



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

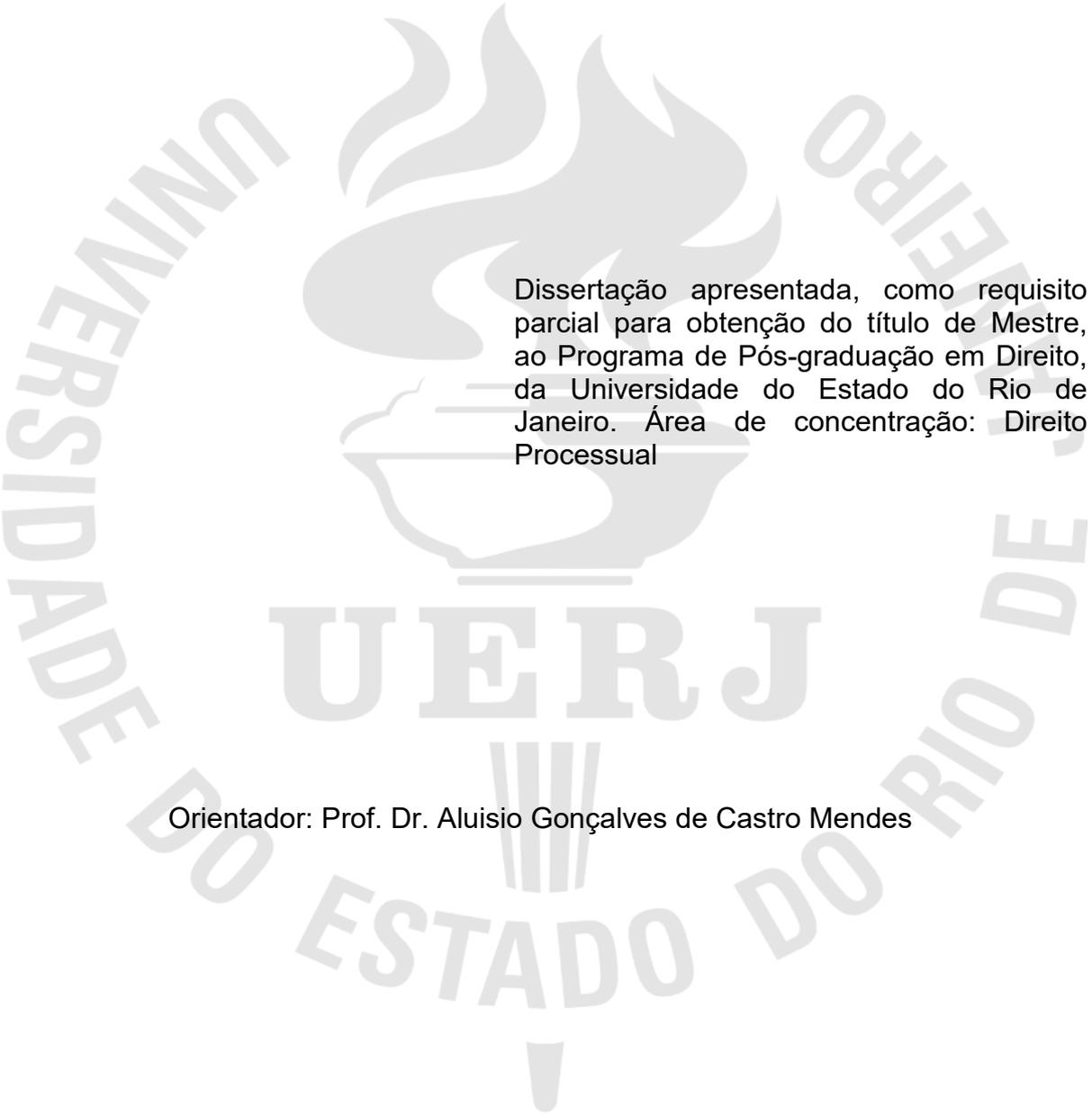
Aline Alves de Melo Miranda Araujo

Os limites dos métodos consensuais perante a administração pública em juízo

Rio de Janeiro
2022

Aline Alves de Melo Miranda Araujo

Os limites dos métodos consensuais perante a administração pública em juízo



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A663

Araújo, Aline Alves de Melo Miranda

Os limites dos métodos consensuais perante a administração pública em juízo / Aline Alves de Melo Miranda Araújo. - 2022.

175 f.

Orientador: Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Administração pública - Teses. 2.Cooperação –Teses. 3.Controle – Teses. I.Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 35

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Aline Alves de Melo Miranda Araujo

Os limites dos métodos consensuais perante a administração pública em juízo

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 30 de maio de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Kazuo Watanabe

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao meu filho Pedro Otávio, meu melhor amigo e para quem tentei ser uma companhia melhor nos tenebrosos anos de 2020 e 2021.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos conciliadores, mediadores, servidores e juízes sempre em auxílio ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TRF2, que sempre renovaram meus ânimos diante da conciliação e mediação com a administração pública.

RESUMO

ARAÚJO, Aline Alves de Melo Miranda. *Os limites da confidencialidade dos métodos consensuais perante a administração pública em juízo*. 2022. 175f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

O presente trabalho visa investigar os limites da mediação e conciliação judiciais quanto a administração pública for parte no processo. Para tanto, são analisados aspectos do processo civil na atualidade, como o caráter cooperativo, bem como questões transdisciplinares ligadas à teoria da decisão e teoria dos jogos.

Palavras-chave: Mediação judicial. Administração pública. Confidencialidade. Cooperação. Controle.

ABSTRACT

ARAUJO, Aline Alves de Melo Miranda. *The limits of confidentiality of consensual methods before the public administration in court*. 2022. 175f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The present work aims to investigate the limits of judicial mediation and conciliation when the public administration is part of the process. For this purpose, aspects of civil proceedings are analyzed today, such as the cooperative character, as well as transdisciplinary issues related to decision theory and game theory.

Keywords: Judicial mediation. Public administration. Confidentiality. Cooperation. Control.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 –	Árvore de decisão do particular.....	118
Figura 2 –	Árvore de decisão da administração pública.....	119
Figura 3 –	Matriz de jogo.....	121

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	<i>Alternative dispute resolution</i>
CEF	Caixa Econômica Federal
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPR	<i>Civil Procedure Rules</i>
DSD	<i>Design</i> de Sistema de Disputas
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ETR-BI	Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por Incapacidade
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
JEF	Juizados Especiais Federais
FHE	Fundação Habitacional do Exército
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
LINDB	Lei de introdução às normas do direito brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ODR	<i>online dispute resolution</i>
RE	Recurso Extraordinário
REDP	Revista Eletrônica de Direito Processual
RePro	Revista de Processo
NPSC	Núcleo Permanente de Método Consensuais de Solução de Conflitos
UMA	<i>Uniform Mediation Act</i>

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	METODOLOGIA	14
1.1	Fundamentos da mediação judicial	18
1.1.1	<u>Acesso à Justiça Coexistencial</u>	19
1.1.2	<u>A cultura da pacificação</u>	22
1.1.3	<u>Mediação e processo</u>	28
1.1.3.1	O <i>case management</i> e a mediação.....	33
1.1.3.2	O processo cooperativo e a mediação.....	40
1.1.4	<u>Conciliação e Mediação no contexto do <i>Design</i> de Disputas</u>	48
1.2	A solução consensual de conflitos no Poder Judiciário	53
1.2.1	<u>A adoção dos métodos consensuais enquanto norma processual fundamental</u>	53
1.2.1.1	Métodos consensuais como dever do Estado.....	56
1.2.1.2	Métodos consensuais e o estímulo recíproco em boa-fé.....	59
1.2.1.3	Métodos Consensuais e os princípios dispositivo e cooperativo.....	61
1.2.1.4	Métodos Consensuais, duração razoável do processo e celeridade	67
1.2.1.5	Métodos consensuais, contraditório e isonomia.....	69
1.2.1.6	Métodos consensuais e publicidade processual.....	72
1.3	Princípios informativos da conciliação e mediação	73
1.3.1	<u>Desenvolvimento dos institutos processuais</u>	74
1.3.2	<u>Oralidade</u>	76
1.3.3	<u>Informalidade</u>	83
1.3.4	<u>Imparcialidade</u>	86
1.3.5	<u>Autonomia da vontade</u>	87
1.3.6	<u>Decisão Informada</u>	90
1.3.7	<u>Independência</u>	92
1.3.8	<u>Outros princípios da Lei de Mediação</u>	93
1.4	Confidencialidade na mediação judicial	94
1.4.1	<u>Generalidades</u>	95
1.4.2	<u>Confidencialidade no procedimento</u>	96
1.4.3	<u>Confidencialidade objetiva e subjetiva</u>	99

1.4.4	<u>Fundamentos da Confidencialidade</u>	106
1.5	A atividade consensual da Administração Pública em juízo	110
1.5.1	Administração Pública e litigância de massa.....	112
1.5.1.1	Relações entre as condenações judiciais e os acordos.....	117
1.5.2	<u>Administração Pública e conflitos coletivos</u>	124
1.5.3	O regime administrativo e reflexos no procedimento consensual....	128
1.5.3.1	A indisponibilidade do interesse público.....	128
1.5.3.2	Legalidade administrativa e autonomia da vontade.....	132
1.5.3.3	Isonomia e impessoalidade.....	137
1.5.3.4	Cumprimento dos acordos realizados com a Administração Pública.....	141
1.5.3.5	Moralidade.....	144
1.5.3.6	Eficiência.....	145
1.5.4	<u>Confidencialidade versus publicidade</u>	146
1.5.4.1	Constitucionalidade.....	147
1.5.4.2	Controle administrativo, transparência e confidencialidade.....	153
	CONCLUSÕES	158
	REFERÊNCIAS	165

INTRODUÇÃO

A primeira década do século XXI viu o movimento pela conciliação surgir em diversos países, revelando a preocupação de se conferir um acesso efetivo à justiça. Os EUA fundou seus institutos no sistema multiportas de Justiça (*Multi-door Courthouse*), uma medida de instrumentalidade, eis que se trata da adequação do procedimento à demanda formulada. A adoção dos MASC's – métodos adequados de solução de conflitos em diploma legal implicaram uma nova tradução do termo ADR, concebido originalmente como *alternative dispute resolution* (resolução alternativa de disputas, em tradução livre).

Galanter (2015) designa como trigêmeos a noção de Acesso à Justiça, a perspectiva da disputa e os Meios Alternativos de Solução de Disputas¹. Os métodos consensuais, representando a terceira onda de acesso à justiça descrita por Cappelletti, apresentam-se como uma porta de entrada e, ainda, como uma saída alternativa para processos ajuizados².

Além disso, os reclamos pertinentes à legitimação democrática no processo judicial fundamentam tanto o princípio do contraditório – sobre o qual repousa o princípio cooperativo – quanto a busca das soluções pacíficas dos conflitos. Grinover descreveu, ao lado do fundamento social, pertinente à pacificação social, e do fundamento funcional, que sustenta a organização dos serviços judiciais, o

¹ Vide a lição de Marc Galanter: “A noção de Acesso à Justiça não chegou à cena legal desacompanhada. Fez parte do conjunto de trigêmeos intelectuais que surgiu nos anos 1970. Seus irmãos foram a perspectiva da disputa nos estudos legais e o movimento por “Meios Alternativos de Solução de Conflitos” (*Alternative Dispute Resolution*). Em seu início, esses três infantes eram muito próximos, praticamente inseparáveis, mas à medida que cresceram, experimentaram uma espécie de *big bang* que os enviou em diferentes direções. Ao se separarem, foram adotados por diferentes pais e amadureceram em ambientes muito diversos, com diferentes companhias.” *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 2, n. 1, 2015, p.39.

² “As portas de entrada para o sistema judicial, as conhecidas ondas de Cappelletti (1988), cresceram em gênero, número e grau. O problema é que a porta de saída não teve o mesmo desempenho, e as vias processuais adotadas acarretaram um movimento circular dos casos no foro, ou seja, o processo entra, e cada decisão nele proferida gera novo movimento circular dentro do sistema, não o levando, necessária e desejavelmente, em direção à saída. O acesso, em si mesmo, não significa a pacificação do conflito. Pelo contrário, é gerador de traumas sociais diversos. A lentidão do processo é o amálgama deste perverso efeito colateral. Quanto maior a demora, maiores as chances de novas crises. A parte autora não estará mais em conflito apenas com a parte ré, mas também com o sistema de justiça. Bem por isto, a demora do processo em resolver a lide é o fator primordial do atrito da sociedade com o Poder Judiciário. Se as ondas se referiam ao acesso à justiça, as novas ondas devem se referir à saída da justiça”. SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral e. A técnica dos acordos na Justiça Federal, BDJur, *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 7, 2004, p. 75.

fundamento político como a “*terceira dimensão da conciliação*”, ao dizer que “*a participação popular na administração da justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa*”³. Neste sentido, destacou dois aspectos: o primeiro, consistente na intervenção na hora da decisão; o segundo, atinente ao controle sobre o exercício do poder⁴.

Os métodos consensuais, após longa história no processo civil brasileiro, apresentaram franco desenvolvimento com a edição do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e da Lei de Mediação, marco legal da Mediação no país (Lei nº 13.140/2015). Os novos diplomas instituíram novas regras e princípios, que fomentam a mediação e a conciliação judiciais.

Neste ponto identificamos uma mudança de paradigma que, centrado na figura do jurisdicionado, lança um novo olhar sobre o direito processual. Os métodos consensuais baseiam-se no diálogo e no entendimento, transformando o seu objetivo final tradicional, bem definido nas palavras de Cunha: “desde Chiovenda e Carnelutti, sempre se falou que o processo serve para aplicar a lei, sendo um espaço de decisão e raciocínio subsuntivo”⁵.

A administração pública é litigante habitual no Poder Judiciário brasileiro, sendo responsável por uma grande parcela dos processos em curso. A sua presença no polo ativo ou passivo das ações aumenta a importância em se conferir cidadania através do acesso à justiça. Seus processos abarrotam os órgãos do Poder Judiciário, que buscam na mediação uma medida de eficiência e adequação.

A questão se torna mais dramática quando a matéria diz respeito a políticas públicas destinadas a concretizar direitos fundamentais, hipótese presente quando se tem a administração pública como parte no processo. A respeito do tema, Souza⁶ leciona que:

A utilização simultânea de ações coletivas e de meios consensuais de solução de controvérsia as consistem justamente no instrumento capaz de

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, 2008, p. 74.

⁴ Idem *ibid.*, p. 76: “Mas o princípio manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a co-gestão, a realização dos serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como a caracterizar graus mais ou menos intensos de participação.”

⁵ Leonardo Carneiro da Cunha ao lecionar sobre as ADR no CPC .Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n.1, 2020, p. 153-154.

⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum: 2012, p. 90.

conferir efetividade aos direitos fundamentais que dependem da atuação do Estado para a sua concretização.⁷

Assim, o questionamento que se coloca no presente trabalho é sobre os limites da consensualidade com a Administração Pública, dadas as suas características, objetivos e princípios, de modo que não sejam anulado ou prejudicado o instituto processual ou tampouco vedado o acesso a uma solução mais satisfatória e adequada para ambas as partes.

Para tanto, elegemos o princípio da confidencialidade como corte para um exame mais atento. Passemos então a estabelecer as bases metodológicas para a presente investigação.

⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum: 2012. p. 98.

1 METODOLOGIA

Sendo Juíza Federal há dezesseis anos, preocupei-me em selecionar as informações adquiridas neste tempo que se revelassem úteis e fidedignos, bem como em checar eventuais mudanças nos fatos. Procurei ao máximo trazer dados objetivos e descrever fatos corriqueiros ou notórios, e de outra sorte evitar comentários que consistissem em meras preferências ou idealizações pessoais. Estando na titularidade do 2º Juizado Especial de São Gonçalo, e convocada no Núcleo Permanente de Método Consensuais de Solução de Conflitos – NPSC2, sou ao mesmo tempo pesquisadora e participante dos fatos, o que já foi descrito como válido pela metodologia de pesquisa acadêmica. Os últimos dois anos foram permeados de atuação profissional, ensino e intenso acompanhamento estatístico.

Inicialmente, cabe esclarecer os significados dos termos utilizados na pesquisa segundo o marco teórico adotado. Costuma-se falar em equivalentes jurisdicionais⁸, segundo a classificação carnelutiana⁹ e adotando-se o pressuposto da exclusão da atividade jurisdicional, o que gera alguma perplexidade com a evolução dos métodos “alternativos” – “ADR” no inglês *alternative dispute resolution* - em métodos ‘adequados’ de solução de conflitos - ambos no português sob a mesma sigla “MASC’s”, pois inseridos no atual procedimento comum e em tantas outras disposições esparsas do código processual civil, além da lei especial para a mediação judicial. O objeto deste estudo, como será exposto a seguir, exclui as modalidades extraprocessuais, nos importando somente a concepção de acesso à justiça no exercício da jurisdição estatal, para a qual notoriamente se dirige a teoria do processo justo.

⁸ André Gomma de Azevedo considera: “De fato, estes “novos instrumentos” autocompositivos, com a aplicação dessa metodologia específica, devem ser considerados atualmente como novos processos, pois cada um destes passou a consistir em um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente para a composição de um conflito.” .Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. André Gomma de Azevedo (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 162-163. v.2.

⁹ “Assinalam alguns, como ponto distintivo fundamental, que na conciliação o conteúdo do ato resolutório da lide não porvém, em última análise, da vontade do Estado mas sim da vontade das partes: seria destarte a conciliação uma ‘zona extrema’ (...), em suma, um ‘equivalente jurisdicional’, na classificação carnelutiana”. CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito PGE-RJ*, v.30, 1976, p. 49.

Estas diferenças pontuais não geram uma separação ontológica entre a mediação e a conciliação as quais, definidas por decorrência das atividades dos mediadores e conciliadores nos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do código, são regidas pelos mesmos princípios informativos. Portanto, para os fins pretendidos neste estudo, é suficiente estabelecer que, diante das características do conflito e da atividade do terceiro imparcial, conciliação e mediação são procedimentos realizados de forma pré ou endoprocessual, os quais, regidos por regras e princípios específicos, visam a autocomposição voluntária entre as partes. E estes princípios e regras devem ser observados, sob pena de descaracterizar a atividade consensual concebida em lei sob normas fundamentais processuais.

Adotaremos de forma econômica “mediação” e “mediador” como terminologia, seguindo os ensinamentos de Leonard Riskin¹⁰ que fez uma classificação de graduação para o instituto; nestes termos a mediação encontra uma relação de gênero para espécie com relação a mediação avaliativa, que corresponde à nossa conciliação.

Preferimos o termo “sessões autocompositivas”, porém poderemos descrever como “audiências”, eis que realizadas sob o pálio do Poder Judiciário, ainda que por conciliador ou mediador¹¹. “Decisões adjudicadas”, “heterocomposição” ou “sentença de mérito” serão os termos utilizados para designar a solução dada pela tutela jurisdicional prestada pelo juiz.

No que se refere ao consenso obtido em juízo trataremos de forma genérica como “autocomposição” ou “transação”, evitando as discussões a respeito da existência de transação *stricto sensu* considerada como contrato ou negócio jurídico. Afinal, inexistem questionamentos a respeito da validade de acordos judiciais em

¹⁰ Vide Leonard Riskin (Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: AZEVEDO, André Goma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, para quem existe uma diferença de gênero (mediação) para espécie (conciliação) - transborda os objetivos do presente trabalho, mas é necessário ressaltar que constam do código definições baseadas nos conflitos a serem tratados, que são fatores externos aos novos institutos processuais. Contudo, a procura por uma definição mediante o procedimento da conciliação ou da mediação não revelará uma individualização de conceitos, a não ser nas menções a sugestões, cujas identificações podem ser bem traiçoeiras na casuística das audiências. Sem diferenças precisas quanto a técnicas utilizadas, restam princípios genericamente colocados, deixando à prática dos Tribunais nomear suas atividades num ou noutro método sem consequências.

¹¹ “Importantes regras foram acrescentadas pela referida legislação [Lei de Mediação], como a suspensão do prazo prescricional durante o transcurso do procedimento de mediação (art.17, par.un.), a previsão de sessões conjuntas e isoladas (art.19), as exceções à regra da confidencialidade (art.30, §§3º e 4º), entre outras questões relevantes, adotando o Marco de Mediação o termo “reunião” em vez de ‘audiência’, como o faz o Novo CPC.” SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; WAQUIM, Bruna Barbieri. A institucionalização da mediação no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário, *Civilística*, n. 2. 2018, p. 21.

que ao invés das concessões recíprocas características da transação tenha ocorrido mera desistência do autor submissão do réu ¹². Assim, para a atividade consensual descrita neste trabalho importa que haja o exercício da autonomia da vontade dos envolvidos.

Estes conceitos não são suficientes para descrever o fenômeno da consensualidade. O direito substancial é fundamental para a validade do acordo, sendo inadmissíveis aqueles realizados por pessoas sem poder para transigir ou mediante vícios de vontade, contendo cláusulas nulas, ou mediante a violação do direito cogente e sem observância da ordem pública. A atividade consensual estará impregnada de institutos como a disponibilidade e a legitimidade que tem definições perante o direito civil, administrativo, tributário e empresarial. Portanto nos reportaremos aos conceitos clássicos da doutrina.

O paradigma do fundamento social dos meios consensuais, que é promover a paz social, e que ganha relevo na obra de Ada Pellegrini Grinover¹³, constitui o marco teórico do presente trabalho.

A pacificação social, todavia, necessita de outros princípios e regras para se efetivar. Bacellar¹⁴ ressalta o caráter transdisciplinar da conciliação e mediação, diante do fato de a realização da sessão autocompositiva ser baseada em conhecimentos da psicologia, da negociação, da comunicação, da teoria dos jogos, da teoria da decisão, flertando com campos como a análise econômica do direito, teorias democráticas ou discursivas.

A análise dos métodos consensuais, portanto, ultrapassa os limites do direito positivo, o qual se ocupa com as regras necessárias para o funcionamento da atividade no campo do dever-ser, segundo a fórmula positivista: diante da atividade de subsunção, o direito se ocupa de qualificar o comportamento humano conforme

¹² Neste ponto adotamos os conceitos de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27 "São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas)".

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, v. 9, n. 52, 2008. p.73

¹⁴ "Para o alcance da pacificação o raciocínio deve ser exlético e o conflito deve ser analisado sempre na sua integralidade com visão holística, global e transdisciplinar abrangendo todos os prismas relacionais a fim de que possam resultar apenas vencedores (ganha/ganha)". BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

as suas normas. Assim, é inevitável atento aos fenômenos que cercam a conciliação e a mediação para além do dogmatismo formalista.

Afinal, com base em fenômenos sociais, há vozes que tecem críticas aos métodos consensuais em sua comparação à tutela adjudicada. Portanto, em que pese a pacificação social constituir mesmo um paradigma com sucessivos fundamentos, a constar em seu preâmbulo e primeiras disposições como princípio fundamental e objetivo da República (art; 4º, VII da CF), e norma fundamental do processo civil (art. 3º §§2º e 3º do CPC), o novo objetivo do processo é entregar ao jurisdicionado o processo justo sob o pressuposto de constituir um valor em si a solução consensual dos conflitos.

O CPC se reporta, neste sentido, ao uso de técnicas negociais (art. 166 §3º), de modo a facilitar a conciliação e mediação; tem-se então um compromisso com a eficiência, no sentido de conferir utilidade a sua realização. As ferramentas da mediação se dirigem aos valores, sentimentos, questões e reais interesses das partes, suas pretensões de ganho. As concessões recíprocas ou, ao menos, submissão de uma das partes em relação a um pedido da outra pressupõe uma investigação do conflito, a identificação das questões, a troca de informações e cooperação; neste espaço ganha relevo a atividade do conciliador e do mediador, cujas atuações importam na facilitação da comunicação entre as partes, protagonistas na fabricação da solução que encerrará a demanda.

Tais aspectos são pertencentes ao mundo do ser, consistindo em aspectos fenomênicos e impregnados de aspectos psicológicos e cognitivos, dotados das parcialidades próprias. Indivíduos diferentes chegarão a um consenso apenas se existente uma zona de possível acordo – zopa, espaço em que haverá coincidência de valores, sejam estes financeiros ou não. O consenso no processo será frustrado se houver uma melhor alternativa ao acordo negociado – MAAAN, como por exemplo na hipótese de o interessado contar com um provimento mais favorável na seara recursal administrativa do que a proposta oferecida em juízo.

Quanto ao ambiente processual em que se insere atualmente a mediação judicial, adotados as lições de Fredie Didier Jr. como marco teórico mais próximo, dada a profundidade de suas lições sobre o tema.

A metodologia do presente trabalho passará pela averiguação da relação entre os aspectos normativos e interdisciplinares, como a teoria dos jogos, os quais regerão as atitudes das partes e poderão determinar a viabilidade da

consensualidade diante da administração pública. Neste aspecto, observamos as lições precisas de Eduardo Talamini.

De modo a delimitar melhor a hipótese em exame, traremos um dos princípios da conciliação e mediação – a confidencialidade – como parâmetro a calibrar a medida de consensualidade possível, obviamente, sem desprezar os outros princípios setoriais sem os quais não há, a rigor, conciliação ou mediação. Assim, o presente trabalho pretende analisar a atividade da administração pública em juízo sob este prisma.

Diante de vários aspectos dos métodos consensuais, elegemos o princípio da confidencialidade, por entendê-lo bastante representativo da concepção individual e concreta do processo adotada na disciplina da conciliação e da mediação; senão o mais individualista.

Para tanto, faremos uma análise preliminar do ambiente cooperativo estabelecido pelo código, e dos fundamentos doutrinários da consensualidade. Há que se averiguar o direito de ser ouvido nas conciliações e mediações realizadas nos processos em que a administração pública faça parte, tendo em conta, inclusive, o atual panorama da litigância de massa, fenômeno da qual é corresponsável.

Passaremos por questões próprias dos métodos consensuais, para posteriormente conjugá-los a princípios administrativos e casos da Administração Pública, e, neste caminho, serão trazidos dados empíricos pertinentes à utilização dos métodos consensuais em juízo e quanto à observância da confidencialidade nas mediações.

