigada a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (artigo 406, II, CPC). Sendo o mediador ou o conciliador um advogado, este pode recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional, nos termos do inciso XIX do artigo 7º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Como pode ser observado, estes últimos dois dispositivos não fazem exceção ao interesse público às garantias profissionais que impõem.

Há autores que sustentam que o princípio não é absoluto, e que ele deve ser desconsiderado quando o interesse público o justificar. Sustentam que o interesse privado não pode se sobrepor ao interesse da sociedade e que, por isto, uma decisão legal ou judicial, ou uma atitude de política pública poderia derrogar a regra de sigilo nas mediações e conciliações⁶⁰. Este entendimento pode ser questionado. Inicialmente, é possível afirmar que o processo envolve litígios de natureza patrimonial e caráter privado, sendo que dificilmente tais litígios podem afrontar a ordem ou o interesse público. Além disto, esta conclusão não considera que o princípio da confidencialidade não é apenas decorrência da autonomia privada, mas é concretização de outros princípios e valores constitucionais, como o Estado de Direito, a segurança jurídica e a confiança. Neste caso, portanto, manifesta-se divergência quanto ao entendimento de que um juiz ou uma autoridade pública possa exigir do mediador ou do conciliador alguma informação protegida pelo dever de confidencialidade.

A não observância do princípio da confidencialidade, à partida, não enseja a invalidade do acordo ao qual as partes chegaram. Entretanto, a publicação de fatos sobre os quais uma delas, o conciliador ou o mediador, se obrigaram a guardar em segredo, para além de contribuir para o descrédito do processo em si mesmo, pode gerar para o profissional punições disciplinares, e para todos a responsabilidade civil por danos causados.

4.4. Princípio da igualdade das partes

⁶⁰ Cfr. José Luis Bolzan de Moraes, obra citada, p. 147.

O artigo 5º da Constituição Federal dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à igualdade. Este princípio tem vital importância nos processos, tanto nos judiciais como nos extrajudiciais, assim como nos consensuais e nos adversariais. Efetivamente, a igualdade constitui um valor-meio para atingir um outro valor, qual seja, a justiça⁶¹, que constitui outro princípio constitucional (artigo 3º, inciso I, CF).

Na esteira da Constituição Federal, o artigo 125, inciso I, do CPC estabelece que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento. Este dever do juiz deve ser observado em todas as fases do processo, inclusive quando promove a conciliação entre as partes.

O princípio da igualdade, não por força do CPC, mas pela expressa disposição constitucional, tem que ser igualmente observado pelo terceiro que auxilia as partes nas mediações e conciliações realizadas fora do âmbito dos tribunais⁶².

⁶¹ Cfr. Leda de Oliveira Pinho, *Princípio da Igualdade – Investigação na Perspectiva de Gênero*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, pp.86/87.

⁶² O conciliador deve procurar, na condução do processo, “assegurar um tratamento equitativo” às partes, “tendo em conta a circunstâncias do caso”, conforme Dário Moura Vicente (*Mediação Comercial Internacional*, obra citada, p. 69), reconhecendo este dever como respeito a princípios mínimos do processo que não podem deixar de ser observados.

A igualdade no tratamento dispensado às partes é aquela que busca afastar o inevitável desequilíbrio das relações entre as partes, que é motivada por razões de natureza social, cultural e econômica. São necessários meios que propiciem a compensação das desigualdades verificadas no plano prático, com objetivo de oferecer às partes igualdade material de oportunidades⁶³. Portanto, não se trata aqui da igualdade meramente formal, evidenciada por textos legais prevendo identidade de direitos e de deveres, mas de observância da igualdade material, que considere as condições concretas sob as quais as partes exercem seus direitos e deveres⁶⁴.