Ao final, pretendemos traçar parâmetros em que a confidencialidade poderá ser excepcionada, ou mesmo aplicada para gerar ganhos para a administração pública, e serão demonstrados dados empíricos da Justiça Federal.

1.1 Fundamentos da mediação judicial

Os métodos consensuais no Poder Judiciário tem origens na conciliação judicial, atividade compreendida como do juiz de paz ou do magistrado em uma última tentativa de apaziguar as partes. A conciliação passou a ser vista como a saída adequada, ou única saída, em alguns casos de difícil solução. À medida que

tais casos foram se tornando volumosos, a conciliação tornou-se uma saída gerencial, sendo impulsionada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Brasil.

A Resolução CNJ 125/2010, todavia, fundamenta-se na pacificação social e aproximou a conciliação judicial praticada no Brasil a princípios atinentes à mediação, alguns desenvolvidos em sistemas estrangeiros. A peculiaridade do sistema jurídico brasileiro, a partir da Lei de Mediação e do CPC de 2015, é a incorporação da mediação no procedimento judicial comum, criando a nossa mediação judicial.

Diversos trabalhos produzidos em âmbito nacional ou na doutrina estrangeira fundamentam a atividade da mediação enquanto método de solução de conflitos, antes alternativo, agora incorporado à jurisdição estatal. Passemos, portanto, à análise das principais teorias investigadas.

1.1.1 Acesso à Justiça Coexistencial

O acesso à justiça consistiu em um movimento cultural e jurídico¹⁵ que eclodiu na década de 70¹⁶ do século XX, reconhecendo a imprescindibilidade de se conferir efetivas condições efetivas às partes de ingressar em juízo. O advento de novos direitos, muitos oriundos de movimentos pelos direitos civis, reclamavam o correspondente avanço no direito processual. As ondas de acesso à justiça identificadas por Cappelletti e Garth¹⁷ consistiram na onda da ampliação da

¹⁵ “Como movimento de pensamento, o acesso à justiça expressou uma potente reação contra uma impositação dogmático-formalística que pretendia identificar o fenômeno jurídico exclusivamente no complexo da norma”. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça e a função do Jurista em nossa época, Revista de Processo, v.61, 1991. p. 144.

¹⁶ Mendes e Silva relatam com precisão: “a obra de Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker, publicada em 4 (quatro) volumes, em anos distintos, a partir de 1974/1975, foi de extrema importância para a estruturação do tema, revelando-se um verdadeiro marco para o estudo do direito processual. Apesar da extensão e da relevância em sua íntegra da pesquisa, apenas o último volume, assinado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que representou a conclusão dos estudos do denominado Projeto Florença - na verdade, essa denominação representou a reunião de um conjunto de projetos de pesquisa centralizado em Florença (CAPPELLETTI, 1982, p. 2) -, foi traduzido para o português, sendo divulgado no Brasil através de tradução realizada pela hoje Ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. Revista *Quaestio iuris*, v. 8, n. 3, 2015, p. 1828-1829.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 10.

gratuidade judiciária; na revisão de esquemas de legitimação em juízo para a proteção de direitos difusos ou coletivos, segunda; na terceira onda para a disponibilização de métodos consensuais.

A solução consensual sempre esteve presente na história humana¹⁸, seja na diplomacia entre os povos, seja nas questões particulares¹⁹, mesmo após o Estado se tornar o detentor do monopólio da tutela jurisdicional. Cappelletti denominou como “justiça coexistencial” a qual, sem substituir a jurisdição estatal, a complementa como medida de acesso à justiça, sendo caracterizada por ser “baseada em formas conciliatórias”²⁰.

O conceito de acesso à justiça, antes compreendido como um simples direito a ingressar formalmente com a ação, é ampliado para exigir uma efetiva tutela de direitos, e neste intento passa a abarcar métodos extrajudiciais e consensuais de solução de controvérsias²¹. Nestes moldes, a tutela jurisdicional é reservada para a resolução de conflitos de forma adjudicada e adversarial, sem contudo excluir a faculdade de as partes optarem por uma solução consensual, que é igualmente legítima.

Taruffo ressaltou dentre as vantagens da “justiça coexistencial” em face de uma “justiça conflituosa”, típica do processo, o tratamento de conflitos que sequer seriam levados a um Tribunal²². Neste sentido a disponibilização da justiça

¹⁸ “A autotutela é, portanto, prévia à existência do Estado, em que uma das partes impõe o sacrifício do interesse da outra. Em contraposição à autotutela, havia, ainda, mecanismos de autocomposição, através de três formas: a) desistência; b) submissão e c) transação.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Breves Notas Sobre A Conciliação no Código De Processo Civil, REDP, v.19, n. 3, 2018, p. 4.

¹⁹ WAQUIM, Bruna Barbieri e SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A institucionalização da mediação no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário, *Civilistica.com*, n. 2., 2018, p. 3-4: “Os métodos de solução consensual sempre foram utilizados ao longo do desenvolvimento das relações humanas, a exemplo das negociações para o fim das guerras e dos acordos realizados para composição de danos entre particulares. Porém, o processo judicial tornou-se modernamente o instrumento legítimo para a solução dos conflitos dos interesses dos cidadãos. Estes eram desautorizados pelo ordenamento jurídico a promoverem a justiça pelas próprias mãos e demais possibilidades decorrentes da autotutela, no que alguns doutrinadores convencionaram chamar de “monopólio estatal sobre a resolução dos conflitos”.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 88, n. 318, 1992. p. 123

²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. In: *Jurisdição de pacificação: os limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*, Curitiba: CRV, 2017, p. 82: “O art. 3º do NCPC, ao se referir a apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. (...) Desse modo, a jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais”.

²² “Un secondo aspetto, connesso però al primo, deriva dall’idea che le tecniche di ADR rappresentino una sorta di di “giustizia coesistenziale” che va preferita rispetto alle forme di “giustizia conflittuale” tipica del processo. Essa, infatti, avrebbe il vantaggio di superare il conflitto invece di approfondirlo,

coexistencial representa uma ampliação da base de conflitos levados à resolução por um terceiro imparcial de forma pacífica, aumentando diretamente o acesso à justiça. Grinover se refere a este efeito ao tratar do fundamento funcional das “vias conciliativas”, identificando, além da possibilidade de desobstrução dos tribunais pela racionalização do trabalho, a “recuperação de certas controvérsias, que permaneceriam sem solução na sociedade contemporânea”²³.

Por outro lado, a justiça coexistencial se volta ao conflito em toda a sua dimensão apresentando esta diferença qualitativa com relação à tutela jurisdicional tradicional, cuja técnica processual tem como centro partes legítimas, pedidos determinados e causas de pedir previamente fixadas. Grinover aponta o enfoque prospectivo dos métodos consensuais por prevenir mais tensões ou rupturas²⁴. Neste mesmo sentido, Taruffo afirma que a justiça coexistencial se difere ao buscar a superação dos conflitos ao invés de aprofundá-los²⁵.

Os métodos adversarial e consensual não se excluem e devem coexistir pois embora fundamentados na pacificação social, têm objetivos diversos e serão adequados para diferentes conflitos.

A atual institucionalização dos métodos consensuais no diploma processual apresenta alguns desafios aos operadores dos métodos consensuais, pertinentes à não descaracterização de técnicas interdisciplinares desenvolvidas anteriormente. A marcha processual adversarial serve à produção da prova para o convencimento do magistrado, resultando na decisão imposta, característica da heterocomposição. A técnica dos métodos consensuais, por outro lado, almeja uma solução que satisfaça a ambas as partes, e, conforme Tartuce, na lógica coexistencial a pauta é colaborativa”²⁶.

*come spesso avviene nei processi, e avrebbe l'ulteriore vantaggio di rendere "giustiziabili" controversie che altrimenti rimarrebbero irrisolte perché difficilmente verrebbero portate davanti ad una corte. Questi modi si realizzerebbe quindi la tutela di diritti che non verrebbero realizzati attraverso i consueti rimedi giurisdizionali, e le alternative svolgerebbero una funzione suppletiva rispetto alla giurisdizione quanto contribuirebbero a realizzare l'accesso di tutti a qualche forma di soluzione delle controversie." TARUFFO, Michelle. Un'alternativa alle alternative modelli di risoluzione dei conflitti, *Argumenta Journal Law*, n. 7, 2013, p.259.*

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, 2008, p. 72.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, 2008, p. 74: “foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”.

²⁵ Vide nota 22.

²⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 82.

Cunha ressalta a manutenção da independência e flexibilidade da mediação na sua integração ao código²⁷. Mendes e Silva ressaltam a potencialidade de serem tratados pontos periféricos do conflito levado ao conhecimento no processo judicial²⁸. Grinover, a seu turno, aponta que a inserção da mediação no quadro da política judiciária desvirtua seu aspecto negocial²⁹.

Os métodos consensuais albergados pelo CPC em norma fundamental processual se apropria das garantias processuais para a proteção do procedimento e das partes, o que representa uma vantagem desta institucionalização. O termo “justiça coexistencial”, certamente, perde o significado ao fazer parte do procedimento civil comum, o que não significa a abolição de suas características conforme concebida. A análise deste fenômeno transborda os objetivos deste trabalho, contudo, a justiça coexistencial demonstra que a ineficácia, por qualquer motivo, da tutela jurisdicional tem o potencial de incutir na sociedade o intuito de criação de novos métodos de pacificação, na busca de acesso à justiça.

1.1.2 A cultura da pacificação

A pacificação social é tradicionalmente elencada como um dos escopos da jurisdição estatal – o escopo social, ao qual compreende impedir que os conflitos

²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil, Revista ANNEP de Direito Processual, v.1, n.1, 2020. p. 153: “Ao mesmo tempo que incentiva, o CPC institucionaliza os ADRs, disciplinando-os, na realidade, não como meios “alternativos” de resolução de disputas, mas como meios “integrados”. Com efeito, ao tratar da mediação e da conciliação, o projeto prevê sua realização no processo judicial, sem, todavia, eliminar sua independência e flexibilidade, criando, ademais, instrumentos de comunicação e de troca cooperativa com a arbitragem, como a carta arbitral. Há, no Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos.”

²⁸ “Não obstante essa concepção, havia inúmeras críticas, sobretudo porque nem toda a complexidade das relações sociais acabaria demonstrada no processo, seria necessária uma compreensão mais ampla sobre suas poliédricas faces. São os denominados pontos periféricos do conflito, que gravitam, em determinadas situações, no entorno da questão central decidida pelo Poder Judiciário e que, se não resolvidos, poderão futuramente proporcionar o ingresso de novas lides no Poder Judiciário, que representaram uma das críticas à jurisdição”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Breves Notas Sobre A Conciliação no Código De Processo Civil. REDP, v.19, n.3, 2018. p. 5-6.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, p. 73, 2008. p.73. “Nesse enfoque a mediação e a conciliação passam ao *status* de instrumentos utilizados no quadro da *política judiciária*. Deixa-se, assim, de lado o aspecto negocial envolvido no acordo, realçado em épocas anteriores, para se considerar essas vias como verdadeiros equivalentes jurisdicionais, o que acaba se refletindo em uma diversa terminologia”

sejam resolvidos através de violências e arbitrariedades, mas sim sob os auspícios do Poder Judiciário que zela pela correta aplicação da lei. O objetivo, entretanto, é antecedido de uma estratégica, frequentemente longa e violenta disputa para influenciar o juiz.

O movimento cultural pela paz encontra diversas raízes históricas e políticas, as quais não constituem o objetivo deste trabalho identificar. Pode ser exemplificado o pacifismo de Mahatma Gandhi ou a não-violência de Martin Luther King Jr., que ganharam impulso na cultura de massa. As concepções contrárias a guerras ou violências civis passaram a ser sistematizadas e reconhecidas pela ONU através da Declaração sobre uma Cultura de Paz³⁰, a qual recomenda um estilo de vida baseado no “fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação” (art. 1º, a) e na solução pacífica dos conflitos (art. 1º, b).

O desenvolvimento de uma cultura de pacificação que move a sociedade entra em choque com o ambiente processual adversarial, encontrando entusiastas e críticos dentre processualistas nacionais e estrangeiros. Taruffo³¹ descreve fazer parte da cultura adversarial italiana a concepção de um direito a se estar à frente do juiz, e Fiss compreende ter a mediação se apresentado como um obstáculo entre as partes e o juiz no contexto norte-americano³². Nieva-Fenoll indica os limites da exposição de teses e fatos perante o mediador, em contraposição desta atuação com apoio técnico do advogado perante o juiz³³.

Watanabe elencou óbices ao desenvolvimento dos métodos consensuais no processo como, dentre outros fatores, a falsa percepção de que a função de

³⁰ Aprovada em 06/10/1999, sendo precedida pela Resolução ONU 52/15, de 20 de novembro de 1997 que proclamou o ano 2000 “Ano Internacional da Cultura de Paz”, e pela Resolução ONU 53/25, de 10 de novembro de 1998, em que proclamou o período 2001-2010 “Década Internacional para uma Cultura de Paz e não-violência para as crianças do mundo”,

³¹ “*Soprattutto, però, non è mai stata presente una vera e propria ‘cultura della conciliazione’.* Al contrario, ha sempre dominato una ‘cultura della controversia’, incardinata sull’idea per cui il soggetto è titolare di diritti e deve avere la possibilità di farli valere di fronte ad un giudice”. TARUFFO, Michelle, Cultura e processo, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano*, v. 63, n. 1, mar. 2009, p. 86.

³² Após explorar diversas questões, Owen Fiss conclui que “o acordo é um substituto pobre para o julgamento; é um substituto ainda mais pobre para a retirada de jurisdição.” *Contra o Acordo, Um novo Processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, Capítulo III, SALLES, Carlos Alberto de (coord. Trad.), São Paulo: RT, 2004, p. 144.

³³ Conclui o processualista que “se o que deseja um cidadão é defender a sua razão, desde já a mediação não é o melhor instrumento através do qual possa fazê-lo”. NIEVA-FENOLL, Jordi. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.9, n. 1, 2014. p. 228.

conciliar seria menos nobre para identificar o fenômeno que denominou “cultura da sentença”³⁴.

Mancuso destaca que a cultura da sentença “promove o afastamento entre as partes, acirra os ânimos, e estende o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal”³⁵.

Pinho elenca as diferenças culturais entre os países adotantes dos sistemas da *common law* e da *civil law*, notadamente quanto à concepção de legalidade, ao pragmatismo e ao dogma da busca da verdade, apresentando o segundo grupo resistências aos métodos consensuais³⁶.

Salvo³⁷ relaciona estas resistências culturais dos atores judiciais à limitada utilização dos métodos consensuais pela administração pública brasileira. Ademais, a existência princípios administrativos, notadamente a indisponibilidade do interesse e do patrimônio públicos, a estrita legalidade, e a publicidade administrativa exigem uma adequação aos princípios informativos da mediação e seus institutos.

De fato, o direito processual caminhou pelo século XX com o fértil desenvolvimento de institutos jurídicos que viabilizassem a produção de uma sentença de mérito útil e justa ao final de fases delimitadas para a postulação do direito e a produção de provas³⁸. A academia jurídica em geral não se aprofundava no estudo dos métodos consensuais ou mesmo nos seus aspectos interdisciplinares, formando juristas com perfil profissional adversarial.

³⁴ Tal expressão foi cunhada no célebre artigo Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Coords). São Paulo, DPJ, 2005. p. 87.

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 73.

³⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Jurisdição de Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017, p. 98: “Os dogmas que permeiam a cultura jurídica do *civil law*, com raízes na Revolução Francesa, além de creditar à Lei a ordenação social e, portanto, a efetiva realização da liberdade e da igualdade, estabeleceu uma grande desconfiança em relação a grupos intermediários, ou seja, entre o Estado e o cidadão quanto à resolução de seus conflitos.”

³⁷ SALVO, Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018, p.18: “Para além da autorização legal e do tecido teórico-doutrinário que sustenta a mediação na Administração Pública brasileira, a aceitação da mediação nesse âmbito depende do recebimento menos resistente desse método pelos agentes que comumente integram o conflito – entes da Administração Pública – e pelos órgãos de controle do Estado que ajudam a conformá-lo, como as Procuradorias, o Ministério Público, os Tribunais de Contas municipais, dos estados e da União.”

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, 2008. p.72: “É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça.”

A solução pacífica dos conflitos faz parte do preâmbulo da Constituição Federal, sendo objetivo da república em suas relações internacionais (art. 4º, VII), presumindo-se ser igualmente aplicável dentro do território nacional. A implantação oficial dos dos métodos consensuais pelo Poder Judiciário brasileiro ocorreu com o Movimento pela Conciliação desenvolvido a partir de 2006 pelo Conselho Nacional de Justiça, sob a figura dos “mutirões de conciliação” de caráter predominantemente pragmático. Este período inicial apresentou uma associação entre as conciliações judiciais e órgãos jurisdicionais pouco eficientes em termos de celeridade processual; ou seja, a adoção de métodos consensuais passou a representar uma medida extrema de gerenciamento³⁹.

Por outro lado, projetos experimentais independentes ou fomentados pelo poder judiciário foram intruduzidos antes de um regramento mais específico sobre o procedimento imbuído de consensualidade, e alguns tiveram sucesso⁴⁰.

Ao cunhar o termo “cultura da pacificação”, Watanabe remete à utilização de métodos consensuais para solução de conflitos no poder judiciário. Watanabe destaca que, ao invés de abrir mão de sua competência⁴¹, o magistrado desempenha papel preponderante na escolha do método mais adequado à solução do conflito posto no processo sob sua jurisdição⁴²e, por consequência, para proporcionar o acesso à justiça.

O ânimo da pacificação social se tornou uma política pública estabelecida para o poder judiciário através da Resolução CNJ nº 125/2010 a qual, no intuito de construir uma cultura inexistente no país, trouxe novos princípios e regras detalhando a prática da conciliação e da mediação. A inauguração da norma fundamental processual da solução pacífica dos conflitos pelo CPC (art. 3º§§2º e 3º),

³⁹ Exemplo disso são os diversos mutirões na matéria previdenciária, tão numerosos que inviabilizavam o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais.

⁴⁰ Merecem menção os históricos mutirões de conciliação de processos relativos a financiamento imobiliário do SFH em que mutuários discutiam os critérios de reajustes das parcelas do contrato, e mesmo quando sagrados vencedores das ações tinham uma longa execução a enfrentar que resultava em dívidas ainda muito altas. O acertamento de valores pela conciliação mostrou-se extremamente adequado para ambas as partes.

⁴¹ “Há mesmo, o que é lastimável, um certo preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se as pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses.” WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

⁴² Op. cit, p. 87: “Poucos se aperceberam do real objetivo do legislador, que é a indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador processual.”

além de outras regras no corpo do código, e uma nova lei de mediação, representam o esforço legislativo para a mudança da cultura da sentença à cultura da pacificação.

Todavia, regras não têm o condão de mudar a cultura, ao menos não de forma imediata. Assim, a solução consensual entre as partes no processo judicial ainda representa uma parcela ínfima dentre as formas de resolução finais.

Grinover⁴³ busca superar a argumentação puramente pragmática da ineficiência do Poder Judiciário sob o alto grau de litigiosidade existente no Brasil. Segundo a saudosa processualista, a pacificação obtida através do consenso de diferencia qualitativamente da tutela adjudicada no seguinte sentido:

Releva, assim, o fundamento social das vias conciliativas, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do *iceberg*.

O fundamento social dos métodos consensuais tem como traço distintivo o apaziguamento das relações através do diálogo, da cooperação, da participação e do protagonismo das partes. A pacificação dada pela sentença do juiz é dada com o necessário afastamento das partes, cabendo-lhes apenas assentir ou recorrer. O julgamento em primeira instância não significa a solução do conflito entre as partes, e os reflexos desta característica são imediatos no processo, o qual continua alvo de impugnações entre o trânsito e julgado da sentença e o seu completo cumprimento.

O método de trabalho do mediador é alcançado através de técnicas que negociação que viabilizam a comunicação entre as partes para o atendimento de seus interesses, e neste intento podem surgir concessões voluntárias a respeito de direitos legítimos que detenham. O respeito à disponibilidade das pessoas sobre seus direitos para a busca de uma decisão que lhes dê uma solução requer o desapego, em um certo grau, do silogismo judicial próprio da atividade jurisdicional e que, nas palavras de Cappelletti, prevê decisões “certas” e “objetivas” para cada situação⁴⁴, próprias do positivismo jurídico.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, 2008, p.73.

⁴⁴Vide a lição de Mauro Cappelletti. Acesso à Justiça e a função do Jurista em nossa época, RP 61 p. 144, 01/1991: “Nesta impostação formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da

O paradigma do acerto de uma ilicitude, ou da declaração da verdade ao final da lide, cede perante a solução do conflito pelas próprias partes como uma medida menos formal, mais eficiente financeiramente se encurtar o procedimento, e mesmo mais satisfatória em termos de resultado final se as partes sucedem a termos de negociação bons relativamente à preservação de seus relacionamentos.

Ressalte-se, por consequência, uma característica da pacificação alcançada pelos métodos consensuais, a sua perenidade, em detrimento da sentença de mérito dada pelo juiz a qual, por vislumbrar um acerto do direito substantivo, e imposta, é impugnável através de recurso ou outras vias. Por certo acordos, mesmo os homologados judicialmente, poderão ser impugnados, porém serão hipóteses excepcionais relacionadas à validade dos seus termos ou do procedimento. A pacificação resultante do acordo de vontades revela desde já um assentimento de ambas as partes com relação às concessões, valores, consequências, e mesmo formas de cumprimento, descabendo alegações posteriores em *venire contra factum proprium*.

O tratamento da lide sociológica, o que é viabilizado pelo grau de autonomia das vontades que inspira as negociações, amplia o exame do conflito a fatos e aspectos não constantes da causa de pedir, o que facilita o desenvolvimento de um acordo. Pontos periféricos, questões pessoais, e mesmo sentimentos das partes são passíveis de discussão no desenvolvimento da solução consensual as quais, sem encontrar respostas na tutela jurisdicional heterocompositiva, ensejam a irresignação quanto à decisão imposta ou a permanência de desavenças.

A busca da pacificação social em sua forma mais completa pelos métodos consensuais encontra raízes culturais e pricipiológicas, o que não repele o senso pragmático; para as partes, no sentido de que estas não estão obrigadas a ceder em prol do acordo; para os órgãos jurisdicionais, na medida em que não podem exercer pressões sobre estas. A mediação é regida pela autonomia da vontade das partes, portanto o consenso supõe o atendimento a seus interesses após negociação. Neste panorama, é natural que as sessões autocompositivas sejam designadas conforme a viabilidade do consenso em sentido subjetivo como medida de eficácia

norma não é outra senão aquela do “resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma ideia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado”, com a ‘doutrina do silogismo judicial, segundo o qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo’; como instrumento ‘seguro’ deste cálculo, ressaltado, o método sistemático dedutivo tem a dupla vantagem pelo menos assim supõe a doutrina em exame – de garantir soluções ‘certas’ e ‘objetivas’ e de excluir a escolha subjetiva do juiz.”

nas serventias – o que é uma consequência da autonomia da vontade das partes, e não vetor guiado pela mera busca em celeridade⁴⁵.

A limitação dos métodos consensuais conforme o grau de disponibilidade dos direitos envolvidos será tratada adiante, sendo necessário ressaltar que a característica de princípio fundamental da república invoca a solução pacífica dos conflitos à maior gama de conflitos possíveis, já sendo assente na ciência jurídica as condições passíveis de serem realizadas com relação a direitos indisponíveis quanto ao modo e tempo de realização. O atual exemplo consta do novo CPC, em que o direito familiar, impregnado de aspectos e ordem pública, tem a audiência de mediação como fase obrigatória no procedimento.

1.1.3 Mediação e processo

A migração da mediação ao processo encontra bases diversas, e histórias paralelas nos diversos sistemas jurídicos. A teoria do *case management* tem grande relação com o desenvolvimento dos métodos consensuais sob a concepção multiportas.

O sistema consensual estadunidense teve origens na concepção de Tribunal Multiportas (*Multi-door Courthouse*⁴⁶), em denominação posteriormente atribuída à ideia de Frank Sander, que compreende o Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas capaz de disponibilizar procedimentos diversos conforme

⁴⁵ Neste sentido, a lição de José Carlos Barbosa Moreira sobre os prognósticos de consenso, a significar o predomínio da autonomia da vontade em conciliar sobre o procedimento, expressamente previsto em outros sistemas: “Sempre que se fala em audiência preliminar, vem à balha o código austríaco de 1895, em que o instituto adquiriu valor emblemático e foi cantado em prosa e verso pelos entusiastas da oralidade. Para surpresa de muitos, uma lei de 1983 veio a tornar facultativa a realização da audiência, a critério do órgão judicial, que passou a poder suprimi-la, quando haja razões para presumir, à vista do conteúdo da demanda e dos documentos apresentados pelo autor, que o réu se disporá a combater (“dass sich der Beklagte in den Rechtsstreit einlassen wird”), isto é, que não propenderá para uma solução consensual (ZPO, § 243, 4ª alínea). Note-se que a opção entre realizar ou não a audiência precede a contestação e baseia-se exclusivamente em elementos trazidos pelo autor; é de supor que, no sistema brasileiro, o juiz possa ter dados”. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003, p. 65.

⁴⁶ Aduz Earl Johnson, (JOHNSON, Earl. The Pound Conference Remembered. *Dispute Resolution Magazine*, v. 19, n. 1, 2012. p.7) que Frank Ernest Arnold Sander não cunhou a expressão, mas concebeu que cada demanda merecia um processo personalizado em seu discurso *Varieties of Dispute Processing*, proferido na Conferência Nacional de Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça, chamada “Pound Revisited Conference” ocorrida entre 7 e 9 de abril de 1976 em Minnesota – EUA. Posteriormente o jurista publicou a obra deste nome, em 1978.

alguns critérios, como a natureza da disputa, o relacionamento entre as partes, o valor da disputa e o custo de um acordo. Todavia, ao contrário da concepção original, a mediação foi estimulada de forma externa ao Poder Judiciário dos Estados Unidos da América (EUA) até o advento do *Uniform Mediation Act* (UMA), que a partir de 2001 passou a regular mediações judiciais e extrajudiciais.