Com este objetivo, incumbe ao terceiro que participa do processo conceder às partes as mesmas oportunidades de manifestação e de compreensão das ações desenvolvidas⁶⁵. Nesta linha, o princípio da igualdade permite ao mediador ou conciliador, inclusive, alertar as partes quando caminham para um acordo notadamente prejudicial para uma delas, especialmente quando esta é a parte mais fraca na relação jurídica, sem que esta atitude importe em ofensa a outro princípio aplicável ao processo, que é o da imparcialidade. Ainda, compete ao mediador e ao conciliador instigar a efetiva participação de todas as partes, de modo que a participação de uma não venha a tolher a participação de outra, em razão de suas melhores condições de negociação e argumentação. Afinal, a construção da solução do litígio se faz pela implementação do diálogo.

⁶³ Cfr. J. Pereira Batista, obra citada, pp. 49/50.

⁶⁴ Sobre a classificação da igualdade em formal e material, Rui Portanova, Princípios do Processo Civil, obra citada, p. 38.

⁶⁵ Ver José Luis Bolzan de Moraes. Obra citada, p. 151.

Na mediação e na conciliação, o princípio da igualdade se concretiza, além do que já se disse, pela realização da sessão conciliatória ou audiência com a presença das duas partes, pessoalmente ou representadas, onde possam exprimir livremente suas razões e pontos de vistas, tanto para o terceiro como para a parte contrária. Se as partes admitirem o *caucus*, ou reunião privada com o mediador ou conciliador, este deve promover a reunião com cada uma das partes, em igualdade de oportunidades. Às partes devem ser oferecidas idênticas oportunidades de apresentação de documentos que possuam e entendam necessárias à exposição de seus posicionamentos.

A não observância do princípio da igualdade, à partida, pode afastar o interesse da parte prejudicada no prosseguimento do feito. Quando a mesma parte não percebe a tempo que está sendo indevidamente tratada de maneira desigual - condição que pode viciar o acordo que firmar por vício resultante de erro, dolo ou coação - pode pedir a anulabilidade do negócio jurídico firmado, na forma do artigo 171 do Código Civil, sem prejuízo da responsabilidade do mediador ou do conciliador.⁶⁶

4.5. Princípio da eficácia

A eficácia constitui não apenas uma qualidade, mas também um princípio que deve reger todos os atos praticados no processo. A eficácia do processo está relacionada com o seu custo, com o tempo despendido e com a sua efetividade enquanto meio para o alcance da solução do litígio. Afinal, é esta eficácia que justifica a relevância que se tem dado ultimamente ao processo de mediação⁶⁷.

⁶⁶ Referindo-se à intervenção inadequada do mediador, que pode importar na nulidade do ato concluído e na sua responsabilidade, João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias, obra citada, p. 59.

⁶⁷ Cfr. Dário Moura Vicente, *Mediação Comercial Internacional*, obra citada, p. 1084.

Estas características, que se concretizam pelo princípio da eficácia, têm ligação com a relativa informalidade do processo de mediação e de conciliação. Todavia, o direito positivo impõe algumas formalidades, nomeadamente nos processos realizados no âmbito dos tribunais. Por exemplo, no processo sumário previsto pelo Código de Processo Civil, o não comparecimento do réu à audiência conciliatória importa em sua revelia e confissão (artigo 277, parágrafo segundo, CPC)⁶⁸. Também nas Comissões de Conciliação Prévia há algumas formalidades como a exigência de formulação do pedido por escrito (parágrafo primeiro do artigo 625-D da CLT) ou a fixação de prazo para a realização da sessão conciliatória (artigo 625-F, CLT). É fato que o processo de negociação e conciliação está sujeito a poucas formalidades, mas estas efetivamente existem. Nestas condições, trata-se da informalidade como concretização do princípio que se passa a denominar princípio da eficácia.

Há doutrina⁶⁹ que defende a aplicação do princípio da informalidade do processo, argumentando que não existem regras rígidas nem forma única que vinculam o processo, em razão do que cabe aos mediadores o estabelecimento de padrão para facilitar a organização e a elaboração de estatísticas. Este entendimento pode ser defendido nas mediações ou conciliações realizadas por entidades privadas, mas é preciso considerar que os processos também tramitam no âmbito dos tribunais, onde há algumas regras rígidas como a mencionada exigência de comparecimento à audiência conciliatória. Também deve ser considerado que a transação obtida pela mediação, mesmo fora do âmbito dos tribunais, deve satisfazer determinadas

⁶⁸ Em situação semelhante na legislação portuguesa, em que o artigo 687º, número 4, do Código do Trabalho qualifica como contra-ordenação grave o não comparecimento da associação sindical, da associação de empregadores ou do empregador às reuniões convocadas pelo mediador, Dário Moura Vicente (Mediação Comercial Internacional, obra citada, p. 1081) entende que neste caso não se pode tratar a mediação de um processo informal.

⁶⁹ Por exemplo, Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare: Um Guia Prático para Mediadores*, obra citada, p. 23.

exigências legais para ensejar, por exemplo, a sua execução forçada. Portanto, não se trata de um processo totalmente informal⁷⁰.

O custo do processo é considerado um diferencial pela doutrina, em relação a outros meios de solução de litígios, judiciais e extrajudiciais. O baixo custo permite que muitas controvérsias sejam resolvidas através deste tipo de processo, o que lhe traz importância prática.⁷¹ A mediação e a conciliação, para serem eficazes, também devem apresentar baixos custos. Há processos que, em razão de seu valor econômico, jamais chegariam a um tribunal, e a mediação e a conciliação, com seu baixo custo possibilitam a tentativa de solução. É, sem dúvida, uma forma de acesso à Justiça.

Em relação ao tempo, a mediação e a conciliação são meios mais céleres e ágeis para a solução dos litígios, quando comparados a outros tipos de processo. A celeridade importa em promover, de certo modo, a qualidade da justiça prestada, porque não basta apenas uma solução adequada: é necessário que a solução seja apresentada em tempo razoável⁷². Ademais, a morosidade faz aumentar o custo indireto do processo⁷³. O inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação.

⁷⁰ Cfr. Dário Moura Vicente, *Mediação Comercial Internacional*, obra citada, p. 1081.

⁷¹ Cfr. Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, obra citada, p. 47.

⁷² Segundo Marcos Keel Pereira, *A Mediação nos Julgados de Paz no Contexto da “Crise da Justiça”*. Lisboa: Working Paper da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002, pp. 7 e 8.

⁷³ Ver José Luis Bolzan de Moraes. *Obra citada*, págs. 147/148.

Finalmente, a eficácia do processo está relacionada com a produção de efeitos práticos. Não basta uma solução formal, sendo importante que a solução se torne efetiva. Em outras palavras, é preciso garantir meios para que a solução encontrada seja cumprida pelas partes, espontânea ou através de execução. O acordo oriundo da mediação e da conciliação deve constituir título executivo.

Neste sentido, a sentença homologatória de conciliação ou de transação e o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente, constituem títulos executivos judiciais (artigo 475-N, CPC). Por sua vez, a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, ou o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores constituem títulos executivos extrajudiciais (artigo 585, II, CPC). Também desta natureza são: o termo de conciliação firmado perante as Comissões de Conciliação Prévia (parágrafo único do artigo 625-E e artigo 876, da CLT); o termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho (artigo 876, CLT).

A não observância do princípio da eficácia, em todos os atos dos processos de mediação e de conciliação, acaba por afastar o interesse nesta forma de solução de litígios.

4.6. Princípio da qualificação do mediador e do conciliador

O terceiro que participa do processo para auxiliar as partes na busca da solução do litígio deve apresentar certas qualidades obrigatórias, as quais lhe dão credibilidade de modo a permitir que a mediação e a conciliação atinjam seus objetivos. É em torno destas qualidades, nomeadamente a independência e a imparcialidade, ao lado dos conhecimentos específicos, que se estabelece o princípio que pode ser denominado como princípio da qualificação do mediador e do conciliador.