Segundo a definição de fórum de múltiplas portas de Barbosa, trata-se de “mecanismo que busca selecionar e encaminhar as disputas para diversos métodos de resolução de conflitos”, ou seja, para o método mais adequado, seja ele consensual ou adversarial⁴⁷. A *Multi-door Courthouse* é baseada na triagem de processos por um servidor capacitado (*clerk*) o qual, após o relato das partes as orienta ao método adequado para o conflito, considerando: “a) a natureza da disputa; b) o relacionamento entre as partes; c) o valor do pedido e o valor do processo; d) a velocidade, considerando-se a necessidade de resposta rápida e urgente intervenção”.⁴⁸

O *case management* é exercido neste espaço de adequação existente entre os instrumentos processuais disponíveis e os conflitos postos em juízo. Gabbay⁴⁹ relata os atos pertinentes ao gerenciamento do processo pelos juízes norte-americanos, desde a apresentação de relatório de planejamento da demanda pelas partes conforme exigido pela *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) na regra da *Rule 16*, a qual institui outros atos processuais, dentre eles a *pretrial conference*, oportunidade para a realização de consenso⁵⁰.

⁴⁷ Reporta-se ainda, o autor, às experiências lançadas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, onde a flexibilização dos procedimentos, potencializada, alcançou excelentes resultados em termos de eficiência e acesso à justiça. BARBOSA, Ivan Machado. Fórum De Múltiplas Portas: Uma Proposta De Aprimoramento Processual. In: AZEVEDO, André Gomma de Azevedo (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v.2, p. 243-244.

⁴⁸ GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A Justiça consensual do Tribunal múltiplas portas e a política pública norte-americana de tratamento de conflitos: contribuições ao modelo brasileiro. *R. Opin. Jur.*, n. 20, 2017, p. 93.

⁴⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. v.1, p. 135-140.

⁵⁰ Estas são as finalidades da pretrial conference, conforme as Federal Rules of Civil Procedure, TITLE III - PLEADINGS AND MOTIONS, Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management: “(a) Purposes of a Pretrial Conference. In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (1) expediting disposition of the action; (2) establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management; (3) discouraging wasteful pretrial activities; (4) improving the quality of the trial through more thorough preparation; and (5) facilitating settlement.”

Watanabe formula uma definição de *case management*⁵¹:

Case management é, em suma, uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: a) a identificação das questões relevantes, b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias, e c) tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais.

A doutrina dos países da *common law* relata a evolução da doutrina do *case management*⁵². Paralelamente, o princípio da cooperação tem lugar na Alemanha^{53,54} e em Portugal⁵⁵, países do *civil law*. O sistema inglês insere o estímulo a meios consensuais extrajudiciais dentre os poderes conferidos ao juiz no âmbito do *case management* instituído pelo *Civil Procedure Rules* (CPR) de 1999, que empodera o juiz para a regulação do sistema adversarial, o qual confere um bom espaço de liberdade às partes, no sentido de orientá-lo mediante boas práticas. Os poderes do *case management* estão previstos no CPR em sua parte 3⁵⁶ e no *Pre-*

⁵¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 687.

⁵² “O princípio de que as partes controlam o processo foi alterado. As CPR criaram um panorama geral, que propicia a participação ativa dos juízes na fase pré-litígio e nos casos de processos moderada ou extremamente complexos”; e prossegue relatando os limites para a iniciativa judicial; em síntese: as partes ainda podem fazer a escolha das testemunhas; podem indicar peritos; e o entendimento da *Court of Appeal* proíbe a participação excessiva por parte dos juízes. ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formar judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

⁵³ “A denominada “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, permitiu na Alemanha uma formação unitária dos futuros magistrados e advogados, impediu que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias, além de delinear na doutrina processual a idealização do policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC, fundamentos e sistematização*: Lei 13.105, de 16.03.2015 - Fundamentos e Sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, edição, 2015, pp. 78-79.

⁵⁴ “É o que a doutrina alemã denomina de *arbeitsgemeinschaft*, isto é, comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados) de acordo com os seus papéis e funções desenvolvidas ao longo do processo. Doutrina esta que constatou que quando levada a sério a concepção de comunidade de trabalho, diminui-se a duração do processo (principalmente com a prevenção de eventuais e desnecessárias nulidades e diminuição dos recursos por maior conformismo), bem como se possibilita a formação de decisões melhor construídas”. AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p.113.

⁵⁵ “O actual Código de Processual Civil manteve e reforçou o princípio da cooperação do tribunal com as partes, não havendo dúvida de que esse princípio se traduz em deveres recíprocos quer entre os magistrados e as partes, quer entre as partes entre si. Quando devidamente entendido, o dever de cooperação não contende nem com a imparcialidade do tribunal, nem com o princípio dispositivo.” SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* Estudos sobre o Novo Processo Civil. Lisboa: Lex, 1997. p.10-11.

⁵⁶ Conforme o parágrafo 3º que traça os objetivos do CPR - *Pre-Action Protocol. Practice Direction*: “3. Before commencing proceedings, the court will expect the parties to have exchanged sufficient information to — (a) understand each other’s position; (b) make decisions about how to proceed;

Action Protocol in Practice Direction, dentre eles os poderes ao juiz para, em etapa preparatória ao processo, definir o procedimento a ser seguido conforme a demanda e os custos envolvidos⁵⁷, e a determinação de que sejam eivadas efetivas tentativas de negociação antes de se ajuizar uma demanda.

Andrews explicita o papel do magistrado de primeira instância no *case management* inglês, a quem compete, além do incentivo aos meios alternativos de resolução de conflitos, incentivar a cooperação entre as partes e “orientar corretamente, de modo a levar a ação para julgamento da melhor maneira e o mais rapidamente possível”, esta atividade é realizada com a participação das partes⁵⁸.

Greco leciona sobre a aplicabilidade do *case management* no Brasil:

Já tive a oportunidade de sustentar que um procedimento legal, previsível e flexível constitui uma garantia fundamental do processo contemporâneo⁵⁹.

(c) try to settle the issues without proceedings; (d) consider a form of Alternative Dispute Resolution (ADR) to assist with settlement; (e) support the efficient management of those proceedings; and (f) reduce the costs of resolving the dispute.”

⁵⁷ CAUREO, Elisângela Simon. *Introduzione Al Active Case Management Nella Procedura Civile: Premesse e Sfide*. REDP, v. 19, n. 2, 2018. p. 89: “Il modello di ‘case management’ nacque, quindi in generale, con l’obiettivo di rendere il processo idoneo a promuovere una giustizia più effettiva e accessibile e come soluzione a situazioni di esaurimento dei sistemi. In tale modello, effettività e accessibilità hanno stretta relazione con strumenti di riduzione dei costi e dei tempi del processo.”

⁵⁸ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formar judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Tradução do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier], p. 112: “Juízes, especialmente da primeira instância, têm as seguintes responsabilidades quanto a esta atividade de gestão: (i) cooperação e acordo: incentivar a cooperação entre as partes; auxiliar as partes a encontrarem um termo comum visando ao acordo do processo, parcial ou integralmente; incentivar a busca por meios alternativos de resolução de conflitos; se necessário, suspender a ação, de forma a permitir a busca por tais negociações ou discussões; (ii) ao determinar relevância e prioridades: ajudar a identificar as questões do respectivo caso; decidir a ordem à qual estas questões devem submeter-se, para que se chegue a uma solução; decidir quais temas demandam um julgamento completo e quais podem ser julgados sumariamente; (iii) ao julgar sumariamente: decidir se uma audiência sumária deve ser iniciada (de acordo com a Seção 24 das CPR); ou caso a ação ou defesa devam ser dispensadas por não apresentarem chances de sucesso; ou não admitir uma ação por causa de uma questão preliminar; excluir questões indenizatórias; (iv) ao manter o estímulo: estimular cronogramas e controlar o progresso das ações de outras formas; orientar corretamente, de modo a levar a ação para julgamento da melhor maneira e o mais rapidamente possível; (v) ao regular gastos: decidir se uma das fases propostas na ação é economicamente viável ou não, considerar o volume da ação (‘proporcionalidade’).”

⁵⁹ “A ritualidade do procedimento deve continuar sendo regida pela lei, que, a determina para assegurar a necessária paridade de tratamento de todos perante todos os órgãos jurisdicionais e regular de modo equilibrado o encadeamento lógico dos diversos atos a fim de garantir o respeito às regras mínimas de um processo justo. Mas o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente mais idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência. O importante, acima de tudo, é que o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar a sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz possível e para que, bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa.” GRECO, Leonardo.

O *case management system* propugna o planejamento do processo pelo juiz, com a colaboração das partes e dos advogados, definindo as suas etapas para predeterminar o seu fim, mas não exclui a legalidade do procedimento, propondo apenas regras legais menos detalhadas, que abram espaço à flexibilização, a fim de que o juiz possa disciplinar a marcha do processo do modo mais adequado a atingir a meta da solução do litígio com justiça, eficiência e celeridade. O gerenciamento é positivo, desde que planejado e executado dentro de parâmetros uniformes, implementados após a indispensável consulta às partes e aos grupos sociais diretamente interessados. [...] Afasta-se qualquer ideia de supressão do princípio da demanda ou do princípio dispositivo ou de transformação do juiz num investigador sistemático, harmonizando uma direção mais firme e adequada do processo pelo juiz com a autonomia privada e com as garantias fundamentais do processo”⁶⁰.

Assim, embora elegendo o juiz como o centralizador das decisões pertinentes ao rito procedimental, a concepção do *case management* não prescinde da consulta às partes nesta atividade de gestão. O CPC de 2015, como veremos adiante, inovou ao adotar o princípio cooperativo em suas normas processuais fundamentais, e em norma de mesmo *status* enuncia o estímulo aos métodos consensuais e sua adoção sempre que possível. O princípio cooperativo transforma o direito processual brasileiro, influenciando as concepções prévias de inquisitividade ou dispositividade processuais, tornando o processo colaborativo.

Observe-se que não há maiores oposições metodológicas entre o processo colaborativo e o *case management*; neste momento histórico regras similares são compartilhadas em sistemas diferentes; o segundo nos países da *common law* como forma de flexibilizar o processo adversarial preexistente – em que predominava a disponibilidade total das partes -; enquanto a cooperação vem a países da *civil law* como o Brasil que experimentam um temperamento nos poderes de impulso oficial do magistrado.

Buscam os sistemas, cada qual com suas medidas e características, dosar os papéis desenvolvidos pelos diferentes atores dos processos para a promoção do acesso à justiça, compreendendo a duração adequada do processo e o conceito do processo justo⁶¹. A doutrina do *case management* importa para o estudo dos métodos consensuais por tratar das escolhas de procedimentos proporcionadas pelo

Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

⁶⁰ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 291.

⁶¹ Diante da concepção de direito processual transnacional, há uma aproximação entre sistemas processuais, ao menos, no plano conceitual, sendo oportuno mencionar o trabalho de Serge Guinaud.

sistema multi-portas. O processo cooperativo objetiva estabelecer uma simetria de poderes entre os atores em juízo.

Os itens 1.1.3.1 e 1.1.3.2 tatarão dos métodos consensuais e suas relações com o case management e o processo cooperativo. Por último, no capítulo 1.1.4 trataremos a teoria do *design* de disputas, a qual se reveste de caráter interdisciplinar, visando ao desenvolvimento de sistemas consensuais e adversariais em uma perspectiva macro, de forma separada ou conjugada, considerando recursos disponíveis e conjugando os poderes entre os *players* envolvidos.

Assim, é possível o estudo dos métodos consensuais do novo CPC sob estas três teorias de forma complementar, como se fará adiante.

1.1.3.1 O *case management* e a mediação

O *case management* importa reconhecer que há diversas opções de procedimentos, dentre elas a escolha de um método adversarial ou consensual para a resolução de disputas.

Resnik analisou diferentes formas de *case management*: pode ser estabelecido por regras do Tribunal ou do Parlamento, diante da atividade legislativa; ou um sistema de gestão burocrática da justiça, por servidores capacitados, consistindo a administração judicial apenas uma espécie⁶².

Pinho⁶³ destaca o papel o magistrado como gerenciador de conflitos, direcionando as partes ao mecanismo mais adequado à solução destes, o que é uma das bases da doutrina do *case management*. Greco teceu críticas incisivas ao

⁶² “De acordo com aqueles que defendem a administração judicial, os juízes são os únicos defensores dos petionários que esperam no final da fila e do público em geral, que se beneficiam do sistema de resolução de disputas e pagam por ele. Portanto, os juízes devem assumir o controle do sistema e usar seu tempo de maneira prudente, consistente e justa. Eles devem agilizar os casos que estão no início da linha e disciplinar os litigantes que desperdiçam recursos. O resultado disso seria um sistema judicial eficiente, que (como o final de qualquer outra história de utilidade) produzisse o maior bem-estar para o maior número de pessoas.” Tradução livre. RESNIK, Judith. Los jueces como directores del proceso. *Revista de Processo*. v. 268, 2017. p. 189-280.

⁶³ “Cabe ao juiz assumir seu novo papel de gerenciador do conflito, de modo a orientar as partes, mostrando-lhes o mecanismo mais adequado para tratar aquela lide específica”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. *R. Emerj.*, v. 21, n. 3, 2019. p. 251.

desvirtuamento do *case management system* sob o regime do código anterior, ocasionadas pelo que identificou constituírem crescentes pressões por eficiência⁶⁴.

O CPC de 2015 sucede a Lei 9.099/95, um importante marco de acesso à justiça baseado na consensualidade, e não se limitou, como o Código anterior, a determinar ao juiz a tentativa de conciliação no início da audiência de instrução em julgamento, quando se tratasse de direitos disponíveis (artigos 447 a 449 do CPC/1973). A sessão autocompositiva do artigo 334 é estabelecida como uma regra geral ao procedimento comum⁶⁵, e há várias regras e princípios novos. Questiona-se, portanto, se diante desta preparação inicial do processo com a adoção desta estratégia o CPC estabeleceu um sistema multiportas⁶⁶, baseado em *case management*.

A escolha entre as alternativas contidas na própria legislação exige um juiz mais ativo na condução dos processos, postura sugerida por Watanabe em

⁶⁴ Em especial o estabelecimento de padrões de qualidade sem a prévia consulta a jurisdicionados e advogados. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308.

⁶⁵ 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. § 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. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 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. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 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. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

⁶⁶ “Naquela oportunidade, mesmo sem usar a atual nomenclatura corriqueira (Multi-Door courthouse – Tribunal multiportas), Sander já lançava as bases para um Centro de Justiça global, que forneceria acesso a uma variedade de instalações de ADR (mediação, arbitragem, *ombudsman*, *fact finding*, *small claims* etc.), com a finalidade de buscar a opção técnica mais adequada e que poderia, segundo ele, reduzir a quantidade de demandas do sistema jurisdicional. Criar-se ia um lugar no qual métodos ecléticos de resolução de disputas estariam, de modo concentrado, à disposição dos cidadãos.” THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC, fundamentos e sistematização*: Lei 13.105, de 16.03.2015 - Fundamentos e Sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

comparação ao sistema de *case management* americano, lamentando entretanto que, no âmbito do CPC de 1973 a audiência de conciliação do artigo 331 não fora designada ou eficientemente realizada⁶⁷.

Segundo Theodoro Jr, Nunes, Quinaud e Bahia, o CPC de 2015 evitou o modelo gerencial americano centrado no juiz, ao estabelecer as hipóteses uma técnica de triagem de casos pré-estabelecida na forma do artigo 322 – que prevê a improcedência liminar e, não se verificando esta hipótese, leva à sessão autocompositiva do artigo 334 a ser realizada no juízo natural ou nos centros judiciários⁶⁸. O *case management* brasileiro consistiria, pois, em um modelo pré-determinado pela atividade legislativa.

Inicialmente, o gerenciamento de casos brasileiros parte das políticas públicas lançadas pelo CNJ⁶⁹ e CJF⁷⁰, as quais buscam estabelecer condições para o

⁶⁷ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 687: “ Poucos se aperceberam do real objetivo do legislador, que é a indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador processual.”

⁶⁸ “Percebe-se que finalmente o Brasil começa a ingressar na tendência iniciada há décadas, inerente à mudança da prática decisória, de gerenciamento, que permitiria ao juiz, inicialmente, e hoje a todos os sujeitos processuais, caso a caso, definirem um cronograma detalhado do procedimento, com base nas necessidades específicas do caso. (...) No entanto, mediante as premissas normativas contrafáticas dos arts. 10 e 489 (entre outras), o modelo do CPC/2015 tenta obstar as críticas que o modelo gerencial americano, centrado num juiz gerente de casos, ordinariamente sofre, em face de tendências ativistas (ideologicamente discutíveis) que permitiriam uma discricionariedade incontrolável. Nestes termos, o modelo gerencial da nova legislação sofre a fiscalidade normativa”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC, fundamentos e sistematização*: Lei 13.105, de 16.03.2015 - Fundamentos e Sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 255-256.

⁶⁹ Vide algumas disposições da Resolução CNJ 125/2010: “Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: I - centralização das estruturas judiciárias; II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; III - acompanhamento estatístico específico. Art. 3º O Conselho Nacional de Justiça auxiliará os Tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas, em especial quanto à capacitação e credenciamento de mediadores e conciliadores e à realização de mediações e conciliações, nos termos dos arts. 167, § 3º, e 334 do Código de Processo Civil de 2015. Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.”

⁷⁰ Vide a Resolução CJF 398/2016 que estabelece a política judiciária de solução consensual dos conflitos de interesses no âmbito da justiça federal: “Art. 3º O Conselho da Justiça Federal (CJF) auxiliará os tribunais regionais federais (TRFs) na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas, em especial quanto à capacitação de conciliadores e mediadores, ao seu credenciamento, nos termos do art. 167, § 3º, do Código de Processo Civil, e à realização de conciliações e mediações, na forma do art. 334, dessa lei. Art. 4º Compete ao CJF organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. Art. 5º O

desenvolvimento dos métodos consensuais no poder judiciário, que vão desde o treinamento de mediadores até o estabelecimento de uma rede de atores para atingir os objetivos conforme as diretrizes traçadas.

Quanto ao código, este dispensa o órgão jurisdicional de designar a sessão consensual em caso de improcedência liminar do pedido (art. 334, *caput*), se a matéria não admitir autocomposição (art. 334, §4º, II), ou se a petição inicial não atender aos requisitos de validade (art. 334, *caput*). São hipóteses singelas que não refletem a casuística das sessões não designadas no despacho inicial, diante de um espaço amplo disponibilizado ao magistrado para flexibilizar o procedimento, como lecionou Greco. As hipóteses do sistema inglês determinadas pelo CPR são bem mais abertas que as previstas pelo CPC, o que não significa que a lei tenha exaurido todas as circunstâncias a serem examinadas pelo juiz.

O gerenciamento é compartilhado com as partes a partir de suas manifestações sobre a realização da sessão autocompositiva e, acaso ambas demonstrem desinteresse, ela não será realizada. O CPC abre esta oportunidade às partes para determinar como será emoldurada a disputa sem a participação de juiz em audiência. Mazzola admite que as partes tenham acertado previamente a não realização da sessão autocompositiva, através de contrato⁷¹, o que é compatível com a forma escrita escolhida pelo CPC para manifestarem suas vontades contrárias à designação.

O CPC de 2015 reitera o gerenciamento pelo juiz ao lhe determinar tentar a qualquer tempo conciliar as partes (art. 139, V), ao menos até o início da audiência de instrução e julgamento (art. 359). O legislador considerou que os interesses das partes podem eventualmente mudar, diante de suas necessidades de celeridade, dos custos envolvidos no processamento e mesmo dos seus poderes. Um exemplo concreto são as conciliações previdenciárias oriundas de propostas formuladas pelo INSS após a vista do laudo pericial médico que reconhece as limitações alegadas pelos autores, nos benefícios por incapacidade.

programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos da Justiça Federal e por entidades públicas e privadas parceiras. Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CJF: I - estabelecer diretrizes para implementação da Política Judiciária de solução consensual de conflitos a serem observadas pelos TRFs;"

⁷¹ No sentido da dispensa da audiência mediante contrato entre as partes "quando as partes pactuam uma cláusula *opt-out* no bojo de um contrato ou mesmo durante uma mediação extrajudicial, abrindo mão da audiência em caso de eventual litígio", embora compreendamos que a validade de tal cláusula deva ser objeto de apreciação judicial. MAZZOLA, Marcelo. Dispensa da audiência de conciliação/mediação, seis dribles e dois gols. *Revista FONAMEC*, v.1, n.1, 2017. p. 259.

Acaso o magistrado vislumbre uma probabilidade de consenso em qualquer fase do procedimento poderá designar uma sessão autocompositiva ou utilizar do expediente do artigo 154, VI do CPC, que atribui ao Oficial de Justiça a função de certificar proposta de autocomposição formulada pela parte. O parágrafo único do art. 154 estabelece um exíguo prazo de cinco dias para a parte contrária manifestar a aceitação ou recusa⁷².

Outras hipóteses de *case management* decorrem do CPC, como a realização da sessão não-adversarial por meio eletrônico (artigo 334, §7º do CPC). Alguns tribunais contam com processos judiciais eletrônicos há mais tempo, como o sistema Eproc adotado pelos tribunais regionais federais da segunda e da quarta regiões, a ponto de implantarem a conciliação eletrônica antes da disciplina legal⁷³.

Os meios eletrônicos são os mais diversos e têm sido experimentados por todo o território nacional, comportando inclusive modalidades assíncronas, sendo digno de menção o procedimento de conciliação mediante aplicativos de comunicação próprios de *smartphones* na justiça federal, na seção judiciária do Espírito Santo⁷⁴.

O local de realização das audiências de conciliação também comporta a escolha entre a sala de audiências no ambiente da própria vara ou nos Centros Judiciários, através de um sistema de triagem a ser realizado por um destes órgãos.

Nestes espaços, parece lógico que, à falta de maiores detalhes pelo CPC, caiba ao juiz algumas escolhas, como remeter os autos aos órgãos da conciliação ou ele mesmo determinar a realização da audiência prévia de forma presencial, semi-presencial - por estar uma das partes em outra localidade e sendo ouvida por meio de videoconferência; ou, ainda, de forma totalmente virtual. Restando

⁷² É hipótese de autocomposição direta, sem a interveniência de terceiro (conciliador ou mediador), e sem designação de audiência, que preeche o dever do magistrado de conciliar as partes.

⁷³ Conforme o art. 334, § 7º: “A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.” Embora a Lei nº 11.419 não trate da audiência eletrônica ou virtual, há muito se realiza o ato através de videoconferências, o que se depreende da notícia do sítio eletrônico do CNJ disponível em: Erro! A referência de hiperlink não é válida.<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/59240-justica-do-trabalho-realiza-primeira-audiencia-totalmente-virtual>, e atualmente outros meios surgem com o fórum de conciliação virtual do TRF4 através de funcionalidade do software do processo judicial EPROC, disciplinado pelas Resolução nº 109, de 17/12/2018, que pode ocorrer com ou sem conciliador, e de forma não simultânea, já a audiência virtual de conciliação ou mediação é regulamentada pela Resolução nº 32, de 28 de abril de 2016, em chamada síncrona e com participação de conciliador ou mediador. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1657.

⁷⁴ Vide a portaria JFES-POR-2018/00086, de 15 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.jfes.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/PORTARIA-N%C2%BA-JFES-POR-2018-00086-DE-15-DE-OUTUBRO-DE-2018.pdf>, acesso em 30 jun 2020.

impossível a utilização da mediação, o magistrado poderá decidir pelo método adversarial, levando o processo à instrução⁷⁵.

Desta forma, o *case management* está presente no sistema processual brasileiro a partir das políticas públicas e da lei para o magistrado manejar, flexibilizando o procedimento em prol da sua adequação ao caso e o dever de cooperação incidirá para garantir a participação das partes no seu planejamento. Diante disso discordamos de Theodoro Jr. *et al.* para explorar algumas alternativas postas à disposição do magistrado.

Mancuso⁷⁶ e Almeida entendem que a lei deve fornecer critérios de adequação para o *case management*, enquanto este último ressalta que deve haver flexibilidade nestes critérios, diante daqueles já lançados pela doutrina para tanto⁷⁷.

Cappelletti e Pinho reforçam a tese de que a mediação apresenta-se como o método mais adequado para solucionar conflitos surgidos em relações interpessoais continuadas, em comparação com a tutela adjudicada.

Dentre os critérios de adequação indicados pelos processualistas para os diversos métodos de resolução, merecem destaque: (i) a existência de conflitos policêntricos ou coletivos; (ii) a possibilidade de se preservar ou melhorar o

⁷⁵ O CPC em sua norma fundamental do artigo 3º, §2º, deixa claro que os métodos consensuais devem ser exercidos nos limites das possibilidades jurídicas e materiais, ao menos, após o esgotamento de razoáveis tentativas de implantação do procedimento processual sob as demais garantias e princípios informativos da mediação.

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: *O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, xxxv, da Constituição Federal*. Revista dos Tribunais, v. 926, 2012. p. 163: “A lei indicará os casos em que a pretensão deverá ser previamente exposta à contraparte ou em que o conflito deverá ser antes submetido a agentes, órgãos ou instâncias do setor público ou privado, adequados à matéria, incentivando-se a utilização de meios auto ou heterocompositivos”. Trata-se da sugestão do autor para inserção no artigo 3º do CPC antes de sua promulgação, como condicionante ao acesso à justiça nas lides opostas em face da administração pública.

⁷⁷ “Em sede doutrinária já se apresentam classificações de espécies de conflitos e os respectivos meios adequados para sua solução. Caivano, Gobbi e Padilla recomendam a mediação ou a negociação aos conflitos: (a) policêntricos, entendidos como aqueles que apresentam múltiplas situações de tensão, (b) originados em relações continuadas, (c) cuja solução recomende um mecanismo que ofereça confidencialidade; (d) nos quais estão presentes questões culturais, que a jurisdição não levaria em consideração; (e) cujo mérito relacione-se com matérias altamente específicas, as quais o juiz não conseguiria compreender adequadamente para decidir; (f) em que a solução jurídica é controvertida, tornando imprevisível a solução adjudicada; (g) que geram custos excessivos se solucionados por meio da jurisdição; (h) que demandem solução rápida. Por outro lado, consideram os métodos impositivos mais apropriados para o conflito: (a) em que a pretensão de uma das partes apresenta maior probabilidade de sucesso na jurisdição ou na arbitragem; (b) em que não se tem verdadeiro interesse de vê-lo solucionado, pois a solução não satisfará nenhum dos interessados; (c) que serve de estratégia de postergação da solução, para se obter recursos para o cumprimento da obrigação; (d) em que se busca um precedente judicial ainda não existente; (e) no qual está configurada a ausência de boa-fé de pelo menos um dos disputantes”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. v.195, 2014. p. 194-195.

relacionamento entre as partes; (iii) o interesse em se gerar um precedente jurisprudencial – como ocorre na sistemática dos recursos repetitivos ou quando da suspensão de processos pelo IRDR; (iii) os custos do processo; (iiii) o tempo do processo diante das vantagens da celeridade; (iiii) a eventual diferença de poderes entre as partes; (iiii) a complexidade probatória ou jurídica da questão; (iiiiii) possibilidade das partes disporem de determinados direitos; (iiiiii) interesse das partes em cenários de segurança jurídica; e (iiiiii) o grau de confidencialidade ou publicidade almejado pelas partes.

O caso da administração pública em juízo frequentemente enfrenta desafios quanto aos métodos consensuais ligados ao desequilíbrio de poderes com relação aos particulares em ações individuais – e por consequência quanto à diferença de custos e tempo de tramitação diante de prerrogativas da fazenda pública - ; bem como quanto à possibilidade de suspensão das demandas individuais na sistemática dos processos repetitivos – hipótese em que as procuradorias optam aguardar pelo acertamento da questão de direito. A indisponibilidade dos direitos tutelados pela administração pública tem sido frequentemente apontada pelas procuradorias.

A confidencialidade ainda não é amplamente considerada pela administração pública ou suas partes adversas em juízo como um importante componente estratégico. Além da confidencialidade, de uma forma geral, ser confrontada com a publicidade processual, outra causa para esta situação é a própria oposição dos princípios administrativos, conforme será examinado adiante.

Assim, frequentemente o gerenciador de casos considera a indisponibilidade da coisa pública⁷⁸, ou mesmo a impossibilidade da conciliação⁷⁹, para deixar de designar sessões autocompositivas por haver num dos pólos a administração pública, ainda que a mesma esteja incluída em todo o quadro das políticas judiciárias de tratamento adequado dos conflitos e de solução consensual dos mesmos⁸⁰. As audiências deixam de ser designadas mesmo nos juizados especiais

⁷⁸ O ultrapassado entendimento de total indisponibilidade de direitos da administração pública, que será examinado em capítulo próprio, fundamenta-se no artigo 334, §4º, II do CPC e não depende da vontade das partes – esta considerada no inciso I do dispositivo, afastando impropriamente a participação e colaboração das partes em prol do consenso.

⁷⁹ A norma fundamental do artigo 3º, §2º do CPC utiliza-se do termo “possível” para estimular os métodos consensuais, contudo a abertura do sentido da palavra viabiliza a sua utilização à generalidade de situações que não correspondem ao intuito do legislador.

⁸⁰ A Resolução CNJ 125/2010 dirige-se aos tribunais de todos os ramos ao dispor sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, enquanto a Resolução CJF 398/2016, dirigindo-se somente à justiça federal, cuja competência relaciona-se a presença de entes federais ou interesses federais (art. 109 e disposições

federais, onde há expressa autorização aos procuradores federais para “conciliar, transigir ou desistir”⁸¹.

Chamados a optar pela mediação judicial, nem sempre os procuradores de todos os entes federados demonstram ter percorrido o caminho administrativo apropriado para formular o juízo positivo ou negativo quanto ao procedimento, em que pese existirem leis⁸² ou autorizações administrativas gerais para tanto. O juízo de adequação pelo magistrado conforme os parâmetros da ciência processual poucas vezes é fundamentado nos autos, dificultando seu questionamento pelas partes.

Ressalta-se, então, a importância do exame acurado do atendimento às normas atinentes aos métodos consensuais frente à administração pública e seus princípios, diante do envolvimento de princípios fundamentais da república e normas processuais fundamentais que servem de base à pacificação social através da mediação e conciliação no poder judiciário.

1.1.3.2 O processo cooperativo e a mediação

O direito processual há muito é movido pela dicotomia entre o processo inquisitorial, instaurado e movimentado de ofício, e processo dispositivo regido pelo princípio da demanda, segundo o qual cabe às partes a decidir quanto ao ajuizamento ou produção de determinados atos processuais. O marco distintivo refere-se frequentemente à conveniência e oportunidade de ajuizamento da ação, o que é exercido através do impulso inicial, com a definição do pedido, da causa de

seguintes da Constituição da República) afasta quaisquer dúvidas quanto à inserção da administração pública na “Política judiciária de solução consensual dos conflitos de interesses no âmbito da justiça federal”.

⁸¹ Conforme o artigo 10, parágrafo único da Lei nº 10.259/2001, “Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”. Por certo propostas podem ser realizadas através de petição, contudo a falta de designação de sessão autocompositiva prejudica a oralidade e a comunicação entre as partes no sentido da negociação com vistas a esclarecimentos ou melhora da proposta, o que culminaria em uma maior chance de aceitação.

⁸² A Advocacia da União conta com a disciplina da Lei nº 9.469/97 para autorizações de transações da União Federal, enquanto a Procuradoria da Fazenda Nacional encontra autorizações nas hipóteses previstas na Lei nº 13.988/2020.

pedir e das demais partes. O princípio do impulso oficial complementa este quadro, representando a atividade jurisdicional subsequente à deflagração da ação⁸³.

Moreira identificou a ampliação dos poderes do juiz sob a vigência do código de 1973, o que se deu através de vasta produção legislativa posterior à promulgação da Constituição da República de 1988; tratou-se ainda de disciplinar a figura do Ministério Público no desenvolvimento de um direito processual coletivo com atribuições importantes. Naquele momento mecanismos como a inversão do ônus da prova no direito do consumidor, ou pertinentes ao gerenciamento do processo com margem decisória fundamental em temas como a legitimação extraordinária, elevou a proeminência do juiz no cenário processual⁸⁴.

O princípio dispositivo relaciona-se a um modelo de organização adversarial do processo⁸⁵, onde a disputa entre o autor e o réu - estabelecida em regra no âmbito das relações privadas – é o pressuposto da existência da demanda. A apuração da verdade, ou a tutela de algum interesse público pelo Poder Judiciário são os parâmetros do impulso oficial, ou do processo inquisitorial.

As noções de privatismo ou publicismo no processo civil, conquanto não sejam idênticas, fundamentam a regência do princípio dispositivo ou do princípio inquisitivo. Greco analisou estes influxos, identificando a oralidade, o impulso oficial, o ativismo judicial em matéria probatória, a busca da verdade material e a exaltação da boa-fé processual com escopos sociais ou publicísticos⁸⁶.

Mitidiero identifica o processo colatorativo como resultado da superação histórica do processo dispositivo e do processo inquisitório⁸⁷. Tanto Didier Jr.⁸⁸

⁸³ Conforme MENDES, Aluísio; SEGUNDO, Elípio; ALMEIDA, Marcelo. *Novo código de Processo Civil comparado e Anotado*. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 03, em notas aos artigos 1 a 41: “Assim, o princípio dispositivo, também denominado princípio da inércia ou da demanda, preconiza que a jurisdição, em regra, depende de provocação, ou seja, do ajuizamento da demanda, que consiste no impulso inicial. Os atos processuais que sucedem o ajuizamento da demanda devem se realizar por impulso oficial, para o andamento e desenvolvimento do processo.”

⁸⁴ Conforme a lição lançada em *Os novos Rumos do Processo Civil Brasileiro*. *R. Dir. Proc. Geral RJ*, (47), 1994, p. 15: “Quanto à ampliação dos poderes do juiz, o exame das principais disposições deixa patentes os dois pensamentos fundamentais que as inspiraram. Um deles tem a ver com o intuito de simplificar o procedimento; o outro, com o desejo de assegurar tutela jurisdicional mais enérgica aos interesses de que se cogita”.

⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 198, 2011. p. 214: “Em suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir”.

⁸⁶ Contudo, o processualista ressalta que “a boa-fé processual é muito anterior aos códigos totalitários”. Publicismo e privatismo no processo Civil. *Revista de Processo*. n. 164, 2008. p. 30-32.

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. v.194, 2011. p. 58.

quanto Mitidiero entendem que o princípio colaborativo dirige-se aos juízes em prol das partes, impondo-lhe alguns deveres; enquanto este último não admite sua existência entre as partes⁸⁹.

Theodoro Jr. e Nunes⁹⁰ representam parte da doutrina que relaciona o princípio cooperativo às bases democráticas estabelecidas na Constituição, vislumbrando que traga um equilíbrio entre as forças dos sujeitos no processo. A cooperação se impõe portanto às partes como manifestação do princípio participativo⁹¹ em sede processual.

Para investigar em que estágio se encontra hoje o processo civil brasileiro quanto ao papel atual do magistrado e aos poderes das partes, o ponto de partida para harmonizar os princípios e regras vigentes é a Lei nº 13.105/2015, que inaugura um novo sistema processual brasileiro com normas fundamentais processuais. A cooperação é norma fundamental do processo civil instituída no artigo 6º do código, a qual determinar aos “sujeitos do processo” o dever de “cooperar entre si” para a obtenção “em tempo razoável” de “decisão de mérito justa e efetiva”. A redação da norma CPC exige uma postura mais proativa que a simples atuação com boa-fé sob o comando do magistrado. A parte final do artigo deixa claro que a duração razoável do processo passa a ser responsabilidade de todos os atores em juízo.

⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 198, 2011. p. 221: “Mas também em relação ao órgão jurisdicional é possível visualizar a aplicação do princípio da cooperação”.

⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?: Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, v.194, 2011. p. 62: “E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes.”

⁹⁰ “O estabelecimento de focos e de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de Direito da alta modernidade.” THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*: Lei 13.105, de 16.03.2015 - Fundamentos e Sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 77.

⁹¹ Esta é a opinião de Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. *R. Emerj*, v. 21, n. 3, 2019. p. 243: “É imperioso, destarte, que o magistrado aja para assegurar, na formação da decisão, uma efetiva participação e influência de todos os sujeitos processuais. Apenas dessa forma, o processo também poderá ser considerado justo em seu aspecto participativo e policêntrico.”

O âmbito do dever de cooperação entre as partes pode ser explicado conforme a lição de Didier Jr. sobre aspectos de dispositividade ou inquisitividade no processo⁹²:

É fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc. No primeiro aspecto, há uma dimensão substancial da dispositividade/inquisitividade; no segundo, uma dimensão processual do tema.

Desta forma, a carga de dispositividade ou inquisitividade dos atos processuais, baseados em ordens publicistas ou particulares, atuam na dimensão processual dos atos na generalidade das hipóteses. De outra sorte, em se tratando da propositura da demanda, mais especificamente pertinente à delimitação do objeto litigioso do processo, há maior impregnação da dimensão material no ato processual.

Pode-se cogitar, portanto, que o princípio cooperativo atue na dimensão processual⁹³ e se reporte ao processamento do feito em direção à solução de mérito de forma célere, sem obstáculos infundados, baseado na atividade colaborativa das partes, magistrados, procuradores e auxiliares do juízo. Nesta hipótese, este estado de cooperação não se confunde com o estabelecimento de uma solução consensual entre as partes – senão, os deveres decorrentes incluiriam a aceitação de uma proposta indesejada, contrariando a autonomia da vontade das partes.

O advento de um procedimento consensual – a ser realizado através de sessão autocompositiva, ou troca de propostas por petição – é, em si, apenas um dos resultados possíveis da marcha processual voltada à resolução do mérito. Entender de forma diferente o problema – da prevalência dimensão material – importaria em tornar obrigatório o consenso diante do dever de cooperar. Outrossim, o processo cooperativo direciona-se a propiciar um ambiente processual

⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 198, 2011. p. 216-217.

⁹³ “Registre-se que em muitas situações, não obstante a situação de conflito, é possível buscar uma solução consensual para a distribuição do encargo probatório, escolha de perito, elaboração de calendário processual, flexibilização procedimental, saneamento compartilhado, ou seja, para atender a alguns interesses comuns, tais como redução de gastos com o processo, celeridade e instrução probatória apta a permitir a prolação de uma sentença mais rente à realidade dos fatos.” SÁ, Carla Teresa Bonfadini de. *A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório*: um estímulo à adoção de condutas cooperativas no processo. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. p. 61.

receptivo ao consenso entre as partes no plano material, o que será examinado em capítulo pertinente aos métodos consensuais.

A interpretação sistemática do texto remete o dever cooperativo ao ministério público, à defensoria pública, aos auxiliares do juízo como os peritos, conciliadores, mediadores, aos advogados, aos magistrados bem como às partes – todos definidos como sujeitos do processo no Livro III da Parte Geral do CPC⁹⁴. O magistrado não será o único vértice das relações processuais; conquanto nem mesmo estará presente em todos os atos processuais, como no momento da realização das perícias, nas sessões autocompositivas, ou mesmo na formulação de negócios jurídicos processuais do artigo 190 do CPC.

O entendimento contrário ao dever de cooperar entre si às partes, por outro lado, tornaria desnecessária a regra do artigo 6º do CPC, diante de tantas outras que impõe ao Poder Judiciário a entrega célere e eficiente da tutela jurisdicional. O sentido do novo princípio cooperativo é tornar a busca da solução de mérito um objetivo comum, não estando mais a cargo do impulso oficial unicamente.

Observe-se que, para além de criar um ônus indesejável já que se encontram em disputa pelo direito material, a cooperação as empodera para atuar, solicitar ou manifestar formas mais céleres e razoáveis para o alcance da finalidade do processo justo. Trata-se de uma oportunidade de atuar no processo de forma efetiva, vindo de encontro à concepção democrática do princípio.

Os deveres de cooperação das partes têm sido divididos pela doutrina em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção⁹⁵, ou seja, deve haver clareza e serem afastadas dúvidas em suas manifestações e ações, são inadmissíveis os subterfúgios desleais no processo, o que remete um não-fazer - não agir de má-fé e não causar danos. Outrossim, a cooperação sob um sentido ativo, admitida por

⁹⁴ Acrescente-se ainda os demais auxiliares da justiça como escrivãos, chefes de secretaria, oficiais de justiça, depositário, administradores, intérprete e tradutores (conf. Título IV, artigos 150 a 155; 156 a 158; 159 a 161; 162 a 164 do CPC/2015).

⁹⁵ “Vejam algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC). DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 198, 2011. p. 221.

SÁ⁹⁶ que, embora reconhecendo que a cooperação tenha origens na boa-fé, aduz que apresenta um *plus* e pode remeter a um agir. Neste tema, são pertinentes as lições de Carneiro quanto ao princípio da operosidade⁹⁷ à luz do acesso à justiça.

Pode-se exemplificar o descumprimento do princípio na atitude da parte que, sem afastar o procedimento de mediação e seus desdobramentos, obstaculariza o acesso do técnico da administração pública ao imóvel a ser desapropriado, dificultando a marcha processual para a formulação da proposta de acordo⁹⁸. A colaboração impõe que a parte se encarregue de providenciar as melhores condições dos atos processuais conforme suas possibilidades para que não haja atrasos infundados no procedimento⁹⁹.

⁹⁶ “O princípio da cooperação seria um *plus*, em relação à boa-fé, exigindo a conduta proativa das partes na discussão das questões relevantes da demanda?”; “Nesse norte, concluímos que os deveres de prontidão e utilidade, abordados no item 1.3.1, como emergentes do princípio da boa-fé, melhor se amoldam ao princípio da cooperação, uma vez que exigem a adoção de condutas aptas a assegurar a duração razoável do processo.” SÁ, Carla Teresa Bonfadini de. A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório: um estímulo à adoção de condutas cooperativas no processo. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. p. 63.

⁹⁷ O princípio da operosidade é descrito por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 51) nas seguintes palavras: “Esse princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça. Assim, para atender aos fins preconizados neste trabalho e que garantem, na prática, tal acesso, é indispensável: a) atuação ética de todos quantos participem da atividade judicial ou extrajudicial; b) utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados”

⁹⁸ A doutrina já relatou o efeito favorável produzido pela demora no processamento da demanda para algumas partes, como José Carlos Barbosa Moreira: “O subitem nº 2 é a idéia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível. Ajunto que os respectivos advogados nem sempre resistem à tentação de usar todos os meios ao seu alcance, lícitos ou ilícitos que sejam, para procrastinar o desfecho do processo: os autos retirados deixam de voltar a cartório no prazo legal, criam-se incidentes infundados, apresentam-se documentos fora da oportunidade própria, interpõem-se recursos, cabíveis ou incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razão que se tenha para impugná-las, e assim por diante”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, 2000, p. 13. 8ª série.

⁹⁹ Observe-se que a cooperação implica influenciar na determinação do modo ou momento de cumprimento de atos processuais, compreendendo que autor e réu participem ou mesmo se antecipem à determinação do magistrado para oferecer a cooperação – o que é natural por comporem a relação jurídica material e serem conhecedores de contornos da situação fática, estando mais aptos a realizar o que for útil ao desenvolvimento do processo. A cooperação em prol do regular desenvolvimento do processo não significa favorecer a outra parte em detrimento de si, no sentido de revelar a verdade que lhe desfavoreça; por vezes ambas as partes desejam o mesmo ato processual – como a citação de um litisconsorte em local incerto; a restauração de autos; a habilitação dos sucessores de uma das partes; ações de divisão, algumas hipóteses de ação de dissolução parcial da sociedade, todos estes são casos em que há ampla possibilidade das partes cooperarem em intimações, perícias e cumprimento tempestivo dos demais atos processuais.

A infringência ao dever de cooperação autoriza ao magistrado a tomar medidas como aplicar multas ou determinar a realização de atos equivalentes mediante astreintes ou mesmo conceder de tutela de evidência punitiva, conforme prevista no artigo 311, inciso I do código¹⁰⁰. Quanto à atuação cooperativa do magistrado, esta deve se guiar pelo dever de esclarecimento às partes, de prevenção, de consulta e de auxílio¹⁰¹. Significa que decisões do magistrado na condução do processo que ofendam a estas obrigações e divirjam da comunidade de trabalho¹⁰² composta por este e pelas partes de forma a atingir aos objetivos de adequada duração do processo, ao contraditório, ampla defesa, e acesso à justiça, estarão se afastando do princípio colaborativo e sujeitas a controle pela via recursal.

O dever de esclarecimento do magistrado implica o esclarecimento em sentido estrito, correspondente ao esclarecimento de suas decisões mediante a motivação. O dever de auto-esclarecimento determina ao magistrado se dirigir às partes para esgotar quaisquer dúvidas que possam afastá-lo de proferir uma decisão justa¹⁰³.

O dever de prevenção consiste em advertir as partes quanto a deficiências de suas atuações em juízo, criando uma situação *sui generis se* imaginarmos em qual oportunidade e de que forma deve exercer este *múnus*. Tal dever encontra limites na imparcialidade judicial, e deve respeitar o contraditório e a ampla defesa que também consistem em normas fundamentais do processo civil (art. 7º do CPC). A

¹⁰⁰ “A adoção deste tipo de sanção é ferramenta eficaz para estimular o réu a adotar conduta cooperativa a garantir a regular marcha processual.” SÁ, Carla Teresa Bonfadini de. A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório: um estímulo à adoção de condutas cooperativas no processo. Rio de Janeiro: Gramma Editora, 2018. p. 173. No mesmo sentido: “Não deixa de ser uma sanção à conduta desleal de um sujeito do processo; porém ao conceder ao autor o acesso imediato ao bem da vida que persegue, torna-se muito mais eficaz na tarefa de estimular a parte *ex adverso* a contribuir para o regular desenvolvimento do feito” . BODART, Bruno. *Tutela de evidência*. São Paulo: RT, 2015. p. 138.

¹⁰¹ Tais bases, estabelecidas por Miguel Teixeira de Sousa, in: Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, v. 93, n. 338, 1997. p. 149-158, são adotadas por Daniel Mitidiero e Freddie Didier Jr.

¹⁰² “O processo – que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz -, passa em um Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatório do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.” THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *REPRO*, n.168, 2009. p. 114

¹⁰³ O Código de Processo Civil português tem disposição expressa no artigo 266: “2 – o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato.”

fim de compatibilizar este aspecto do princípio cooperativo com a igualdade entre as partes (art. 139, I), tal advertência deve ser precedida da verificação de um desequilíbrio entre as partes a ser reparado preferencialmente mediante sessão autocompositiva, com o uso da oralidade, onde o mediador poderá investigar os reais interesses das partes¹⁰⁴ e blindar a imparcialidade do magistrado.

De outra sorte, o dever de consultar as partes previamente a uma tomada de decisão baseia-se no princípio da não-surpresa, e da audiência bilateral no âmbito do contraditório¹⁰⁵ – o qual é igualmente invocado a fundamentar o princípio cooperativo. Assim, ao tomar uma decisão contrária aos interesses de uma das partes, conforme consta do artigo 9º do CPC, o magistrado deve previamente exercer o dever de consulta “ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” mas a respeito da qual a parte não tenha tido oportunidade de se manifestar, na forma do artigo 10º.

Mitidiero identifica que o atual modelo processual colaborativo a atividade do juiz é paritária “na condução do processo, no diálogo processual”, e “assimétrico no momento da decisão”¹⁰⁶. Por certo, o *case management*, ainda que limitado pela lei, e passível de compartilhamento pelos órgãos judiciais, é suposto competir, em alguma parcela, ao magistrado. A existência de recursos e outros meios de impugnação confirma sua assertiva, em que pese estarem um tanto limitados pelo Código de Processo Civil de 2015. O fato é que todo este sistema terá coerência se cumpridos os deveres colaborativos pelas partes e pelo juiz, pois diminuirão as irresignações diante das decisões tomadas em regime de participação, o que é de todo compatível com a concepção do *case management*, conforme examinado.

Por outro lado, as relações entre as partes em disputa, antes pautadas pelo caráter dispositivo e adversarial, passa a ser modulado por deveres de cooperação.

¹⁰⁴ Na dicção de MENDES, Aluísio de Castro; SEGUNDO, Elípio ;ALMEIDA, Marcelo. op. cit., p. 9:” O novo Código de Processo Civil aprimora a redação do artigo 125 do CPC de 1973, demonstrando uma nítida preocupação como fortalecimento do contraditório, de forma a assegurar às partes a paridade de armas para a participação no processo. Essa preocupação é composta pela isonomia (igualdade diante da lei), pela isegoria (igualdade de fala) e pela isotopia (igualdade de lugar).

¹⁰⁵ Neste sentido, Humberto Theodoro Jr. já entendia cabível a consulta mesmo em deliberações de ofício que envolvam matéria de ordem pública sob a vigência do código anterior (Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, n. 24, p. 32); e na companhia de Dierle Nunes (Princípio do contraditório como influência e não surpresa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009. v.168, p. 125): “Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.”

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 102-103.

1.1.4 Conciliação e Mediação no contexto do *Design* de Disputas

O CPC delinea o procedimento comum tendo em sua fase inicial uma restrita triagem de processos, onde estes são separados para julgamento de improcedência liminar; para designação de audiência prévia ou remessa a um dos centros judiciários responsáveis pelas sessões de conciliação e mediação; ou, ainda, para a resposta do réu e fase instrutória – caso da dupla recusa ou de direitos não admitirem transação.

Observa-se além do *case management* instituído em lei, realizado pelo magistrado em colaboração com as partes nas hipóteses não previstas em lei, haver a necessidade de organização dos procedimentos consensuais ou adversarias levando-se em consideração os recursos disponíveis aos órgãos judiciais de uma forma eficaz. Surgem na doutrina norte-americana¹⁰⁷ da década de 90 estudos sobre a sistematização de diversos procedimentos em uma maior escala de processos.

Faleck propõe a criação de estratégias adequadas à solução de disputas mediante o abandono da visão estanque dos mecanismos disponíveis: adjudicação estatal, arbitragem, conciliação, mediação e negociação. O processualista assim define a teoria denominada *Design* de Sistemas de Resolução de Disputas (DSD), que:

pode ser entendido como a organização deliberada e intencional de procedimentos ou mecanismos processuais, que interagem entre si e, quando aplicáveis, de recursos materiais e humanos, para a construção de sistemas de prevenção, gerenciamento e resolução de disputas¹⁰⁸.

O estabelecimento de um *design* de disputas engloba a interação entre diversos procedimentos, e além da visão tradicional do processo civil, observa a factibilidade diante das reais condições para a implementação. O gerenciamento e a resolução de disputas abordam ainda a sua prevenção.

¹⁰⁷ A criação da teoria é atribuída a processualistas da Escola de Harvard na obra URY, W. L.; BRETT, J. M.; GOLDBERT, S. B. *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to cut the costs of conflict*. Cambridge: PON Books, 1993.

¹⁰⁸ FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistema de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018. p. 1.

Asperti¹⁰⁹ leciona que a construção de um *design* de disputas se inicia por meio de um diagnóstico que identifique as disputas, o modo como são dirimidas e os procedimentos utilizados conforme os seguintes princípios:

(i) o foco deve estar nos interesses; (ii) é necessário que haja mecanismos pelos quais as partes possam voltar a negociar caso entrem em uma disputa de direitos ou de poder; (iii) deve haver procedimentos subsidiários de solução de disputas baseados em direitos e em poder; (iv) deve-se estabelecer meios de consultar os envolvidos antes e após o conflito; e (v) deve-se organizar os procedimentos em uma sequência que vai do menos para o mais custoso.

Conforme visto, tratam-se de condicionantes práticas, sem dogmática jurídica, mas que se utilizam do processo para conferir acesso a justiça tendo em conta os interesses das partes.

Faleck define o *designer* como alguém imparcial e neutro tal qual o mediador¹¹⁰, a ponto de usar suas técnicas de negociação¹¹¹ em tratativas com as partes afetadas, cujos interesses serão considerados no desenho realizado. Diante disso, assumimos que os *designers* de disputas em sede de mediação judicial serão, sucessivamente, o CNJ - e o CJF na seara federal - para o estabelecimento das políticas públicas para os métodos consensuais em juízo; os núcleos permanentes dos tribunais para o planejamento e fomento destas atividades e, por último, os centros judiciários e órgãos jurisdicionais para a execução dos procedimentos consensuais.