Alguns autores⁷⁴ referem-se a dois princípios, o da participação de terceiro imparcial e ao da competência do mediador. Pelo primeiro, obriga-se o mediador a dispensar igual tratamento às partes do processo, sem privilégios ou benefícios, outorgando-lhes as mesmas oportunidades. Pelo segundo, exigem-se do mediador certas características, conhecimentos e capacidade para o desempenho da função. Entretanto, percebe-se como todas estas características decorrem de qualidades que devem possuir o mediador e o conciliador, o que leva à conclusão que tais exigências são apenas concretizações do princípio maior nominado neste trabalho.

A imparcialidade do conciliador e do mediador são exigências para a concretização dos princípios da igualdade e da confiança. A sua independência contribui para a preservação destas qualidades⁷⁵, garantindo-se que o mediador e o conciliador não estarão sujeitos a influências externas que possam afastá-lo do objetivo do processo.

É fato que na mediação e na conciliação o terceiro que atua de forma a auxiliar as partes a encontrarem uma solução para o seu litígio não decide a controvérsia. Não obstante, exige-se que atue com imparcialidade porque deve ouvir as partes e, após compreender melhor a situação de fato e os aspectos jurídicos que envolvem o litígio. E não basta que pautar sua atuação por estas exigências, mas que demonstre às partes a sua retidão de agir.

⁷⁴ Por exemplo, Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare: Um Guia prático para Mediadores*, obra citada, p. 23.

⁷⁵ Cfr. Rui Portanova, *Princípios do Processo Civil*, obra citada, p. 73, é a independência que gera a imparcialidade.

Nestas condições, realmente a imparcialidade do mediador ou do conciliador importa em dispensar às partes do litígio o mesmo tratamento, concedendo-lhes iguais oportunidades de manifestação, sem beneficiar nenhuma delas em detrimento da outra. Em outras palavras, que respeite o princípio da igualdade, já mencionado anteriormente. Ainda, importa que conciliador ou mediador não atue caso verifique conflitos de interesses ou de relacionamentos com qualquer das partes⁷⁶. Em suma, a atuação imparcial do mediador e do conciliador consiste em avaliar e agir objetivamente, com isenção e independência, regendo-se por critérios lógicos racionais, em relação à totalidade dos interesses envolvidos⁷⁷. A imparcialidade também importa que o mediador ou conciliador não tome partido de uma ou de outra parte durante o trâmite do processo, sob pena de quebrar a confiança nele depositada, o que não significa que não possa chamar a atenção das partes quando estas caminhem para um acordo manifestamente injusto ou desequilibrado. O comprometimento do conciliador e do mediador deve ser com o processo, e não com alguma das partes.

Por outro lado, as partes têm o direito de escolher e de recusar o mediador ou o conciliador, assim como este terceiro deve informar às partes os fatos que possam prejudicar a sua imparcialidade⁷⁸. Neste caso, sendo a vontade das partes ou sentindo o mediador ou o conciliador que não pode respeitar integralmente o princípio da imparcialidade, o terceiro deve afastar-se do processo⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. Susana Figueiredo Bandeira, obra citada, p. 135.

⁷⁷ Segundo Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 17.

⁷⁸ Neste sentido, José Luis Bolzan de Moraes, obra citada, p. 159.

⁷⁹ Também em José Luis Bolzan de Moraes, obra citada, p. 159.