O Conselho Nacional de Justiça, como órgão competente para definir as Políticas Públicas para tratamento consensual de conflitos no âmbito do Poder Judiciário¹¹², e através do Programa Resolve¹¹³, traçou estratégias para um mutirão

¹⁰⁹ ASPERTI, Maria Cecília. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas: os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 93-94.

¹¹⁰ FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistema de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018. p. 45.

¹¹¹ Op. cit., p. 39.

¹¹² Na forma da Resolução CNJ 125/2010, a qual Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário: "Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.", além de detalhamento destas competências no artigo 6º.

¹¹³ O Programa Resolve para o tratamento consensual das ações que visam o reajuste de saldos de poupanças nos índices dos expurgos inflacionários no período dos planos econômicos das décadas de 1980 e 1990 está disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/programa-resolve/resolve-poupanca-planos-economicos/>.

de conciliação em escala nacional, pertinente às ações relativas ao reajuste dos saldos das cadernetas de poupanças em índices nos chamados índices inflacionários expurgados.

Assim o desenho de disputas institucional foi traçado através do Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, o qual suspendeu as milhões de ações pertinentes à matéria em março de 2018 para a difusão das condições definidas no acordo coletivo homologado nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 632212, para submetê-las à conciliação individual. O CNJ foi o outro ator institucional no desenvolvimento deste desenho de disputas, o qual optou, num primeiro momento, por fomentar a utilização de um modelo digital desenvolvido pela FEBRABAN - que se revelou inadequado por falta de adesão dos poupadores, grande parte deles idosos. Posteriormente, foram realizadas audiências presenciais por alguns tribunais que privilegiaram o atendimento humanizado, enquanto outros se utilizaram de outras ferramentas – como peticionamento ou mensagens eletrônicas.

Coube a cada núcleo permanente dos tribunais, órgãos responsáveis por fomentar os métodos consensuais (artigo 7º da Resolução CNJ 125/2010¹¹⁴) definir a forma de realização de tais audiências, alguns optando por audiências presenciais coletivas (TRF3 e TRF2), outros por realização de audiências públicas seguidas de sessões eletrônicas (TRF4), denotando a flexibilização do *design* institucional.

As estratégias regionais foram definidas junto aos setores jurídicos dos bancos acionados, conforme os recursos materiais e humanos disponíveis. Desta forma, os operadores de direito envolvidos, através de um consenso

¹¹⁴ “Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias a contar da publicação desta Resolução, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: I – implementar, no âmbito de sua competência, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, em conformidade com as diretrizes estabelecidas nesta Resolução; II - planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas; III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos artigos 5º e 6º desta Resolução; IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos; V - incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos; VI – propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução; VII - criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; VIII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 13 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação).”

interinstitucional tomado em caráter cooperativo tornam-se verdadeiros *designers* de disputa, formulando estratégias, e planejando atos encadeados para proporcionar um processo destinado à resolução mais adequada da demanda.

O DSD se mostrou, neste caso, imprescindível aos tribunais e aos grandes litigantes, para que dimensionem o tratamento adequado das demandas conforme suas reais possibilidades – critério o qual será examinado à frente, constante da fórmula do artigo 3º, §3º do CPC.

Especificamente sobre o papel do juiz conciliador, Takahashi assim considerou:

O juiz, na gestão dos processos sob sua responsabilidade, pode valer-se de mecanismos consensuais como a conciliação. Ao delinear como o mecanismo será usado, é comum que o juiz projete um desenho procedimental próprio. Dessa forma, vê-se espaço para a atuação do próprio juiz como *designer*, sendo conciliador sob o viés de organizador do procedimento conciliatório.¹¹⁵

Desta forma, no âmbito de sua jurisdição territorial e material o magistrado é o *designer* de sistema de solução de disputas. Compete ao magistrado - na supervisão de centro judiciário ou no juízo - realizar a última modulação no desenho de forma local, originando um novo *design* de disputas. A atuação do magistrado neste desenho consiste nas decisões pertinentes à triagem de processos, mediante uma análise de adequação, dos processos aos centros judiciários ou para as pautas do próprio órgão jurisdicional de sessões consensuais.

Observada a lei e a política de solução de conflitos para o poder judiciário, é o magistrado a autoridade capaz de administrar os recursos existentes na localidade e aferir suas eficácias. Estas últimas flexibilizações procedimentais são admissíveis conquanto venham a ser alcançadas as finalidades de pacificação social, adequação da tutela jurisdicional e duração razoável do processo. O desenho de solução de disputas de uma localidade pode se diferir de outra por suas peculiaridades; por exemplo o perfil adversarial de uma procuradoria, a insuficiência do setor de cálculos ou a ausência de uma central de perícias judiciais adequadas pode tornar insubsistente uma rotina de consensualidade.

¹¹⁵ TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. v. 6, p. 147/148, Coleção MASC.

A mediação judicial é disciplinada pelo CPC quanto à forma de ser praticada e à ordem processual, a audiência prévia não pode ter suas regras próprias ignoradas, e a falta de sua designação, quando cabível diante dos requisitos legais, deverá ser precedida de fundamentação sobre a sua falta de adequação ao caso concreto – o que é do âmbito do *case management* – ou quanto à sua impossibilidade diante da indisponibilidade de recursos humanos ou materiais do desenho de disputas. O que se refere ao mencionar uma organização de procedimentos é a eventual ordenação de fases adversariais ou consensuais, mediante uma flexibilização que continue a atender à norma fundamental processual do art. 3º, §§2º e 3º do CPC, ou mesmo que seja responsável pela sua viabilidade.

Um exemplo disto é a prática nos juizados especiais federais de inverter o fluxo processual, antecipando a perícia médica à resposta do réu ou sessão consensual nas ações sobre aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença – em realidade postergando a oportunidade de consenso pela perspectiva da constatação da incapacidade pelo perito. Esta opção, institucionalizada em alguns tribunais federais – geralmente naqueles que impulsionam as condições necessárias, com centrais de perícias e mediadores capacitados -, leva em conta os interesses das partes, a diversidade de poderes entre segurados e o INSS, a existência de peritos suficientes e almeja alcançar uma eficiência pela consensualidade – outra característica que se observa do DSD.

O tribunal multiportas pressupõe a disponibilização de procedimentos adequados às demandas individualmente consideradas através de um *case management*, enquanto o *design* de sistemas de disputas aponta a organização eficiente de procedimentos diante de interesses e poderes das partes, e dos recursos humanos e materiais para sua implementação. Sendo diversas as concepções, ambas têm o mérito de reconhecer o mesmo fenômeno: que cada demanda merece ser avaliada de acordo com suas características, o que determinará o tratamento a ela dispensado pelos atores do processo e pelo Poder Judiciário.

Concluindo a questão, o *case management* e o *design* de disputas devem ser feitos com vistas a um processo cooperativo que constrói um sistema direcionado não apenas “às partes interessadas e afetadas (*stakeholders*) de maneira ampla,

mas sim às partes que deverão efetivamente ser envolvidas no arranjo procedimental”¹¹⁶.

Para os fins deste trabalho, consideramos haver interseções entre o DSD e o *case management*, constituindo metodologias diferenciadas para subsidiar a implementação de procedimentos diversos em juízo, entre eles os autocompositivos. O que importa ressaltar é a mediação judicial estar presente nestes sistemas, e mesmo existir em virtude dos mesmos, sendo imprescindível tanto aos tribunais, na organização de diversas rotinas – organizando seu DSD institucional – quanto aos grandes litigantes, como é a administração pública, objeto do nosso estudo, no tocante aos seus interesses em utilização eficiente de recursos para atendimento às demandas judiciais.

1.2 A solução consensual de conflitos no Poder Judiciário

A tutela jurisdicional tem seu escopo social pertinente à pacificação dos conflitos por meio da sentença judicial. Encerrar uma disputa por meio da decisão judicial é o modo tradicional de resolver o mérito de uma demanda.

Os métodos consensuais, a seu turno, vislumbram solucionar o conflito sociológico existente entre as partes. Aos críticos que argumentam não ser esta a função do Poder Judiciário, tendo os métodos consensuais a capacidade de atrair conflitos antes não tratados por ele, Grinover rebateu ser positivo garantir um título executivo judicial a estas pessoas¹¹⁷.

A opção do legislador brasileiro nem sempre é a adotada alhures, sendo oportuno examinar a inserção da mediação em nossas leis processuais.

1.2.1 A adoção dos métodos consensuais enquanto norma processual fundamental

¹¹⁶ FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistema de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018. p. 140.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, 2008, p. 72.

A constitucionalização do processo tem sido o motor das mudanças do século XX¹¹⁸. O atual estágio do Direito Processual Civil é de grande impregnação de princípios constitucionais em suas normas, de modo que os já conhecidos princípios processuais ganham contornos de garantias, como bem denota a primeira parte do novo Código (Lei nº 13.105/2015), em que são instituídas pela primeira vez as normas fundamentais de processo civil¹¹⁹.

A segunda metade do século XX é marcada pela constitucionalização do processo¹²⁰. Segundo Greco, “a constitucionalização e internacionalização dos direitos fundamentais revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental”¹²¹. Branco assevera que a constitucionalização dos direitos fundamentais pode ser oposta mesmo ao poder constituinte derivado¹²², vinculando todos os Poderes Públicos dotados de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º CR). Oliveira ressalta que, além dos legisladores e juízes, tais normas vinculam as atividades das partes nos processo¹²³.

¹¹⁸ “Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identifica-la na denominada constitucionalização do processo. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção de devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão, nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do devido processo constitucional”(PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade e Devido Processo, Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I., nº1, abril de 2001, Salvador, p. 05).

¹¹⁹ CPC, 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.”

¹²⁰ Na lição de J. J. Calmon de Passos: “Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identifica-la na denominada constitucionalização do processo.” (Instrumentalidade e Devido Processo. Revista Diálogo Jurídico, v. 1, nº1, 2001, p. 5).

¹²¹ Para Leonardo Greco, “Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito”.

¹²² Na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 126: “Essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz consequências de evidente relevo. As normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição.”

¹²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS*, v. 2, n. 4, 2014. p. 5 lecionou sobre essa característica : “a normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão”.

O atual estágio do direito processual revela um ordenamento jurídico que reflete a sociedade globalizada, surgindo tentativas de confecção de códigos-modelos e princípios comuns aos diferentes sistemas nacionais para a universalização da jurisdição para na proteção das relações privadas internacionalizadas e fomentando o Direito Processual Transnacional¹²⁴. A idéia de um direito processual comum aos diferentes países faz surgir os princípios fundamentais processuais como fontes supralegislativas, influenciando o direito processual das nações¹²⁵.

O contexto da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 foi fértil para a promoção do processo justo¹²⁶ pela via das normas fundamentais processuais; dentre estas o estímulo aos métodos consensuais e inserção de novos institutos para a ampliação do acesso à justiça. O artigo 1º do código se reporta às normas fundamentais da Constituição da República, que são os princípios fundamentais contidos no Título I da Carta (arts. 1º a 4º), porém o conceito flerta com os direitos e garantias fundamentais do Título II (artigos 5º a 17), onde se encontram os princípios processuais constitucionais consistentes em direitos ou garantias processuais e remédios constitucionais.

As normas fundamentais do processo civil distinguem-se das demais normas processuais civis (Livro I, Título único, Capítulo I da Parte Geral), e inauguram esta tipologia no direito processual brasileiro. “Normas” é o termo utilizado para designar tanto princípios (que apresentam valores) quanto regras (que apresentam situações e consequências); e o adjetivo “fundamentais” remete inicialmente aos princípios que sabemos assim designados, os princípios fundamentais processuais idealizados por Guinaud. As normas fundamentais processuais veiculam regras ou princípios fundamentais processuais, os quais se encontram nessa área de confluência entre o

¹²⁴ Flávia Hill identifica “o atual estágio evolutivo do Direito, que vimos de apresentar, consubstancia-se em um dos dois sólidos pilares que fundamentam a noção do Direito Processual Civil Transnacional como resposta adequada à garantia do acesso à justiça em prol da sociedade contemporânea.” Op. cit., p. 22-23.

¹²⁵ Serge Guinaud conduz a concepção dos princípios fundamentais processuais. *Droit Processuel. Droits fondamentaux du process.* 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 47, seguida pela produção do *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, em conjunto por juristas da American Law Institute – ALI e da UNIDROIT, disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>, acesso em: 15 dez 2019.

¹²⁶ São os critérios da teoria da decisão justa propostas pelo processualista italiano Michele Taruffo: “I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) *correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso*; b) *accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso*; c) *impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione*”. Idee per una teoria della decisione giusta, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v.51, n.2,1997. p. 319.

direito constitucional e o direito processual. Para Pinho a referência expressa a valores e princípios da constituição importa na adoção da teoria do direito processual constitucional¹²⁷.

O acesso à justiça, antes concebido para viabilizar a entrada na máquina judiciária, evoluiu para propiciar ao jurisdicionado o processo justo¹²⁸. O passaporte para cumprir este objetivo consiste na observância das garantias processuais – ao lado da valoração das provas pelo juiz, e da aplicação da lei -, para elevar o grau de justiça da decisão proferida pelo juiz¹²⁹e, portanto, cumprindo à garantia constitucional do acesso à justiça – pelas cláusulas dos incisos XXXV e LIV do artigo 5º da CF.

A garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) é reproduzido no artigo 3º do CPC, que vem a ser a sede das normas fundamentais da promoção (§2º) e estímulo (§3º) da solução consensual dos conflitos. O acesso à justiça e os métodos consensuais são portanto associados em suas concepções. Violar normas fundamentais processuais significa enfraquecer princípios e garantias estabelecidos pela Constituição da República.

1.2.1.1 Métodos consensuais como dever do Estado

¹²⁷ Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Ao dizer que o Código será disciplinado de acordo com os valores e princípios, o legislador está adotando, expressamente, a teoria do direito processual constitucional”. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de código de processo civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. *REDP*. v.6, n.6, 2010. p. 51.

¹²⁸ Leonardo Greco assim lecionou sobre a garantia do acesso à justiça (Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 65): “Segundo Javier Barnes Vazquez, a garantia da tutela jurisdicional efetiva não é mais do que a consequência necessária da própria noção de Estado de Direito e da proscrição da auto-tutela. A consagração desse direito em face do poder público é freqüentemente apontada como a forma mais genuína e importante desse direito. A garantia do acesso à Justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas abrange também o direito de defesa, ou seja, o direito de ser ouvido e de influir na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual foi ela desencadeada”.

¹²⁹ Michele Taruffo (op. cit., p. 320) rejeita tanto a idealização de uma decisão judicial perfeita, quanto o pessimismo de não obtê-la, e assim leciona sobre os modos de obter uma decisão o mais justa possível: “*Infine, anche il valido impiego di un procedimento giusto e necessario, poiche e attraverso il procedimento che si forma la decisione finale, ed un « buon » procedimento e quanto occorre per preparare nel modo migliore tale decisione*”.

Enunciada a norma fundamental processual da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CPC, art. 3º, *caput*), é prevista a solução consensual de conflitos que deverá ser promovida pelo Estado sempre que possível (art. 3º §2º). Desta forma, os agentes estatais, no âmbito de suas competências, têm o dever de atuar a favor da implantação, do fomento e funcionamento dos métodos consensuais.

A adoção dos métodos consensuais debuta como princípio autônomo no sistema processual brasileiro sob a forma de norma fundamental, traçando um novo paradigma que eleva o escopo social da jurisdição: a preferência do legislador pela pacificação social ao julgamento pelo magistrado é reiterada em diversos dispositivos do código que demarca oportunidades para a tentativa de solução consensual. A preferência do legislador pela promoção da solução pacífica de conflitos atende ao fundamento da república (4º, VII da CF) constante inclusive do seu preâmbulo.

A combinação as normas fundamentais dos §§2º e 3º do artigo 3º do CPC definem os contornos do princípio da preferência da solução consensual de conflitos em juízo.

O código vincula a atividade jurisdicional, franqueada a qualquer conflito, à sua tentativa de consensualidade dentro do processo judicial ao início do procedimento comum (art. 334), com as garantias que lhe são inerentes, além dos princípios informativos da mediação e da conciliação judiciais, como será averiguado adiante.

Já os ordenamentos italiano¹³⁰ e inglês¹³¹ optaram pela mediação extraprocessual e prévia ao ajuizamento das demandas, e enfrentaram críticas por apresentarem riscos potenciais ao acesso à justiça, que tem sido rebatidas pelo reconhecimento que estes países tem recebido pela eficiência de seus sistemas.

¹³⁰ Neste cenário, a Itália promulgou o Decreto Legislativo nº 28/2010, disciplina a mediação extrajudicial ao mesmo tempo que a transforma em condição de procedimentalidade para posterior ajuizamento da causa em determinadas matérias elencadas em seu artigo 5º – e por esse motivo chamada de *mediazione obbligatoria*: “Art. 5 Condizione di procedibilità e rapporti con il processo: 1-bis. Chi intende esercitare giudizio un’azione relativa a una controversia materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall’avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito attuazione dell’articolo 128-bis del testo unico delle leggi materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.”

¹³¹ Vide nota nº 55.

A fundamentação dos métodos consensuais nestas normas fundamentais é um verdadeiro reforço para que, ao chegar em juízo, os ânimos não estejam acirrados demais, e tem a vantagem de ter o magistrado como supervisor próximo do procedimento cercado de garantias.

Os métodos consensuais passam a constituir norma processual fundamental; verdadeiros elos de ligação entre o processo e os direitos fundamentais. A previsão insere-se na garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional de modo que nenhum dos poderes poderá apartar os métodos consensuais do Poder Judiciário sem violar o acesso à justiça.

O destinatário desta norma é o Estado, abarcando o Poder Judiciário e ainda os Poderes Legislativo e Executivo. Neste ponto, não há que se recorrer a qualquer argumento “geográfico” quanto à norma localizar-se numa lei processual; se tratam de disposições que preenchem o conteúdo de direitos fundamentais processuais elencados no artigo 5º da Constituição da República. Assim, tanto o legislador ordinário quanto o julgador ou o administrador, em suas funções, devem contribuir para a solução consensual de conflitos no âmbito do Poder Judiciário e em suas competências devem coadjuvar para a obtenção da autocomposição.

Tratando-se de entes estatais como partes em juízo, estes igualmente devem ser considerados destinatários da norma fundamental processual do §3º do artigo 3º do CPC. A administração pública deve examinar com seriedade cenários de consensualidade, seja no pólo ativo ou no pólo passivo da ação.

O requisito da possibilidade para promover a solução consensual dos conflitos é qualificado pelo advérbio “sempre” para determinar ao Estado perseguir em todas as oportunidades este objetivo (artigo 3º, §2º do CPC). Significa ainda que diante das várias escolhas possíveis seja adotada pelo Estado a opção que propicie a solução consensual no Poder Judiciário.

Nestes moldes, o Conselho Nacional de Justiça, na figura do Estado-Administração, está proibido pela norma a editar resolução que restrinja a conciliação judicial além das vedações legais; o Procurador-Chefe (Estado-Parte) não poderá proibir os procuradores de propor acordos se houver economicidade na prática e interesse dos administrados no consenso; o Estado-legislador não deverá propor leis que suprimam métodos consensuais que tenham sem mostrado eficientes em juízo para os fins de pacificação social a que se propõem. Todas estas situações deverão ter em conta o critério da possibilidade, portanto desde que

não reste inviável ou inútil tentar o consenso – e, por medida lógica, desde que a atividade dos Poderes não constitua o óbice em si – as estruturas estatais devem preferir a solução consensual dos conflitos.

Logicamente soluções de impossível execução, entendidas aquelas em grau além da extrema dificuldade, não obrigam o Estado. O art. 3º, §2º do código determina a promoção das soluções consensuais, remetendo ao fomento, ao planejamento e ao estímulo, atividades anteriores à adoção e implementação das mesmas.

À medida em que a norma fundamental processual se dirige ao Estado para agir em prol dos métodos consensuais de solução de conflitos, cria-se um direito do cidadão a esta prestação estatal correspondente, e como decorrência disto a omissão da atividade pública para este fim ensejará a utilização dos meios administrativos e judiciais para sua obtenção.

1.2.1.2 Métodos consensuais e o estímulo recíproco em boa-fé

Prossegue o §3º do artigo 3º determinando aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o estímulo aos métodos consensuais, ou seja, as profissões jurídicas, em suas atuações, devem proporcionar às partes o acesso aos métodos consensuais¹³². O dever do magistrado é reiterado no artigo 139, V do CPC.

Considerando os desafios do acesso à justiça diante do alto grau de litigância no Brasil, que notadamente tem a presença de grandes litigantes, impõe-se às instituições correspondentes a adoção de comportamentos e posturas, através de regulamentos e programas, que se coadunem com a norma fundamental de forma consistente, ainda que haja margem a inovações profissionais individualizadas.

A expressão constante da parte final do dispositivo – “inclusive no processo judicial” – deixa claro que os esforços para alcançar soluções amigáveis, verdadeiro dever de cooperar, devem ser empenhados não apenas no ambiente judicial mas inclusive no administrativo, e a qualquer tempo, inclusive antes do ajuizamento do

¹³² Caberá a responsabilização de advogados públicos, defensores ou promotores nos moldes do §6º do artigo 77 do CPC, dada a abertura do *caput* quanto às hipóteses de responsabilização das partes.

feito¹³³; seja pelos patronos das partes na preparação das ações, seja pelo *parquet* na elaboração de TAC's (termos de ajustamento de condutas) em inquéritos civis sujeitos a homologação em juízo, ou pela defensoria pública na tentativas de solução administrativa antes de decidir pelo ajuizamento.

Esta postura alinha-se com o princípio cooperativo constante do artigo 6º, pois a sentença homologatória de transação judicial equivale à decisão de mérito, justa e efetiva almejada. Para tanto, é desejável que os representantes de partes opostas, tanto quanto conciliadores e mediadores obtenham treinamento em técnicas de negociação e comunicação desenvolvidas para se tornarem capazes de mutuamente gerar uma espiral construtiva de atitudes e percepções¹³⁴.

Juízes, promotores e defensores públicos devem cooperar para tornar possível o estabelecimento de uma rotina viável de audiências consensuais para os jurisdicionados, e nisso devem cooperar entre si. O *case management* imprescinde da colaboração pela participação dos demais atores do processo obrigados ao estímulo dos métodos consensuais.

Aplica-se a norma fundamental processual da boa-fé (art. 5º) a esta atividade de cooperação tanto para estimulá-la como para limitá-la; o processo não pode ser utilizado em prejuízo a outra parte ou terceiros, da legalidade ou da ordem pública como nas hipóteses descritas no artigo 80 do Código. A boa-fé determina que na negociação das condições do acordo e na sua execução as partes e mediadores atuem com ética e retidão. A boa-fé no processo é objetiva e, para Mendes e Silva, comporta três funções¹³⁵: “a) cânon interpretativo/integrativo; b) norma de criação de deveres jurídicos; c) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”.

Almeida, Pantoja e Andrade¹³⁶ entendem que no caso da mediação “este impertativo ético impõe deveres de conduta, como o de respeitar o outro mediando e

¹³³ Conforme previstas na Resolução CNJ 125/2010, art. 8º §1º: “As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º)” (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

¹³⁴ Tais técnicas são difundidas no Manual de Mediação do CNJ.

¹³⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: breves reflexões. *REDP*, v.17, n. 2, 2016. p. 47.

¹³⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. In: *O Marco Legal da Mediação no Brasil*. HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). São Paulo: Atlas, 2016. Cap. 2, p. 64.

o de agir de modo colaborativo, os quais repercutem tanto no tratamento pessoal quanto na abordagem do conflito.”

Alterar a verdade para obter acordo ou mediante o acordo (art.80, II), utilizar o acordo para conseguir objetivo ilegal (III) são fatos que poderão ser invocados para desconstituir o acordo e são passíveis de serem conhecidas pelo conciliador ou mediador para suspender a sessão, ou pelo juiz na oportunidade da homologação. Ser a única parte a requerer audiência de conciliação e nela se recusar ao procedimento sem apontar causa configura incidente manifestamente infundado (VI) ou ato temerário pelo não exercício tempestivo da manifestação de desinteresse (V). O comparecimento à sessão autocompositiva antes solicitada sem qualquer interesse no consenso, se motivado pelo acesso antecipado da parte a informações – ainda que resguardadas de terceiros pela regra da confidencialidade - , configura a ofensa à boa-fé processual.

Manifestar interesse na sessão autocompositiva e não comparecer sem justificativa é ato que fere a boa-fé processual e encontra previsão no artigo 334, §8º do CPC. Não obstante haja ofensa à duração razoável do processo, a atuação errática infringe primordialmente a norma fundamental processual do artigo 5º do CPC, aplicando-se tanto a particulares quanto à administração pública em juízo. O direito de regresso da administração pública em face de seus advogados encontra o limite estipulado no artigo 184 do CPC, pertinente à atuação com dolo ou fraude.

1.2.1.3 Métodos Consensuais e os princípios dispositivo e cooperativo

O impulso inicial é a maior expressão do princípio dispositivo (art. 2º), que excepciona o impulso oficial para temperar o gerenciamento do processo pelo magistrado. Conforme averiguado o princípio cooperativo se impõe a todos os sujeitos do processo e, portanto, há uma segunda flexibilização do impulso oficial.

Comoglio destaca que nenhuma norma explícita da lei italiana insere entre as funções primárias e essenciais da jurisdição, aquela de conciliar as partes¹³⁷, sendo este ato processual compreendido no princípio dispositivo, conquanto o papel do juiz

¹³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*, v. 151, p. 80, 2007.

nesta seara, bem como de todos os sujeitos envolvidos no processo, devesse se fundar na probidade processual em prol do justo processo¹³⁸. Castro Filho situa a atividade em prol do consenso do juiz no princípio inquisitivo, embora enquadre o consenso pelas partes como emanção do dispositivo¹³⁹. Moreira via a possibilidade de autocomposição do litígio como uma das manifestações do princípio dispositivo¹⁴⁰; a exigir que fosse franqueado um espaço para o diálogo sob a orientação de conciliadores ou mediadores treinados, sem o que restaria totalmente inócua esta vontade das partes.