Em relação à mediação e à conciliação promovida no âmbito dos Tribunais, a independência e, conseqüentemente a imparcialidade, do juiz são obtidas através da observância de garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, bem como de certas proibições, como de exercício de outros cargos ou funções (salvo uma de magistério); de recebimentos de custas, participação em processo, auxílios ou contribuições, salvo exceções legais; de dedicação a atividade político-partidária; de exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual o juiz se afastou, antes de decorridos 3 anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (artigo 95, CF). Além disto, há o sistema de impedimentos e suspeições previsto pelos artigos 134 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nas conciliações e mediações realizadas fora do âmbito dos tribunais, o princípio da qualificação do mediador e do conciliador justifica que sejam observadas garantias de independência nos regulamentos das entidades privadas que promovam formas de solução alternativa de litígios, como por exemplo, o exercício da função durante determinado período de tempo previamente estabelecido. Nas Comissões de Conciliação Prévia, a lei prevê a observância de mandato de um ano aos conciliadores, permitida uma recondução (artigo 625-B, III, CLT). Em qualquer hipótese, deve-se aplicar aos mediadores e conciliadores as mesmas restrições impostas aos juízes quanto às situações de impedimentos e suspeições.

A não observância de princípio nominado como da qualificação do mediador e do conciliador importa não apenas na nulidade do processo e conseqüentemente do acordo ao qual as partes chegaram, como na responsabilidade do mediador e do conciliador que não observaram as exigências para o desempenho de sua função.

4.7. Princípio da inafastabilidade da jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra fundamento no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Se a lei não possui tal poder, pode-se entender que tampouco a vontade das partes poderá prevalecer quando algum direito sofrer lesão ou ameaça. Em outras palavras, não é possível a criação de obstáculos ao cidadão na busca de seus direitos perante o Poder Judiciário⁸⁰.

Antes que se possa argumentar que a admissão de um princípio desta natureza venha a desconstituir todo o interesse em meios de solução de litígios que buscam justamente afastar as partes da utilização do sistema judiciário, afirma-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo contrário, gera uma garantia de que os processos de mediação e de conciliação servirão efetivamente para solução adequada de controvérsias, com efetiva observância de seus princípios gerais.

As nulidades e as responsabilidades pelo desrespeito aos princípios gerais do processo podem, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, ser conhecidos. Trata-se de um princípio que acaba por reforçar a necessidade de que os demais princípios nominados sejam de fato aplicados no processo.

A não observância deste princípio pode ensejar a consolidação de equívocos ou injustiças encobertas por acordos resultantes da conciliação ou mediação, obtidos sem observância dos princípios gerais destes processos.

5. Conclusão

⁸⁰ Cfr. Rui Portanova, *Princípios do Processo Civil*, obra citada, p. 82.

Este estudo constitui em uma primeira aproximação na identificação e análise dos princípios gerais aplicáveis à mediação e à conciliação, tema que por sua importância, justifica o interesse na continuidade da pesquisa e na realização de debates para o desenvolvimento do processo, enquanto meio útil para solução das controvérsias e para a pacificação social.

Ao localizar na legislação os principais dispositivos que disciplinam os processos de mediação e de conciliação no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrou-se a importância conferida pelo legislador para a solução dos litígios através da conciliação, quando estes são levados ao Poder Judiciário. Esta importância não é apenas teórica, porque muitos litígios são, de fato, resolvidos pela conciliação. Mas, ainda é possível alargar em muito o número de processos resolvidos pelas partes, com o auxílio de conciliadores e mediadores. Para além dos dispositivos legais que evidenciam a importância do processo, e do esforço já empreendido pelos seus operadores, percebe-se que ainda prevalece uma cultura adversarial do processo. É o que se verifica na rotina forense, o que pode ser reflexo do método de ensino do Direito nas faculdades, onde não se dedica maior tempo para o estudo das formas consensuais de solução de litígios. Espera-se que o estudo dos processos de mediação e de conciliação, especialmente dos princípios gerais que lhes são aplicáveis, possa constituir um real contributo para a mudança de conceitos, para a melhoria dos serviços do Poder Judiciário e da vida em sociedade.

Fora do âmbito dos tribunais judiciais, a relativa ausência de regulamentação específica dos processos de conciliação e mediação não constitui óbice à utilização destes meios para solução de litígios. O princípio da autonomia privada continua, neste ínterim, servindo de alicerce para a existência, o desenvolvimento e o reconhecimento do processo, suprimindo as lacunas da lei. Por outro lado, espera-se com este trabalho colaborar de algum modo com o debate que gira em torno da iminente regulamentação do processo.

A mencionada cultura adversarial, e muitas vezes a má utilização do processo, ensejam certa resistência à solução dos litígios pelos meios alternativos à jurisdição, inclusive nos processos já regulamentados, nomeadamente nos litígios trabalhistas individuais pelas Comissões de Conciliação Prévia. Espera-se que a identificação dos seus princípios gerais possa oferecer instrumentos para verificação da sua validade jurídica, diminuindo a mencionada resistência à sua utilização na medida em que justifica a confiança de quem os utilizar.

O respeito à livre vontade das partes, dentro dos limites da autonomia privada, com observância dos princípios da igualdade, da boa-fé, da eficácia e da qualificação dos conciliadores e mediadores, naturalmente contribuirá para a diminuição da noticiada resistência. Por sua vez, a confidencialidade dos processos de mediação e de conciliação instiga a maior colaboração das partes para a resolução do real litígio que as une, e que muitas vezes não transparece nos processos do tipo adversarial.

Por fim, as partes e os mediadores e conciliadores têm a garantia de que nenhuma ameaça ou lesão a direito poderá ser mantida pela necessária aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. A observância dos princípios gerais, por sua vez, servirá de garantia de manutenção, pelo Poder Judiciário, das soluções construídas pelas partes eventualmente questionadas.

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Vol. III – Relações e Situações Jurídicas, Coimbra: Coimbra, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral**. 13ª edição, Coimbra: Almedina, 2005.

BANDEIRA, Susana Figueiredo. **A Mediação como Meio Privilegiado de Resolução de Litígios.** *in* Julgados de Paz e Mediação – Um Novo Conceito de Justiça. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

BATISTA, J. Pereira. **Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais.** Lisboa: Lex, 1997.

COELHO, João Miguel Galhardo. **Julgados de Paz e Mediação de Conflitos.** Lisboa: Âncora Editora, 2003.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica,** tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3ª edição, tradução de José Lamego, do título original Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NORONHA, Fernando Manuel Pereira de. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

PEDROSO, João. TRINCÃO Catarina. DIAS, João Paulo. **Por Caminhos da(s) Reforma(s) da Justiça.** Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREIRA, Albertina. **A Mediação e a (nova) Conciliação.** *In* Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos Publicados na NewsletterDGAE. Lisboa: Agora Comunicação, 2006.

PEREIRA, Marcos Keel. **A Mediação nos Julgados de Paz no Contexto da “Crise da Justiça”.** Lisboa: Working Paper da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da Igualdade – Investigação na Perspectiva de Gênero**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 10ª edição, Coimbra: Almedina, 1982.

REICHERT, Klaus. **Confidencialidade da Mediação Internacional**. In Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos Publicados na NewsletterDGAE. Lisboa: Agora Comunicação, 2006.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública**, Coimbra: Almedina, 1996.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediare: Um Guia Prático para Mediadores**. 2ª edição. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Manuel de Melo Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2005.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. 2ª edição. Curitiba: CDD, 1998.

VICENTE, Dário Moura. **Mediação Comercial Internacional**. in Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira. Coimbra: Coimbra, 2006, pp. 1.081/1093.

VICENTE, Dário Moura. **Meios Extrajudiciais de Composição de Litígios Emergentes do Comércio Electrónico**. in Direito Internacional Privado, Ensaios – II, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 317/353.

VICENTE, Dário Moura. **Resolução Extrajudicial de Conflitos no Sector Bancário.** *in* Direito Internacional Privado, Ensaaios – II, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 291/316.

WILDE, Zuleima D. e GAIBROIS, Luis M. **O que é mediação.** *Tradução por Soares Franco – Gabinete de Tradutores e Intérpretes, Ltd.* Lisboa: Agora Publicações, 2003.