O ato inicial de ajuizamento do feito não comporta a concordância do futuro réu e, da mesma forma, faz parte do impulso inicial a opção pelo autor quanto aos métodos consensuais, incluídas as providências processuais pertinentes – é o significado do artigo 334 do CPC. Diante da conciliação e mediação, a cooperação entre os sujeitos do processo é regada na forma do artigo 334 do Código de Processo Civil, que institui a sessão de mediação ou conciliação ao início do procedimento comum. A partir da adesão do autor da ação na petição inicial o juiz designará a audiência, e o réu deverá comparecer, ainda que contra sua vontade, em prol do caráter colaborativo do processo; enquanto a dispensa da mesma pelo autor tornará necessária a vontade do réu, manifestada sob o princípio dispositivo, para sua ocorrência.

A doutrina historicamente identifica o princípio dispositivo na realização (material) do acordo, a novidade é o CPC ter delegado às partes alguma decisão a respeito da realização de ato processual – a sessão autocompositiva. A manifestação em prol da utilização da conciliação ou mediação permite a instauração de audiência autocompositiva desde que requerida por apenas uma das partes, não devendo causar estranheza assim como aceitar ou propor um acordo são ações compreendidas no princípio dispositivo.

A norma fundamental processual do artigo 6º do CPC relaciona a cooperação à solução célere do processo, enquanto o estímulo aos métodos consensuais, igualmente norma fundamental, por vezes trará a duração razoável para a melhor

¹³⁸ Op. cit., p. 82.

¹³⁹ “Os poderes conciliatórios do juiz defluem do princípio inquisitivo, mas como, para haver conciliação, evidentemente, há necessidade de ajuste de vontade entre as partes, o consenso, não obstante seja obtido por provocação do juiz, que atua como mediador, surge como emanção do princípio dispositivo.” Os Poderes Conciliatórios do Juiz, *BDjur*, p. 02.

¹⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53. 8ª série

solução. Conforme Sá assevera, o princípio da cooperação deve abranger a disponibilização, pelo magistrado, dos métodos consensuais às partes¹⁴¹.

Assim, o protagonismo do autor se dá no momento da opção à adesão ao método consensual, onde vigora a dimensão substancial da dispositividade identificada por Didier Jr. com relação ao impulso inicial, no sentido de que não deve caber, neste momento, qualquer questionamento a respeito de seus motivos.

A experiência de submeter o autor à vontade do réu quando este for a única parte interessada na audiência autocompositiva pode ser entendida sob o princípio dispositivo igualmente, seja por medida de isonomia quanto à oportunidade dada ao autor, seja diante dos estímulos recíprocos aos métodos consensuais determinados pelo artigo 3º, §3º do CPC, ou ainda, o que parece ser a resposta mais consectânea com o atual momento processual, com o caráter cooperativo do processo civil.

A parte que dispensa a sessão autocompositiva não viola a boa-fé, e não age em desacordo com o princípio cooperativo, está agindo conforme o *case management* legalmente delineado. A disponibilidade quanto ao ajuizamento da ação, e quanto ao conteúdo versado na inicial, se assemelha à disponibilidade da sentença adjudicada, em prol de um procedimento conduzido pelo mediador. A manifestação de vontade a favor ou contra a realização da audiência autocompositiva é expressão do princípio dispositivo.

A autonomia da vontade das partes tomada em conjunto pode dispensar a audiência (art. 334, §4º, I) ou modificar sua data, o seu formato (presencial ou eletrônico conforme o §7º do dispositivo) se ambas se manifestarem no mesmo sentido em verdadeiro negócio jurídico processual (arts. 190 do CPC). Juntos ao magistrado em audiência para este fim, ou através de requerimento, podem estabelecer o calendário processual do artigo 191 do CPC. Tratam-se de expressões da comunidade do processo, visto que o procedimento será moldado conforme as vontades combinadas dos atores processuais.

Todos os deveres atribuídos ao magistrado – bem como às partes - têm por finalidade valorizar a atividade dialética em detrimento do caráter impositivo da decisão unilateralmente tomada; a vontade das partes ocupa maior espaço no procedimento para além do impulso inicial. O processo cooperativo afasta o caráter

¹⁴¹ Conforme exemplifica, “abstendo-se de impor óbices ilegítimos à homologação dos negócios jurídicos processuais” Op. cit., p. 59.

adversarial do processo dispositivo antes dominante mediante a instituição da comunidade de trabalho do processo, tornando-se eminentemente participativo.

Inexiste um sistema inteiramente inquisitivo, adversarial¹⁴² ou cooperativo, e continuarão a existir atos privativos das partes – como a definição do pedido inicial, a decisão de interpor recurso da sentença – ao lado de outros sujeitos ao impulso oficial – como a determinação de pagamento de custas -, convivendo com atos produzidos mediante a colaboração de diversos sujeitos do processo. Ainda assim, pode-se estabelecer um quadro quanto à predominância de determinada característica sobre alguns atos processuais¹⁴³: temos o princípio inquisitivo - onde não há nenhum; o princípio dispositivo – total das partes, no ajuizamento da demanda e por exceção em alguns atos processuais; e o princípio cooperativo – compartilhado entre partes com os demais sujeitos do processo e o juiz na generalidade dos atos processuais, excepcionados os atos privativos.

O que se refere aqui é que a atividade de cooperação aumenta o caráter privado do processo na medida em que as partes compartilham da realização e planejamento do *iter*, o que antes era exclusivamente realização do magistrado através do impulso oficial. Os novos deveres dos juízes não apresentam viés publicista, pois o centro de gravidade do procedimento desloca-se para um ponto equidistante entre todos os sujeitos do processo. Pode-se dizer que foi criado o impulso compartilhado, característico do processo participativo, restando ao impulso oficial as providências a serem tomadas *inaudita altera pars* ou atos processuais tidos por indispensáveis¹⁴⁴.

O magistrado, nestes tempos de participação, e nos limites mínimos do *case management*, tem o dever de dar oportunidade às partes para se manifestarem sobre a conveniência dos métodos consensuais para solucionar o conflito, sendo a

¹⁴² “Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da dispositividade ou da inquisitorialidade que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo.” DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, *Revista de Processo*, v. 36, n.198, 2011. p. 216.

¹⁴³ Op. Cit, p.4:” Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.”.

¹⁴⁴ Exemplificamos com a tutela provisória de urgência ou evidência (art. 294, p. único); como a audiência de conciliação nas questões familiares (art. 695), cuja supressão descaracterizaria por completo o procedimento.

resposta positiva de apenas uma delas suficiente à designação de audiência não-adversarial. A determinação do comparecimento da única parte resistente à prática, na forma do artigo 334 do CPC, revela a dimensão processual da cooperatividade.

A designação de sessão autocompositiva, nestes termos, prescinde de prévia consulta às partes, seja no início do procedimento ou posteriormente, dado que cabe ao juiz e aos atores do processo buscar a consensualidade a qualquer tempo no processo, sendo dado ao magistrado atuar com base no impulso oficial.

Tratando-se de mediação judicial, a realização da sessão autocompositiva designada pelo juiz e realizada por ele ou pelo mediador preencherá o dever de esclarecimento do processo colaborativo, pois o princípio da decisão informada impõe que sejam esclarecidos todos os aspectos da demanda e sobre o eventual acordo.

Quanto à eficiência da audiência em si, no tocante ao seu caráter técnico, experiências estrangeiras demonstraram o fracasso das tratativas, ainda que iniciais, conduzidas pelo juiz¹⁴⁵ sem treinamento ou planejamento¹⁴⁶, por mera formalidade. Conforme Moreira assevera, o princípio dispositivo quanto à consensualidade não dispensa a eficiência do procedimento. O CPC de 2015 recomenda que esta audiência seja conduzida pelo magistrado somente quando ausentes conciliadores e mediadores (art. 334, §1º). Entretanto, sequer bastará assegurar a intervenção de um terceiro imparcial, dotado de mandato legal para a função de estimular um acordo¹⁴⁷, se o mesmo não for capacitado, conforme aliás exigido pelo artigo 167, §1º do CPC.

¹⁴⁵ Michelle Taruffo sobre a atividade conciliatória do juiz no início do processo: *“Questi strumenti hanno tuttavia un esito incerto e discontinuo. .particolare, l’esperienza di alcuni ordinamenti è nel senso che il tentativo di conciliazione effettuato dal giudice, di solito nella fase iniziale del procedimento, porti raramente ad risultati positivi.” Un’alternativa Alle Alternative: Modelli Di Risoluzione Dei Conflitti*. Argumenta Journal Law, n. 7, 2013. p. 268.

¹⁴⁶ “Paciência e habilidade, eis o binômio estrutural à consecução de acordos. O juiz deve ter paciência para falar e ouvir as partes, em separado e conjuntamente. E habilidade para, individualmente, alertar autor e réu sobre os riscos do insucesso, caso tenha que decidir a demanda. Deve fazê-lo com habilidade e cuidado especiais, para evitar suspeitas de parcialidade.” CASTRO FILHO, Sebastião De Oliveira. Poderes conciliatórios do Juiz. *BDJur*, p. 05. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18908>. Acesso em 30 jul 2019.

¹⁴⁷ Sobre o tema, Leonardo Greco (Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In MITIDIERO, D.; AMARAL, G.R. (coords.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, Atlas, 2012, p. 17): “É preciso anteceder-las de programas adequados de formação de mediadores ou conciliadores qualificados e que despertem a confiança dos litigantes. Esses mediadores precisam ser pessoas reconhecidamente idôneas, que se imponham ao respeito das partes e que, tendo participado de um programa bem estruturado de formação de negociadores, façam uso das técnicas dessa especialidade de modo a captar a confiança das partes e da sociedade e a obter resultados que efetivamente satisfaçam aos que os procuram.”

O princípio cooperativo pode ser lido aqui novamente, pela imposição de deveres ao magistrado e a mediadores, representantes do Estado como designado no artigo 3º, §2º do CPC, no sentido de disponibilizar a melhor oportunidade – audiência de instrução ou sessão autocompositiva – e a melhor técnica para a solução consensual. De outra sorte, o princípio dispositivo coloca à disposição das partes os instrumentos processuais necessários para que reclame a realização de uma sessão autocompositiva sob boas condições. Entender de forma diversa significa negar o caráter dispositivo da consensualidade às partes, remetendo a realização do ato unicamente ao impulso oficial.

Wolkart identifica na autocomposição um dos principais comportamentos cooperativos¹⁴⁸. O desenvolvimento dos métodos consensuais certamente dependerá da atuação cooperativa de partes, advogados, conciliadores, mediadores e juízes na utilização do instrumental colocado à disposição no diploma processual civil.

A servir como pano de fundo à atividade da mediação para a obtenção da colaboração entre as partes tem-se a teoria do conflito, segundo a qual as atitudes das partes geram espirais: o que é um círculo vicioso nas espirais destrutivas, torna-se um círculo virtuoso nas espirais construtivas, quando o agir colaborativo de cada parte enseja uma colaboração consecutiva da outra.

Deutsch¹⁴⁹ desenvolveu a teoria dos processos construtivos e destrutivos, identificando nos primeiros uma melhor comunicação entre os envolvidos e a catalisação positiva entre suas ações, gerando maior economia na solução e o fortalecimento da relação social dos envolvidos. Nestes moldes, todas as técnicas da mediação se direcionam a um fluxo permanente e harmônico de informações.

Os indivíduos, na busca de seus interesses, adotarão um agir estratégico. Assim, tomarão suas decisões baseadas em alguma racionalidade: nas suas probabilidades de sucesso, aproveitando-se de suas vantagens e ultrapassando desvantagens. Ao mediador cabe iniciar o processo de colaboração mútua facilitando o diálogo e a troca de informações através de técnicas de negociação que as afastem de posicionamentos irredutíveis mediante a percepção da similitude de valores com vistas a enfrentar de forma objetiva o problema.

¹⁴⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 106.

¹⁴⁹ DEUTSCH, M. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven, CT: Yale University Press, 1973. p. 351.

A construção do consenso, portanto, revela-se bem mais complexa que a simples formação de negócio jurídico, no âmbito do processo judicial, animado por duas partes no uso de seus poderes dispositivos; a mediação alcançada através da negociação somente é possível diante da cooperação entre os indivíduos, que reagem sucessivamente às manobras de seus adversários neste mesmo sentido.

Hodiernamente, portanto, os métodos consensuais de solução de conflitos encontram no processo eminentemente colaborativo o ambiente ético e profícuo para a pacificação social através do Poder Judiciário, e compreendem a manifestação das partes em prol de uma oportunidade de consenso como inserta no princípio cooperativo.

1.2.1.4 Métodos Consensuais, duração razoável do processo e celeridade

A duração razoável do processo consiste no grande dilema da administração da justiça tornando-se portanto norma fundamental processual no artigo 4º do Código de Processo Civil. O princípio evoluiu do conceito de celeridade, abrandando a tensão que o mero desejo de encurtamento temporal exercia sobre as demais garantias processuais; assim a duração razoável do processo concebe a relativização das medidas aceleradoras em prol dos demais princípios fundamentais processuais. Neste ponto o diploma processual civil responde à influência da internacionalização dos institutos, reportando a dosimetria da duração até a atividade satisfativa¹⁵⁰.

O objetivo de imprimir maior rapidez aos processos impulsionou os métodos consensuais, afinal a negociação favorece desde a formulação de uma solução para o conflito até a atividade satisfativa final. Inicialmente, a autocomposição é

¹⁵⁰ Neste ponto o legislador observa a tendência internacional, retratada na obra de Flávia Hill, Camila Bem e Flávio Campista (HILL, Flávia; BEM, Camila; CAMPISTA, Flávio. A duração razoável do processo e os parâmetros jurisprudenciais dos tribunais internacionais de direitos humanos. Revista Brasileira de Direito Processual. v. 25, n.99, 2017. p. 132): “A Corte Interamericana de Direitos Humanos não destoa da orientação da Convenção Americana de Direitos Humanos, e observa que ‘prazo razoável’ de acordo com o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser apreciado em relação à duração total do procedimento até a condenação definitiva, conforme decidido no caso Suárez Rosero Vs. Equador, mais o tempo que se prolongar a etapa de execução da sentença, conforme ficou estabelecido no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil”.

analisada pelas partes como forma de abreviação do processamento do feito e, por consequência, antecipação de uma solução para o conflito e economia de custos, sejam estes gerados pela própria demanda em sua duração, sejam aqueles resultantes da própria privação do bem de vida buscado em juízo. Firmado o acordo e nele incluídas as condições de tempo e modo que foram convencionadas pelas próprias partes, este apresenta uma segunda vantagem além do encurtamento do procedimento, consistente nas maiores chances de ser espontaneamente cumprido.

A duração do processo a ser medida para fins de atendimento ao princípio abrange o tempo de cumprimento do acordo homologado judicialmente assim como o tempo de processamento do feito além da sentença de mérito para o efetivo cumprimento da decisão. Objetivamente considerada a duração razoável do tempo em seu aspecto de celeridade processual – quantos dias, meses, anos que dura -, a solução mais rápida constitui um fator importante a ensejar a adesão das partes ao consenso, resultando em uma associação entre as normas fundamentais contidas no artigo 4º e 3º, §2º do CPC.

Moreira¹⁵¹ levantou questão relevante sobre a audiência preliminar do artigo 331 do antigo CPC/1973 ao criticar a valorização extrema da norma como solução ao problema da duração razoável do processo identificou o que chamou de “faca de dois gumes”, pois os processos que não alcançassem consenso inevitavelmente teriam um atraso no seu trâmite processual.

Outras hipóteses revelam o divórcio entre o desejo de celeridade e a promoção do consenso, o que ocorre se forem necessárias mais audiências além da primeira realizada, ou se a designação de audiências preliminares e posteriores depender de um agendamento a perder de vista.

Os princípios concentram valores, e a medida de suas incidências se faz em convivência com os demais princípios. Disso implica que os métodos consensuais, conquanto tenham-se tornado norma fundamental do processo civil não constituem um objetivo *per se* e encontram limites no conteúdo axiológico das demais normas

¹⁵¹ Vide o artigo *O futuro da Justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8, 8ª série : “A tentativa obrigatória de conciliação, tal como regulada no art. 331, é uma faca de dois gumes: quando se obtém o acordo das partes, encurta-se notavelmente o itinerário do feito; quando não, ele ao contrário se estica mais do que se se omitisse a audiência a isso destinada, sem que os ganhos laterais superem o inconveniente da procrastinação. Pois bem: qual o percentual de tentativas frutíferas? Superará ele notavelmente o das infrutíferas? E mais: em que matérias tem sido mais fácil promover o acordo? Quais os principais óbices à respectiva consumação?”

fundamentais, e vice-versa¹⁵². Nestes exemplos o magistrado deverá observar o grau de adequação do método consensual para a solução do caso, o que representa a base da promoção dos métodos consensuais contida no artigo 3º, §3º do CPC; ou deixar de realizar a primeira ou demais sessões consensuais com base na garantia da duração razoável do processo principalmente se a postergação de uma solução representar um tempo excessivo, ou custos exorbitantes, ainda que haja grandes chances de acordo.

Os objetivos de pacificação social e a adequação podem sobrepujar a celeridade em oportunidades como a prevista no §2º do artigo 334 do CPC, que permite a realização de tantas audiências consensuais quanto necessárias em um tratamento adequado do conflito. A celeridade não constitui uma norma fundamental, apenas um componente indicativo da duração razoável do processo, é preciso vislumbrar, além da relação de adequação que compõe o juízo de razoabilidade como a concepção multiportas, a necessidade e proporcionalidade entre o tempo, o método de resolução e o conflito.

Outra norma fundamental a corroborar a celeridade para os métodos consensuais consta na exceção à ordem cronológica das decisões quanto às homologações de acordos (art. 12, §2º, I).

1.2.1.5 Métodos consensuais, contraditório e isonomia

Grinover, ao dispor sobre o fundamento político da conciliação, explicitou dois aspectos do princípio participativo; o primeiro, consistente na intervenção na hora da decisão; o segundo, atinente ao controle sobre o exercício do poder¹⁵³. A

¹⁵² Robert Alexy expõe que a colisão entre os princípios não os invalida, e exemplificou a respeito de um condenado que deveria comparecer a audiência sob o risco de sofrer um derrame cerebral, e assim sentenciou sobre os princípios envolvidos (*Teoria dos direitos fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-96): “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.”

¹⁵³ Grinover, Ada Pellegrini. Fundamentos da conciliação, p. 05: “Mas o princípio manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a co-gestão, a realização dos serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como a caracterizar graus mais ou menos intensos de participação.”

construção da solução de forma consensual é a medida da intervenção máxima permitida às partes em juízo.

A participação nos métodos consensuais se faz presente na atividade do conciliador em juízo ou, ainda, a oitiva das partes, de interessados, ou mesmo de vários setores da sociedade quanto à decisão – consensual – a ser construída.

A atual leitura do contraditório participativo, considerado como a concretização do princípio da participação democrática no processo, encontra total pertinência nos mecanismos consensuais, eis que a garantia compreende o direito de ser ouvido e apresentar documentos em um ambiente ético e imparcial, o que resultará em uma decisão de mérito produzida sob o pálio do Poder Judiciário.

Oliveira¹⁵⁴ aduz ser a participação no processo “uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental” e portanto “deve ser qualificada substancialmente.”

O contraditório e a ampla defesa instituídos no artigo 5º, LV da Constituição da República encontram correspondência nos artigos 7º e 9º do CPC, que contém algumas nuances de princípios correlatos como da igualdade, e específicos, como a não-surpresa. A diferença dos efeitos desta participação com relação ao processo adversarial é que a sessão de conciliação ou mediação poderá propiciar a produção imediata de decisão; apenas não será elaborada pelo juiz, mas por ambas as partes.

Algumas consequências decorrem da garantia; o exercício da administração da sessão pelo próprio conciliador ou mediador, e não pelo juiz, ressaltando o seu caráter democrático. Ressalvadas as exceções legais, o cidadão detentor do direito de ação terá o direito de exigir a realização da audiência instituída no artigo 334 do CPC, pois dela decorre a oportunização aos litigantes de espaço para a participação na construção da decisão¹⁵⁵.

A audiência bilateral exige a eficaz intimação para a participação das partes, e todas terão o direito de ter a palavra e relatar sua versão dos fatos, observando a do outro; de apresentar documentos – advertidos, claro, das características da confidencialidade; de fazer propostas e contrapropostas; de exigir a presença de

¹⁵⁴ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (C. A. A. de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v. 2, n. 4, 2014, p. 8.).

¹⁵⁵ Obviamente tal reivindicação haverá de ser confrontada com as demais normas do código, incluídas as demais garantias fundamentais, como a duração razoável do processo, como acima explicitamos.

terceiros não constantes da relação processual, mas que de alguma forma sejam afetados pelo possível acordo ou que sejam responsáveis pelo seu cumprimento¹⁵⁶.

Afinal, se o contraditório participativo¹⁵⁷ é uma expressão do princípio constitucional democrático no processo civil, devem ser afastados quaisquer impedimentos a que as partes possam utilizar do processo judicial para produzir a solução de seus próprios conflitos. Ainda que no campo civilístico a questão seja solucionada à luz da admissibilidade de autocomposição e da autonomia da vontade, ainda que estes sejam indisponíveis, esta possibilidade não será concretizada se não houver na seara processual a oportunidade para a conciliação.

A isonomia entre as partes se endereça ao tratamento dispensado às mesmas, que devem ter acesso aos mesmos instrumentos no procedimento consensual. Existem métodos de mediação que exigem a atividade do terceiro facilitador no sentido de reestabelecer o desequilíbrio preexistente entre as partes¹⁵⁸, dando efetividade ao princípio.

Há ofensa inicial à paridade de tratamento e, em última análise, ao contraditório participativo, se o órgão jurisdicional substituir a audiência do artigo 334 do CPC por alguma iniciativa de negociação direta exterior ao processo, suspendendo o seu andamento; nesta hipótese as tratativas se desenvolverão em ambiente proporcionado por uma das partes, que obviamente desfrutará de melhor conforto da situação em flagrante prejuízo à igualdade¹⁵⁹. Aqui é ainda aplicável a

¹⁵⁶ “O contraditório participativo pressupõe que todos os contrainteressados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; QUEIROZ, Pedro Gomes de. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. *RJLB*, n. 5, 2017. p. 859-860.

¹⁵⁷ Leonardo Greco, “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. *Os princípios da Constituição de 1988* coletânea organizada por Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, 2. ed., *Lumen Juris*, 2006, p.369-340: “2. *Contraditório participativo*. Talvez a mais importante dessas garantias, porque ela própria engloba diversas outras, é a garantia do contraditório, consagrada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Contraditório como implementação no processo judicial do princípio político da participação democrática ou da chamada *democracia participativa*. Contraditório como a garantia que assegura aos sujeitos parciais do processo a mais ampla possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente o provimento jurisdicional final, submetendo à cognição do juiz todas as alegações e provas que possam contribuir para essa influência. Contraditório como influência com paridade de armas.”

¹⁵⁸ TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação, o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. v.6 p. 95, Coleção MASC: “De fato, como a relação de poder é dinâmica, cabe ao conciliador estar atento aos diversos rumos que essa relação pode tomar durante o processo conciliatório”.

¹⁵⁹ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição Sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58: “É possível afirmar que o contraditório é indissociável do princípio da

norma fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional, esta entendida de uma forma ampla, sob o viés multiportas¹⁶⁰.

Por último, o contraditório participativo exige que o acordo que apresente conformidade com a lei e a ordem pública deva ser homologado pelo juiz imparcial e competente para o julgamento do feito ou designado coordenador de Centro Judiciário¹⁶¹. Certamente o contraditório será amplo acaso identificadas as exceções à confidencialidade constantes do artigo 30§§ 3º e 4º da Lei nº 13.140/2015, que vemos a seguir.

1.2.1.6 Métodos consensuais e publicidade processual

A publicidade dos julgamentos (art. 11) é pertinente às audiências conduzidas pelo magistrado com este fim, representando uma garantia aos demais direitos fundamentais pela sindicabilidade instantânea do ato realizado nestas condições.

São bem diversas das sessões autocompositivas, conduzidas por mediadores, que visam o estabelecimento de uma livre comunicação entre as partes com vistas a uma negociação entre seus interesses. Nestas, não há produção de provas, o procedimento é flexível e o mediador não possui autoridade de emitir decisões além das apropriadas à condução do consenso. Cessam, portanto, as razões de fiscalização do ato pelo público.

Neste sentido, apenas audiências de conciliação conduzidas por magistrado as quais, pela realização de instrução probatória possam culminar em julgamento atrairão a publicidade. A presença do magistrado em pautas concentradas de

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

¹⁶⁰ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n. 52, 2008. p. 76): “a mediação e a conciliação, como visto, se inserem no plano da política judiciária e podem ser enquadradas numa acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica.”

¹⁶¹ Nos termos do artigo 9º da Resolução CNJ 125/2010: “Art. 9º Os Centros contarão com 1 (um) juiz coordenador e, se necessário, com 1 (um) adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Salvo disposição diversa em regramento local, os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal serão designados pelo Presidente de cada tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução” (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

conciliação, ou realizadas nos centros judiciários não se traduzem na possibilidade de um julgamento e, portanto, dispensa a publicidade.

A norma fundamental abre a hipótese de segredo de justiça (art. 11, parágrafo único), reservando os atos judiciais à presença apenas das partes, seus advogados, defensores públicos ou ministério público. A publicidade processual disciplinada pelo artigo 189 é excepcionada nas hipóteses que prevê: processos que ensejam interesse público ou social (inciso I); em matérias pertinentes a direito familiar (II); em havendo dados protegidos pelo direito à intimidade (III) e que versem sobre arbitragem desde que comprovada a confidencialidade (IV).

A confidencialidade é estabelecida pelo CPC como princípio informativo para a mediação e conciliação (artigo 166 e parágrafos), bem como pela Lei de Mediação (artigo 2º, VII) para as modalidades judicial e extrajudicial de mediação. Os mediadores e conciliadores têm o dever de sigilo em virtude de suas funções (artigo 166, §2º do CPC).

Consiste a confidencialidade, *prima facie*, em uma exceção à publicidade processual inculcada de forma sistêmica e harmônica no código, assim como outras previstas no artigo 189, e as fronteiras entre os princípios serão examinadas adiante.

1.3 Princípios informativos da conciliação e mediação

A conciliação e a mediação já constavam do mapa das políticas públicas para a solução adequada de conflitos no poder judiciário, que lhe conferiu o regramento inicial, quando foram aperfeiçoadas pela legislação processual em 2015, que por sua vez instituiu princípios informativos, específicos às suas atividades. Afinal, passado o momento inicial de projetos inovadores e de experimentação, fez-se necessário regulamentar e uniformizar a utilização da mediação no judiciário através de regras e princípios.

O CPC de 1973 limitava-se a recomendar a conciliação judicial ao juiz, e esta atividade encontrava regramento suficiente nas regras atinentes à dispositividade do ato, ou à imparcialidade do magistrado. O surgimento de novos auxiliares da justiça – os mediadores e conciliadores – exigia uma regulamentação de suas atividades. O CPC e a Lei de Mediação, ambos de 2015, preenchem a lacuna de normas para

os métodos consensuais no Brasil, não sem refletir teorias e princípios adotados em sistemas estrangeiros.

O direito processual nacional ganha uma nova categoria de normas, as chamadas normas fundamentais processuais, reportando o processo aos direitos fundamentais constitucionais. Neste panorama, os métodos consensuais aderem a novos princípios, denominados informativos, que serão analisados a seguir, abrigoando institutos novos e outros aplicáveis a setores do direito diversos.

1.3.1 Desenvolvimento dos institutos processuais

Historicamente, a conciliação judicial consistia na função do magistrado, ou do juiz de paz, em tentar harmonizar os interesses das partes no curso do processo¹⁶². A mediação, a seu turno, iniciou-se no Brasil como atividade particular especialmente ligada ao ambiente de negócios e, à falta de regulamentação legal, baseada em práticas estrangeiras. Destas origens surgiu a classificação inicialmente desenhada pela doutrina, sem qualquer caráter ontológico, segundo a qual a atividade consensual exercida no âmbito do Poder Judiciário se caracterizaria como conciliação, e enquanto praticada de forma extrajudicial consistiria em mediação.

O Movimento pela Conciliação capitaneado pelo CNJ em 2006 foi o catalisador de iniciativas pioneiras reconhecidas como preexistentes quando da edição da Resolução CNJ 125/2010, a primeira disciplina minuciosa quanto ao modo de atuar dos métodos consensuais. O desenvolvimento da mediação no Poder Judiciário como prática distinta da conciliação decorreu de projetos que buscavam aplicar técnicas diferenciadas em processos com temas sensíveis, como os atinentes ao direito familiar.

A promoção da solução consensual e o estímulo à conciliação e à mediação receberam do CPC de 2015 o *status* de normas fundamentais processuais (art. 3º, §2º e 3º do CPC). O código faz uma breve diferenciação nos parágrafos do artigo

¹⁶² “A conciliação diverge da transação pelo seu caráter de ato praticado no curso do processo, mediante a iniciativa e com a intervenção do magistrado; por seu conteúdo substancial, nem sempre implicando recíprocas concessões; pelas consequências de ordem processual.” CARNEIRO, Athos Gusmão, A conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito PGE-RJ*, v. 30, 1976. p. 50.

165¹⁶³, baseada na atividade do terceiro imparcial e no tipo de conflito enfrentado¹⁶⁴. Fora isso, o diploma passa a tratar de ambas uniformemente quanto a regras¹⁶⁵ e princípios, seja na disciplina das atividades de conciliadores e mediadores judiciais¹⁶⁶, seja na normatização das audiências¹⁶⁷.

Os princípios informativos da conciliação e mediação estabelecidos pelo CPC em seu artigo 166 encontram nítida inspiração no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais contido no Anexo III da Resolução CNJ n° 125/2010¹⁶⁸ e são

¹⁶³ “§2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.” “3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que 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.” A Lei de Mediação define o instituto em conceito válido para as modalidades judicial e extrajudicial em seu artigo 1º, parágrafo único: “p.u. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

¹⁶⁴ O CPC escolheu os dois parâmetros mais utilizados pela doutrina e os conjugou, conforme a lição de Alexandre Araújo Costa. Cartografia dos Métodos de Composição de Conflitos, Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. André Gomma de Azevedo (org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v.3, p. 125: “Nessa busca, dois são os grandes critérios em torno dos quais giram as tentativas de classificação: o modo de atuação do terceiro imparcial e o tipo de conflito envolvido. Assim, os autores que se concentram no primeiro critério tendem a considerar que o mediador atua simplesmente como facilitador nas negociações, enquanto o conciliador adota uma postura mais ativa, podendo inclusive propor alternativas (...) os teóricos que se concentram no segundo critério tendem a afirmar que a mediação está ligada a conflitos mais amplos (que chamamos neste trabalho de multidimensionais ou de múltiplos vínculos), enquanto a conciliação está ligada a conflitos mais restritos (que chamamos unidimensionais ou de vínculo único). Embora essas distinções sejam aparentemente coerentes entre si, não é possível harmonizá-las.” A lição é anterior ao CPC, mas pertinente e, em que pese a redação legal ser problemática – especialmente ao adotar o critério do vínculo anterior, que poderá limitar a conciliação a responsabilidade aquiliana – a distinção não tem trazidos maiores consequências no tratamento doutrinário do tema, porém o mesmo não se pode dizer na prática de serviços judiciais originalmente e independentemente instituídos para a conciliação ou mediação.

¹⁶⁵ A maior diferença normativa entre conciliadores e mediadores é decorrente da Lei de Mediação, a qual exige para o mediador judicial apenas “graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação”, além é claro, da capacidade civil e capacitação em escola de mediadores regular, como exigido para conciliadores (artigo 167, §2º do CPC). Observa-se do artigo 9º da Lei de mediação que a formação profissional do mediador extrajudicial não necessita ser feita em escola oficial.

¹⁶⁶ Vide Seção V – dos Conciliadores e mediadores judiciais, do Capítulo III – atinente aos auxiliares da justiça, do Título IV do Livro II.

¹⁶⁷ Vide o Capítulo V – da audiência de conciliação ou de mediação, do Título I – do procedimento comum, do Livro I da parte Especial – do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença. As determinações pertinentes a sessões autocompositivas nos procedimentos especiais não procuram discriminar as técnicas, é o caso da audiência em ações de família: “Art. 695. 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. 694.”

¹⁶⁸ Os princípios que regem a atuação de conciliadores e mediadores pelo Código de Ética (art. 1º) são os seguintes: confidencialidade; decisão informada; competência; imparcialidade; independência e autonomia do mediador e conciliador; respeito à ordem pública e às leis vigentes; empoderamento das partes e validação de sentimentos.

os seguintes: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Os princípios informativos da mediação e da conciliação constituem, portanto, especificações de normas fundamentais processuais pertinentes à promoção dos métodos consensuais e do princípio fundamental da pacificação social.

A Lei 13.140/2015 constitui o marco legal da mediação no país por ter vigência anterior ao código, tratando da mediação judicial de forma bastante semelhante ao CPC. Constitui lei especial para os métodos consensuais abrangendo, além da mediação judicial, a modalidade extrajudicial e a mediação com a administração pública e, à falta de um diploma próprio para a conciliação judicial, suas normas podem ser aplicadas ao método consensual por interpretação extensiva.

Há alguns princípios estabelecidos pela lei especial (artigo 2º) idênticos aos estabelecidos pelo CPC para a mediação judicial, como a imparcialidade; a informalidade; a oralidade; a autonomia da vontade e a confidencialidade – esta disciplinada de forma mais detalhada diante do estabelecimento das exceções (artigos 30 e 31 da Lei de Mediação). Não há referência à decisão informada, porém a Lei de Mediação insere a isonomia entre as partes e a boa-fé como princípios específicos aos métodos consensuais.

Assim, há uma relação direta ente os princípios constantes da Lei de Mediação e as normas fundamentais processuais, conquanto, além de princípios coincidentes ao CPC que se reportam à promoção das soluções consensuais (artigo 3º §§2ª e 3º), a boa-fé e a isonomia entre as partes no procedimento de mediação são reflexo das normas processuais fundamentais de idêntico valor axiológico, constantes dos artigos 5º e 7º do CPC.

1.3.2 Oralidade

A oralidade é tida pela doutrina como expressão do princípio inquisitivo, por promover o contato do magistrado com a prova na busca da verdade. O sentido

original da oralidade¹⁶⁹ se reporta à forma de produção de atos processuais na presença do juiz. O princípio foi bem acolhido na seara trabalhista¹⁷⁰, em audiências para propiciar o consenso e subsidiariamente a adjudicação da solução.

O código processual de 1939 adotou a oralidade amplamente, mas esta caiu em desprestígio que levou à sua quase eliminação no código de 1973¹⁷¹. A doutrina do período se reportava exclusivamente ao contato do magistrado com as partes para obtenção de prova, sendo exemplar a posição de Dinamarco ao cunhar a lição: “são desnecessárias todas as audiências em que não há qualquer prova oral a produzir”¹⁷².

O resquício de oralidade no antigo código consistiu na identidade física do juiz que colhia a prova oral para lhe fixar a competência para o julgamento do mérito nos termos do artigo 132; todavia seu teor foi abrandado pela obra da jurisprudência¹⁷³.

Watanabe¹⁷⁴ descreveu a rejeição à oralidade, vista como perda de tempo em um processo civil judicial formal, diante da audiência preliminar instituída para

¹⁶⁹ “No seu sentido genuíno, procedimento oral seria aquele em que todos os atos processuais se produzissem oralmente, em presença do juiz, como o era no mais antigo procedimento romano ou gôermânico.” SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de processo civil, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 87.

¹⁷⁰ O procedimento trabalhista é anterior ao movimento da conciliação brasileiro dos anos 2000 e privilegia a concentração de atos processuais, aproveitando a oportunidade da audiência uma para conciliação e decisão de mérito, na redação da CLT: “Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. § 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos. § 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título. § 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.” O sistema dos juizados especiais prevê a rara opção pelo juízo arbitral imediato ou designação de audiência de instrução em hipótese e não acordo conforme o artigo 24 da Lei nº 9.099/95: “Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta lei. §1º. O juízo arbitrara considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente; o juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.”

¹⁷¹ Conf. Cândido Rangel Dinamarco. Os fundamentos do processo civil moderno, Tomo I, Malheiros Editores, 2001, São Paulo, p. 457: “Uma das características mais profundas da Reforma processual civil de 1973 foi o afrouxamento dos laços que ligavam o processo civil brasileiro ao princípio da oralidade.”

¹⁷² Cândido Rangel Dinamarco. *Op cit*, p. 460.

¹⁷³ Humberto Theodoro Jr. assim descrevia o período: “Entende a jurisprudência, com inteira razão, que a vinculação do juiz à causa só ocorre quando, na audiência, houver coleta de prova oral, pois é esta que fundamenta o princípio da identidade física do juiz.” .Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 202.

¹⁷⁴ O processualista assim se referiu ao problema no artigo Cultura da sentença e cultura da pacificação, *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrinni Grinover*. YARSHELL, Flavio Luiz; DE MORAES, Mauricio Zanoide (org.). *DPI*, p. 27-28: “Devido à mentalidade anteriormente citada, o art. 331 do Código de Processo Civil, que designa a audiência pra a tentativa de conciliação e um contato pessoal entre as partes e seus advogados, e destes com o juiz e, em caso de fracasso na tentativa de conciliação, para a fixação oral pelo juiz, após ouvirem as partes os pontos controvertidos

conciliar as partes (pela modificação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994¹⁷⁵ ao art. 331 do CPC de 1973).

A concepção moderna dos métodos alternativos, na Itália, relacionam-se com os estudos do Projeto de Florença liderados por Mauro Cappelletti acerca do Acesso à Justiça, com preocupações centradas ainda na duração razoável do processo. O país efetuou mudanças em torno da realização de audiências concentradas privilegiando a oralidade – mediante a determinação judicial para o comparecimento das partes no contexto do *officium judicis* para esclarecimento dos fatos e prevenção da má-fé processual – que se tornaram o meio para a conciliação entre as partes.

O sistema dos Juizados especiais brasileiros conferiu uma importante revitalização ao princípio da oralidade¹⁷⁶, e embora houvesse uma franca relação do princípio com a oportunidade para a consensualidade, a audiência foi concebida tal qual o processo trabalhista para eventualmente concentrar a fase de julgamento. O princípio passou a ser aplicável nos procedimentos específicos à Fazenda Pública em juízo com o advento do sistema dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01, artigo 1º)¹⁷⁷ e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/09, artigo 27).

da causa, é cumprido como mera formalidade por muitos magistrados. Poucos se apercebem do real objetivo do legislador, que é a indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador processual. Alguns juízes chegam mesmo a descumprir abertamente o modelo instituído pelo legislador, deixando de designar a audiência sob a alegação de que, no caso concreto, será inútil a tentativa de conciliação porque as partes certamente não entrarão em acordo, inutilidade essa apenas intuída, que somente poderia ser comprovada com a realização da tentativa de conciliação.”

¹⁷⁵ “Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir”. Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994

¹⁷⁶ Já tivemos oportunidade de escrever sobre o tema em Normas processuais fundamentais e princípios da conciliação e da mediação no Código de Processo Civil in: BELMIRO, Celso; PEREIRA, Daniel Queiroz; HILL, Flavia Pereira; MARTINS, Leonardo Oliveira Silveira Santos. (org.). *Coletânea Estudos Sobre Mediação no Brasil e no Exterior*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2020. v. 4, p. 8-27: “A oralidade e a informalidade já são nossas conhecidas desde os juizados de pequenas causas, e estão atualmente mantidas nos juizados especiais sucessores, passando então a integrar o procedimento comum, ou seja, a serem aplicados em quaisquer órgãos jurisdicionais, em qualquer instância, desde que incidentalmente se institua algum procedimento de conciliação ou mediação.”

¹⁷⁷ A primeira referência veio na instituição dos Juizados de Pequenas Causas, conforme se depreende da Lei nº 7.422/84: “Art. 2º. O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.” A Lei nº 9.099/95 a sucedeu e instituiu os Juizados Especiais, já sob a Constituição Federal de 1988 e diante de expressa previsão (artigo 98, I), assim estabeleceu: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” Posteriormente a Emenda Constitucional 22/99 deu suporte constitucional ao procedimento no âmbito federal (artigo 98, parágrafo único, posteriormente

A oralidade desdobra-se em subprincípios: a oralidade em sentido estrito, a imediatidade, a identidade física do juiz, a concentração de atos processuais e a irrecorribilidade de decisões interlocutórias.

A oralidade em sua acepção estrita designa a atividade verbal, oral, dispensando de forma parcial ou total registros escritos, o que constitui o cerne da atividade desenvolvida em audiência, e viabiliza a utilização de técnicas de negociação pelo mediador. As tratativas consistem em troca recíproca e contínua de informações, com movimentos de concessão ou ancoragem. O mediador coordena essa atividade para facilitar essa comunicação que eventualmente navegará por uma zona de possível acordo e resultará em um acordo. A oralidade estrita é, portanto, um princípio de grande importância para a atividade consensual.

A negociação via petições, hipótese corriqueira na apresentação de propostas pela Administração Pública em juízo, anula o princípio e inviabiliza que as partes compreendam suas posições interesses e colaborem para uma solução que satisfaça a ambas.

A imediatidade em sua concepção clássica, diz respeito à proximidade entre o juiz e as partes e as provas. Os centros judiciários são os novos órgãos previstos pelo CPC para a realização das sessões autocompositivas, que não se prestam a produzir prova. Considerando ainda que tais sessões, mesmo nos órgãos judiciários, devem ser realizadas preferencialmente por mediadores, não há, portanto, imediatidade perante o magistrado nos métodos autocompositivos.

Parte dos currículos dos cursos de capacitação de conciliadores e mediadores diz respeito ao relacionamento entre os terceiros e as partes, para que desenvolvam técnicas de escuta ativa¹⁷⁸ e *rapport*. Através da oitiva das partes e formulação de perguntas pertinentes, de uma abordagem “olho-no-olho”, o mediador deve apoiar ambas as partes com a escuta ativa. Utilizando esta e outras ferramentas, o mediador estabelece a relação de confiança entre as partes, chamada *rapport*, para que a troca de informações flua de uma forma respeitosa e

renumerado em §1º pela EC 45/2004), o que veio a se concretizar com a Lei 10.259/2001, a qual remete aos princípios da Lei nº 9.099/95.

¹⁷⁸ “A Escuta Ativa apoia-se no tripé legitimação, balanceamento e perguntas e tem por objetivos: (i) oferecer uma qualidade de interlocução cujo acolhimento possibilite que as pessoas se sintam legitimadas em seus aportes e participação; (ii) conferir equilíbrio entre dar voz e vez aos integrantes da conversa e viabilizar uma escuta que inclua o ponto de vista do outro; (iii) oferecer perguntas que gerem informação, propiciem progresso e movimento ao processo de Mediação.” ALMEIDA, Tânia. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014. p. 66.)

livre na sessão. Esta é, portanto, a imediatidade da medição, consistente na proximidade entre o mediador e os mediandos.

A atividade consensual em juízo, portanto, tal como concebida originalmente na Resolução CNJ 125/2010 baseia-se intrinsecamente na imediatidade. O subprincípio se faz presente nas comunicações síncronas e presenciais, relativizando-se na ausência destas características. Sessões eletrônicas, apesar de síncronas não têm o aspecto presencial, diminuindo a proximidade entre os participantes da sessão diminuindo a imediatidade. Sistemas de ODR – *online dispute resolution*, sem mediadores, poderão dispensar da sincronidade, eliminando por completo o subprincípio da imediatidade, e a própria oralidade.

As sessões consensuais disciplinadas no novo código não se prestam à produção de provas para a busca da verdade e tampouco são realizadas pelo juiz; a atuação do mediador com relação aos dados colhidos em audiência é de confidencialidade, e este não produz juízo ou julgamento, apenas facilita as tratativas entre as partes. Inexistem regras pertinentes ao “mediador natural”, ou a sua “identidade física” a fixar o mesmo mediador para tantas sessões quanto forem necessárias. Alguma recomendação para que o mesmo mediador atue em múltiplas sessões se fundamentará no *rapport* estabelecido entre este e as partes, como medida de eficiência processual.

A identidade física do juiz é tampouco aplicável às sessões autocompositivas; ao contrário; problema haverá, como será explorado adiante, se o juiz natural proceder a uma séria tentativa de conciliação entre as partes e presenciar trocas de informações novas e exclusivas àquele momento antes de proferir julgamento. A confidencialidade recomenda o afastamento do julgador das tratativas com fins consensuais para que não sejam utilizadas como prova.

A aplicação do princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias pressupõe decisões adjudicadas pelo juiz, sem dar fim ao processo. Inicialmente encontram-se no âmbito das atribuições do mediador facilitar a comunicação entre as partes, e os atos processuais que realiza o faz na condição de auxiliar de justiça: abertura e encerramento da sessão, prestação de esclarecimentos ou redação da ata. As decisões do mediador se circunscrevem à redação da ata da sessão, à sua suspensão, encerramento ou redesignação. Eventual irresignação ensejará impugnação mediante petição ao juiz supervisor do centro judiciário. Não há recurso pois o mediador não presta jurisdição. Qualquer ato do mediador que cause dúvida

ou vício o acordo deverá ser alegado ao juiz supervisor do centro judiciário ou competente para a homologação do acordo.

A irrecorribilidade afasta o recurso das decisões proferidas pelo magistrado na condução de procedimento consensual informado pela oralidade. O subprincípio poderá encontrar campo de aplicação em se tratando de sessão autocompositiva conduzida pelo mediador ou de audiência pelo magistrado, à falta de conciliador ou mediador, o que é cada vez mais raro; ou na audiência de instrução e julgamento na qual o juiz tenta a conciliação (art. 359).

A utilização de recurso atentaria contra o princípio da confidencialidade ao revelar o conteúdo de informações não registradas de comum acordo em ata, se não incidentes as exceções previstas na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Este é outro ponto a reforçar a irrecorribilidade das decisões interlocutórias em sede de mediação judicial.

O atual regime de agravo restringe as hipóteses de cabimento às taxativamente enumeradas no artigo 1.015 do CPC¹⁷⁹, e no procedimento consensual seria possível ser interposto, em tese, em face da decisão do juiz que matém a redesignação da mesma para continuidade das tratativas¹⁸⁰, ou da decisão homologatória de acordo parcial¹⁸¹.

Por último, violaria os limites da boa-fé a impugnação ao juiz, ou posterior interposição de recurso em verdadeiro *venire contra factum proprium*¹⁸², de soluções com as quais a parte tenha concordado na sessão autocompositiva. O subprincípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, em todo caso, trará limites mais restritos que o atual regime do agravo ao procedimento consensual.

¹⁷⁹ Podem-se exemplificar questões a admitir o agravo pertinentes ao mérito do processo (art. 1015, II), a exclusão de litisconsorte (VII), exibição ou posse de documento ou coisa (VI), etc..

¹⁸⁰ Neste caso, o juiz estaria atuando no papel de mediador, no âmbito do procedimento informado pela oralidade estabelecida no artigo 166 do CPC. Hipóteses diversas, em que o juiz estivesse atuando no exercício da tutela jurisdicional, não enfrentariam o princípio em seu aspecto da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

¹⁸¹ Devem ser observados o respeito à autonomia da vontade e a boa-fé das partes na realização de acordos parciais e negócios processuais, inclusive no contexto da comunidade de trabalho do processo cooperativo. A impugnação a decisões atinentes à negociação, nestes casos, ultrapassa questões processuais e os limites do subprincípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

¹⁸² O STF, através de sua Primeira Turma, já adotou a teoria baseada na boa-fé estabelecida pelo CPC de 2015 diante da administração pública, vide o julgado de 09/12/2016 proferido nos autos do AG. REG. na reclamação 25.379 Distrito Federal, Relator Ministro Luiz Fux, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12233645>. Acesso em: 14 maio 2020.

Rodrigues¹⁸³, analisando a irrecurribilidade sob a oralidade dos juizados especiais na presença da Fazenda Pública, posiciona-se favoravelmente aos embargos declaratórios como medida de celeridade e eficiência processuais – que são princípios geralmente associados tanto à oralidade quanto à solução consensual das controvérsias. Eventuais contradições, obscuridades ou erros constantes da homologação de acordo parcial, ou mesmo da decisão judicial que prepara o procedimento consensual ou que se fundamenta na ata da sessão autocompositiva lavrada pelo mediador são passíveis de embargos declaratórios na medida em que se compatibilizem com os demais princípios informativos da mediação, bem como à norma fundamental processual que determina seu estímulo e realização sempre que possível (art. 3º, §§2º e 3º do CPC).

A sentença homologatória é resolutive de mérito (art. 487, III, b do CPC), a ser impugnada mediante apelação (art. 1009 do CPC), e, embora criticável a ausência de regras específicas quanto à sua irrecurribilidade, fato é não se tratar de decisão interlocutória mas definitiva, não alcançada pelo subprincípio em exame.

A sessão autocompositiva tem a finalidade precípua de finalizar o procedimento de forma amigável ou resolver ao menos parte da lide. Tampouco serve para antecipar provas ou propiciar tutelas urgentes, conquanto o magistrado não está presente (art. 334 §1º) e o conteúdo da sessão é confidencial (art. 166 do CPC).

O artigo 334 do CPC/2015 não encontra paralelo no artigo 331 do código processual anterior¹⁸⁴, que previa várias medidas pelo magistrado para o saneamento do feito, como a fixação dos pontos controvertidos, a decisão de questões processuais e a organização da instrução probatória¹⁸⁵. A concentração

¹⁸³ Vide seu entendimento sobre a flexibilização para as decisões interlocutórias do teor do artigo 98 da Lei nº 9.099/95, eis que aplicável subsidiariamente à Lei nº 10.259/01 e à Lei nº 12.153/09, o que foi reforçado pela sua alteração pelo artigo 1.064 do CPC que ampliou o cabimento dos embargos a quaisquer decisões. *A Fazenda Pública no processo civil*. SP:Atlas, 2. ed. 2016. p. 333: “Negar a oferta dos embargos nessa situação pode acabar atentando contra os próprios princípios da celeridade e economia, pois a impugnação pode buscar exatamente possibilitar o seu cumprimento (ou mesmo confirmar a discordância com esse ato)”.

¹⁸⁴ O artigo 331 do CPC/1973 passou por sucessivas modificações, tendo a Lei nº 8.952/94 suprimido o despacho saneador para instituir a audiência de conciliação, que poderia servir para o juiz sanear o processo, inclusive determinando as provas a serem produzidas, se não houvesse acordo (§2º). A Lei 10.444/2002 transformou esta audiência de conciliação em audiência preliminar, ressaltando sua dispensa no caso de “o direito em litígio não admitir transação” (art. 331 §3º).

¹⁸⁵ A fim de prestigiar as negociações o legislador optou por preservar a integridade da sessão autocompositiva não a associando a maiores providências processuais. Observa-se, neste aspecto, aparente desvantagem da audiência do artigo 334 do CPC, pois se não obtido o acordo as partes terão perdido tempo, sem qualquer utilidade na audiência, conforme a crítica de José Carlos Barbosa

dos atos processuais operada pela oralidade da sessão consensual no sistema do CPC/2015 consiste na pronta intimação do réu para contestar se não for obtido o consenso (art. 335, I).

Outrossim é viável que as partes reunidas pela sessão nela convençionem mudanças no procedimento como permitido no artigo 190 do CPC, o que por si só representaria uma nova concentração de atos processuais, ainda que sob a pendência da fiscalização do magistrado. O calendário processual, por ser realizado perante o magistrado em caráter cooperativo na literalidade do artigo 191 do CPC não comporta o aproveitamento da sessão autocompositiva.

Conforme Watanabe observou, muitos magistrados não vislumbraram as potencialidades do artigo 331 do antigo CPC e, atualmente, fenômeno semelhante ocorre diante da nova sessão autocompositiva. Batista registra que a obtenção de prova é o fator preponderante para a decisão sobre a designação de uma audiência¹⁸⁶, enquanto a sessão consensual não registra as falas das partes para transformá-los em depoimentos, não são sequer chamadas testemunhas. Os dados referentes a audiências de conciliação na justiça federal demonstram que são realizadas em grande parte nos centros judiciários, criados para esta finalidade, enquanto os órgãos jurisdicionais.

A oralidade, nos métodos consensuais, desligam-se da inquisitoriedade na busca da verdade pelo magistrado para viabilizar a participação dos interessados na elaboração de uma solução em caráter cooperativo.

1.3.3 Informalidade

Moreira ao mito acelerador da conciliação sob o código anterior, vide nota 79. Daí o exíguo lapso temporal para a sua designação, de vinte dias, bem como o aproveitamento da ocasião para a abertura do prazo para contestar, na forma do artigo 335, I e II do CPC, uma concentração mínima de atos processuais. A associação à negociação processual do artigo 190 do CPC, ainda que sob futura homologação do juízo, poderia ter sido inserida no âmbito do artigo 334 do CPC tornando-a mais útil aos gerentes e usuários do processo.

¹⁸⁶ “A oralidade processual é vista, pelos juízes, simplesmente como um meio de prova a ser produzido na fase de instrução, isto é, em audiência”. São conclusões da pesquisa empírica realizada por Bárbara Gomes Lupetti Batista e constante do artigo A oralidade processual e a construção da verdade jurídica, Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 23, 2008, p. 138. Disponível em : <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrij/arquivo/76-252-1-pb.pdf>>

A informalidade do procedimento de mediação ou conciliação é expressamente prevista no artigo 166 do CPC, e para a mediação judicial e extrajudicial no artigo 2º, IV da Lei de Mediação. O teor do artigo 188 CPC exige a formalidade dos atos processuais apenas quando for expressa em lei, enquanto a mediação e a conciliação dispensam de forma total maiores rigores no seu procedimento.

O princípio da informalidade associa-se, geralmente, aos procedimentos regidos pela oralidade, como os dos juizados especiais (art. 2º da Lei nº 9.099/95). Tartuce¹⁸⁷ leciona que “a informalidade na conversa pode favorecer a comunicação entre as pessoas em conflito como entre elas e o mediador”.

A informalidade dispensa a rigidez de ritos preestabelecidos, o que não significa, por outro lado, a ausência total de regras procedimentais. As sessões autocompositivas têm fases para o seu desenvolvimento e obedecem a técnicas para sua realização constantes dos diplomas regulamentares¹⁸⁸ e manuais dos conselhos. Antes mesmo do tratamento pelo próprio código processual dos métodos adequados de solução de conflitos – ou MASC’s, o Manual de Mediação publicado pelo CNJ disciplinou a sessão de conciliação ou mediação¹⁸⁹ e estabelece o modo de fazer e a ordem dos atos que envolvem, embora permita a dispensa de algumas fases.

A técnica das sessões autocompositivas determina a realização pré-mediação¹⁹⁰, que consiste na fase preliminar da audiência, oportunidade em que o conciliador ou mediador fará a explicação das regras e princípios do procedimento, o que é indispensável ainda diante do princípio da decisão informada. Segue-lhe a declaração de abertura¹⁹¹, que tem entre os suas funções obter a concordância de

¹⁸⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.272.

¹⁸⁸ Resoluções CNJ nº 125/2010 e CJF nº 298/2016.

¹⁸⁹ Conselho Nacional de Justiça e Conselho da Justiça Federal têm se destacado nesta função e produziram excelentes materiais como o Manual de Mediação CNJ e o Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal.

¹⁹⁰ A pré-mediação é uma etapa informativa anterior à sessão autocompositiva, a ser realizada tanto na conciliação quanto na mediação e, nas lições de Tânia Almeida: “no que tange aos mediados, estes recebem informações sobre o processo de autocomposição visando: (i) elencar claramente os temas que os trazem à Mediação; (ii) possibilitar a escolha consciente da Mediação como meio de resolução do conflito e; ou das questões existentes; (iii) identificar se encontram em si mesmos disponibilidade para rever posições rígidas ou competitivas; (iv) trabalhar focados na busca de soluções de benefício mútuo; (v) reconhecer a possibilidade de empenho na observância dos propósitos e princípios éticos do instituto” (Caixa de ferramentas em mediação. Apostes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. p. 37).

¹⁹¹ O Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal define o que se realizará nestas etapas da sessão de forma diversa, contudo os doutrinadores costumam divergir ou misturar as fases de pré-

ambas as partes em se submeter às regras do procedimento. Passa-se à sessão conjunta, com troca de informações mediante a oitiva de cada parte, com possibilidades de réplicas, há negociações, e chega-se ao encerramento da sessão mediante a leitura e confirmação do acordo se houver.

O CPC contribuiu à informalidade dos procedimentos autocompositivos ao permitir às partes a alteração das regras procedimentais baseado na autonomia da vontade no §4º do artigo 166. Gabbay ressalta ser a flexibilidade procedimental uma das características centrais da mediação¹⁹² pelo fato da forma ter que se adequar à solução que as partes pretendem construir.

Almeida, Pantoja e Andrade ressaltam que limitam a liberdade para moldar o procedimento os “demais princípios que orientam a mediação, aos quais se deve igual respeito, como o da confidencialidade, da isonomia, da autonomia da vontade das partes”¹⁹³. Acrescente-se a este rol, por óbvio, as demais normas fundamentais processuais.

Diferente é a previsão da flexibilização procedimental mediante negócios jurídicos processuais na forma do artigo 190: pode se dar em caráter consensual, obviamente, mas para reger tanto um procedimento consensual quanto um adversarial. A regra do §4º do artigo 166 não prevê o controle jurisdicional de ofício diante de hipóteses pré-estabelecidas a exemplo do parágrafo único do artigo 190; por certo, a modificação do procedimento da mediação tem a potencialidade de incorrer nos mesmos fatos ensejadores de controle e suas ocorrências serão objeto de alegação ao juiz excepcionalmente. A razão é a flexibilização dos procedimentos consensuais poder ser estabelecida de uma forma mais dinâmica – e informal - no âmbito de uma sessão autocompositiva sob a condução do mediador.

Não constitui o objetivo do presente trabalho aprofundar este tema, contudo há que se estabelecer que a flexibilização procedimental, a informalidade e a oralidade estão intimamente relacionadas nos métodos consensuais em juízo, e ao caráter colaborativo que fundamenta o procedimento.

mediação e abertura (p. 63/64). O Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça tem a pré-mediação (p. 310) em um dos pontos do programa de formação de mediadores, mas não trata da fase do procedimento.

¹⁹² GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Coleção MASC, v. 1, p. 18.

¹⁹³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de ; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. In: *O Marco Legal da Mediação no Brasil*. HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). São Paulo: Atlas, 2016, cap. 2, p. 60.

O princípio é aplicável à Administração Pública nas sessões autocompositivas do juízo comum à semelhança do que vem ocorrendo no sistema dos Juizados Especiais Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública¹⁹⁴, onde o ambiente e a linguagem¹⁹⁵ devem traduzir a informalidade. Estas próprias leis, contudo, reforçam algumas formalidades necessárias a alguns atos processuais, como o pagamento de valores mediante a expedição de precatórios ou requisição de pequeno valor, ainda que se trate de cumprimento de acordo.

1.3.4 Imparcialidade

A exigência de imparcialidade, compreendida com a relação de equidistância com as partes, é genericamente instituída para magistrados e auxiliares da justiça. O mediador e o conciliador são auxiliares da justiça e se submetem às regras de impedimento e suspeição, tendo o CPC e a Lei de Mediação estabelecido, além destas, normas específicas para garantir a imparcialidade¹⁹⁶.

A doutrina americana os chama os mediadores de *neutrals*, distinguindo o conceito de neutralidade¹⁹⁷, não havendo tal distinção no sistema jurídico brasileiro. O princípio da imparcialidade não implica algum paralelo ao princípio do juiz natural pois o mediador pode ser escolhido pelas partes (art. 4º da Lei de Mediação) desde que estas estejam de acordo (art. 168 do CPC), em semelhança à escolha consensual de peritos (art. 471); isto porque estes auxiliares não adjudicam decisão

¹⁹⁴ Artigos 1º da Lei nº 10.259/01 e 27 da Lei nº 12.153/09 c/c art. 2º da Lei nº 9.099/95.

¹⁹⁵ Leonardo Carneiro da Cunha assim tratou da mediação nos Juizados especiais federais e da fazenda pública: “Tudo deve realizar-se em ambiente informal, leve, com linguagem simples e de fácil compreensão, sem roupas solenes ou símbolos que inibam os interessados, transmitindo-lhes conforto e confiança, com respeito à oralidade e ao diálogo de todos.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 775.

¹⁹⁶ Vide artigos 5º a 7º da Lei de Mediação e 170 e seguintes do CPC.

¹⁹⁷ “A definição da Resolução CNJ nº 125/2010 afigura-se precisa porque parte justamente do necessário pressuposto de que se trata de atributos diversos, visto que, embora imponha que seja imparcial o mediador, não se lhe exige que seja neutro, isto é, totalmente despidido de convicções próprias e ideologias”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. In: *O Marco Legal da Mediação no Brasil*. HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). São Paulo: Atlas, 2016. cap.2, p. 56. A definição mencionada é a constante do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º: “IV – Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;”.

de mérito, sendo a imparcialidade necessária no âmbito de suas atribuições. A Lei de Mediação traz uma norma aparentemente conflitante, pertinente à impossibilidade de recusa do mediador judicial (art. 25), porém esta regra comporta aplicação no caso de discordância das partes quanto ao mediador ou mesmo quando inviável esta escolha pelo quadro reduzido destes profissionais em juízo ou em centro judiciário. A indicação de impedimento é uma possibilidade de recusa indicada pelo dispositivo.

O fundamento da imparcialidade do mediador é o tratamento isonômico das partes, a sua atuação desinteressada na negociação, para que haja equilíbrio nas participações na sessão autocompositiva. Um exemplo de mediador imparcial seria perceptível na sua atuação insistente para uma das partes aceitar a proposta de outra, enquanto ambas devem ter seus interesses, questões e sentimentos igualmente respeitados.

Ter uma sessão autocompositiva administrada por um mediador imparcial é direito das partes, sejam elas particulares ou pessoas jurídicas. O mediador que revela suas opiniões diante das causas repetitivas de um litigante habitual como é a administração pública frustrará o princípio informativo do art. 166 do CPC.

O mediador tem a obrigação legal de imediatamente comunicar impedimento (art. 170 do CPC) para que as negociações sejam conduzidas em respeito à paridade de tratamento entre as partes, norma fundamental do processo civil (art. 7º). O exercício da atividade de mediador o torna impedido para representar as partes por um ano (art. 172 do CPC e art. 6º da Lei de Mediação), regra que garante que não haja algum desvirtuamento durante a sessão.

1.3.5 Autonomia da vontade

A autonomia da vontade descrita no artigo 166 do CPC diz respeito, inicialmente, ao aspecto processual, ou seja, à disposição das partes em se submeter ao MASC conforme se trate de relação continuada ou não – indicando que poderá ocorrer conciliação ou mediação. O comparecimento à audiência prévia de conciliação é obrigatório bastando para tanto que uma das partes seja favorável à sua realização na forma do artigo 334, §4º, I do CPC.

A nova regra recebeu críticas pela generalização da sessão autocompositiva, muitas destas argumentando tornar inviáveis as pautas dos órgãos jurisdicionais. Todavia, a “mediação prévia obrigatória”, como já foi pejorativamente apelidada, não contou com a adesão de todos os órgãos jurisdicionais, e sequer por grandes litigantes em juízo, como a administração pública.

Incide o princípio da autonomia da vontade de forma ampla na hipótese da dupla recusa das partes em não realizar a audiência, bem como na sua realização, e de forma amplíssima ao sobrevalorizar a vontade da única parte interessada no consenso, que bastará por si só para realizá-la. Neste ponto a lei afasta a isonomia e adota por critério o estímulo aos métodos consensuais, norma fundamental que prevalece na hipótese.

Ressalte-se aqui que nenhuma outra audiência do código contém regra semelhante em termos da conjugação da vontade das partes para sua dispensa ou da opção pela sua realização baseada na vontade de uma das partes. A designação de audiências de instrução e julgamento compete ao juiz imbuído do impulso oficial ou, no contexto do processo colaborativo, mediante o exercício de seus deveres de cooperação para com as partes. As sessões autocompositivas nas ações de família (art. 695 do CPC) são disciplinadas em caráter obrigatório independente de qualquer manifestação das vontades das partes .

Por outro lado, à semelhança do ato inicial de uma demanda, a vontade de conciliar de uma das partes torna-se expressão do princípio dispositivo, independentemente de entendimento jurisdicional neste sentido, ou da aceitação da parte contrária, bastando por si só para que a sessão autocompositiva aconteça.

Considerando que o dispositivo atribui de forma completa às partes a decisão – ou a uma, e retiradas as exceções legais como a inadmissibilidade de transação -, a conclusão é por haver uma grande carga da autonomia da vontade na regra do artigo 334, §4º, I do CPC e a atuação preponderante do princípio dispositivo para sua realização, e princípio cooperativo para sua dispensa e para a realização do próprio acordo.

Assim, à luz das características dos métodos consensuais, que operam através de técnicas negociais e da perspectiva de mudanças nas intenções iniciais das partes, a questão da obrigatoriedade da audiência para a parte não concordante deve ser resolvida à luz da norma fundamental contida no artigo 3º, §3º do CPC,

pois o estímulo à conciliação e à mediação deve não apenas em prol das partes em juízo, mas sobre elas próprias.

Segundo Gabbay, a voluntariedade é uma característica intrínseca da mediação¹⁹⁸. Antes mesmo de qualquer tentativa de transação, quando o mediador expõe as regras na fase de pré-mediação, basta a uma das partes manifestar-se contrariamente ao procedimento para que ele seja encerrado. Logicamente o mediador mais habilidoso logrará estabelecer um *rapport* para que as partes se sintam dispostas a participar da sessão, mas não poderá obriga-las sob pena de violar o princípio.

A invocação da autonomia da vontade será suficiente para permitir o encerramento da sessão autocompositiva a qualquer tempo, hipótese em que o processo prosseguirá com a abertura do prazo para contestação (art. 335, I do CPC).

O §4º do artigo 166 prevê quanto a este aspecto a viabilidade de as partes alterarem regras procedimentais, o que se deve à vista ainda do princípio da informalidade do *caput* do dispositivo ou ainda diante da norma fundamental que resguarda o princípio cooperativo no artigo 6º do código. O dispositivo aplica-se à própria sessão autocompositiva – a qual poderá ser cindida, ter a participação de alguns ou todos os interessados em cada oportunidade, ou ter a ordem das falas estabelecida.

No que se refere à autonomia da vontade em outros momentos do processo existem as regras contidas nos artigos 190 e 191, que permitem a flexibilização procedimental de forma consensual para o estabelecimento de calendário processual. Estes casos representam reflexos do processo colaborativo a excepcionar o impulso oficial como já permitido no enunciado do artigo 2º do código.

O princípio também possui aspecto material, significando que apenas haverá adesão espontânea ao acordo, manifestando a parte sua vontade livre de vícios, conforme a disciplina dos negócios jurídicos na seara do direito civil ou do direito administrativo quando presente a administração pública. Assim, iniciado o procedimento e, realizadas as tratativas, acaso nenhuma opção aventada tenha sido

¹⁹⁸ “Não é possível se pensar em uma mediação sem voluntariedade, sem que ambas as partes sejam ouvidas com igualdade de oportunidades (contraditório) e sem um mediador imparcial e independente, havendo um devido processo legal mínimo a ser seguido.” GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Coleção MASC, vol 1, p. 18.

do agrado de ambas as partes, basta que se coloque a recusa à proposta entabulada e será encerrada a sessão.

A consensualidade, no sistema brasileiro, por ser baseada na autonomia das vontades que livremente se manifestam em prol de seus interesses não se impõe em prol da pacificação social pura e simplesmente – este objetivo da República se impõe ao Estado, no estímulo aos métodos consensuais. As partes em juízo são submetidas a métodos de negociação conforme os recursos humanos e materiais disponibilizadas pelo poder judiciário, porém partirá de suas concessões a solução consensual.

A formação da vontade administrativa, conforme se verá adiante, é complexa porém indispensável para a atividade consensual da administração em juízo. A simples legalidade administrativa não socorre a diversidade de situações fáticas e jurídicas a reclamar um exame de um possível acordo; pelo contrário, a legalidade consiste em uma variável a mais para a aceitação ou formulação de propostas na mediação judicial.

1.3.6 Decisão Informada

Decisão informada, segundo Takahashi, significa que “a decisão das partes precisa ser baseada em um grau de conhecimento suficiente”¹⁹⁹. O princípio se refere à condição dos conciliandos ou mediandos de perceber os termos e consequências do acordo firmado, bem como a existência de alternativas à adesão. A determinação do esclarecimento das partes quanto às regras da sessão autocompositiva e quanto à transação já existia em regulamentos anteriores, porém, aparece pela primeira vez em forma de princípio processual.

Encontra-se presente o aspecto material, já que a ausência do atendimento ao princípio pode resultar em ofensa à autonomia da vontade. São possíveis os

¹⁹⁹ TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação, o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; WATANABE, Kazuo (coord.), Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Coleção MASC, v. 6, p. 105: “Observa-se que o conceito de decisão informada possui dois componentes: decisão e informada. Em meios consensuais, a decisão traduz-se no consenso das partes no que se refere a determinado resultado. Para que tal consenso seja legítimo, porém, cabe adicionar que a decisão das partes precisa ser baseada em um grau de conhecimento suficiente, isso é, o consenso deve ser informado”.

vícios da vontade como o dolo²⁰⁰, o erro, ou a lesão, quando uma das parte firma o acordo sob falso entendimento da realidade ou das normas jurídicas pertinentes. Sob o aspecto processual significa que este esclarecimento deve fazer parte da sessão de conciliação ou mediação, e deve ser proporcionado a todos que dela participem para obter as informações necessárias sobre o procedimento e as soluções possível em discussão.

Deste princípio decorre o direito de ouvir e ser ouvido em uma sessão processual de conciliação ou mediação presidida por um conciliador ou mediador capacitado após prestar curso de técnicas de negociação em conformidade com o currículo estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça. Significa que o mediador deve prestar amplas informações e confirmar este entendimento pelas partes. Neste ponto a decisão informada relaciona-se ao princípio da oralidade.

Partes que tenham informações precisas, pessoalmente em audiência, sendo-lhes facultadas formular perguntas específicas tanto ao mediador quanto à outra parte sobre qualquer aspecto da transação, certamente terão mais chances de negociar, realizar contrapropostas e tomar a decisão que melhor lhes convir. As dificuldades de compreensão quanto aos termos da mediação podem caracterizar um desequilíbrio entre as partes, prejudicando a necessária isonomia para a negociação. Outros princípios socorrem o mediador no intento de promover a decisão informada, sendo-lhe permitido explicar os termos do acordo com linguagem informal – como o próprio procedimento deve ser - , manejando as vantagens da oralidade para se comunicar e perceber o grau de entendimento da parte quanto à proposta lançada.

O regime jurídico das relações da administração pública, por vezes, é peculiar, como o direito previdenciário, cuja tecnicidade inspira uma série de siglas ininteligíveis para o leigo, e é o fornecimento deste tipo de informação que se encontra no âmbito do dever do mediador. O limite deste amplo direito à informação das partes reside na imparcialidade do mediador, que não se prestará a

²⁰⁰ Na hipótese de advogados públicos atuarem com dolo ou fraude na mediação para receberem vantagens patrimoniais indevidas há a responsabilização civil, administrativa ou criminal na forma do artigo 40 da Lei de Mediação e, na lição de RODRIGUES: “Veja-se que tal regra de responsabilidade civil apenas em casos de dolo ou fraude vai na mesma linha do Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 184, no que se refere à responsabilidade civil dos advogados públicos: como forma de garantir maiores independência e segurança em sua atuação, a responsabilidade civil dos agentes públicos que participarem da composição extrajudicial de conflitos, tal qual a dos advogados públicos, e mesmo dos defensores públicos e membros do Ministério Público, depende de dolo ou fraude.” RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 385.

atuar como advogado de modo a elaborar estratégias mais complexas em prol de uma ou de ambas.

De outra sorte, a parte não tem o direito a saber de informações protegidas pela confidencialidade, informadas pela outra parte ao mediador em sessão individual (artigo 31 da Lei de Mediação). Neste caso, apenas as exceções legais justificarão que o sigilo seja afastado (artigo 30, §§3º e 4º da Lei de Mediação).

1.3.7 Independência

A independência dirige-se aos conciliadores e mediadores, os quais sendo auxiliares da justiça, terão todos os poderes necessários a iniciar, conduzir e encerrar a audiência exclusiva de conciliação ou mediação judicial, sendo servidores ou voluntários; estarão todos vinculados ao Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores- que inaugurou o princípio²⁰¹, encontrando também disciplina quanto a eventuais abusos no próprio Código de Processo Civil (art. 173).

Os mesmos têm a aptidão de dirigir e até mesmo interromper a sessão acaso entendam que não estão atendidos os demais princípios ou normas no decorrer do procedimento, e por consequência é desnecessária qualquer decisão judicial neste sentido. Os mediadores podem designar outras sessões acaso entenda necessárias para atingir o consenso (artigo 334, §2º do CPC).

Por outro lado, diante da norma fundamental do estímulo ao consenso, a qualquer tempo no processo, por todas as partes, o magistrado poderá determinar que nova sessão seja realizada de ofício: já realizada uma sessão anteriormente pressupõe-se que ao menos uma tenha expressado previamente a vontade de conciliar. A independência do mediador que encerrou a sessão não é afetada por esta situação, e tampouco sua decisão ensejaria alguma espécie de preclusão; de fato o retorno dos autos ao mesmo mediador pode dar azo a que o mesmo se dê por impedido diante de alguma contaminação quanto à sua imparcialidade original.

²⁰¹ “V – Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexequível;”.

1.3.8 Outros princípios da Lei de Mediação

Os princípios instituídos de forma única pela Lei de Mediação, em comparação com o CPC ou o Código de Ética são a isonomia entre as partes (art. 2º, II); a busca do consenso (art. 2º, VI) e a boa-fé (art. 2º, VIII). A isonomia e a boa-fé incorrem em repetição para a mediação judicial diante das normas fundamentais processuais constantes dos artigos 1º, 5º e 7º do CPC, já analisadas.

A busca do consenso surge como princípio de forma peculiar²⁰², remetendo à idéia da pacificação social; contudo se revela um atributo tão criticado nas primeiras práticas de conciliação, e mesmo contrário à regra do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores, de ausência de obrigação de resultado (art. 2º Anexo III da Resolução CNJ 125/2010²⁰³). Tartuce ressalta os perigos da busca pelo consenso a todo custo²⁰⁴. A melhor maneira de interpretá-lo é a *contrariu sensu*, a indicar um modo de agir de forma não-adversarial no processo.

Menciona o regulamento princípios como a decisão informada, a imparcialidade e confidencialidade, a independência e autonomia da vontade, e as regras da informação e compreensão quanto à conciliação e mediação, as quais, somando-se ao empoderamento das partes, relacionam-se ao princípio da decisão informada constante do CPC.

São princípios e regras do código de ética não adotados pela lei processual: a autonomia do mediador e do conciliador; a competência; validação dos sentimentos; ausência de obrigação de resultado; desvinculação da profissão de origem e respeito à ordem pública e leis vigentes (artigos 1º e 2º). Não se tratam de

²⁰² “A inclusão de um inovador ‘princípio da busca do consenso’ é coerente com a opção legislativa de se atribuir à mediação o escopo precípua de resolução de conflitos, preconizado pelo modelo linear de Harvard. Visa-se, em síntese, ao alcance de soluções mutuamente aceitáveis, adaptadas às conveniências e às expectativas dos envolvidos.” ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. In: *O Marco Legal da Mediação no Brasil*. HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). São Paulo: Atlas, 2016. cap. 2, p. 61.

²⁰³ Vide o artigo 2º, III do Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010: “III – Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;”.

²⁰⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 224: “A previsão sobre tal diretriz entrou no sistema jurídico contando com resistência, tendo havido defesa de sua exclusão como princípio pelas seguintes razões: 1. A busca do consenso faz parte de todo o procedimento autocompositivo, não sendo essencial para a mediação; 2. Uma mediação pode não redundar em acordo e ainda assim ter uma repercussão positiva para os envolvidos ante a restauração do diálogo (...). A crítica procede: em uma lógica quantitativa e desarrazoada, pode-se acabar achando que a ‘busca’ do consenso precisa resultar no ‘alcance’ de acordos a qualquer custo.

incompatibilidades, mas de maior concretude do regulamento – que didaticamente descreve o conteúdo destes princípios – em face da lei.

A mediação judicial, objeto deste estudo, é regida pelos princípios informativos da decisão informada; da imparcialidade; da confidencialidade; da informalidade; da oralidade; da independência do mediadores e autonomia da vontade das partes.

Passemos a tratar da confidencialidade no próximo capítulo.

1.4 Confidencialidade na mediação judicial

A confidencialidade é o princípio instituído para os métodos consensuais pelo CPC (artigo 166, §§1º e 2º) e pela Lei de Mediação (artigos 14, 30 e 31), ambos acolhendo a regulamentação anterior da Resolução CNJ 125/2010. O princípio consta de grande parte dos regulamentos e códigos de ética de mediadores dos países, sendo variável a sua extensão²⁰⁵.

A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da UE prevê a confidencialidade na mediação em matéria cível e comercial em seu artigo 7º²⁰⁶, tendo vários países introduzido o conceito em seus sistemas jurídicos nacionais. A Itália instituiu o *dovere de riservatezza* (artigo 9º do Decreto Legislativo n. 28, de 4 de março de 2010); a França, o *principe de confidentialité* (artigo 21-3 da

²⁰⁵ “Pode-se afirmar que quase todos os códigos de ética para a conduta profissional de mediadores incluem entre as suas regras a de que o mediador deve manter em sigilo os dados que vem a ter conhecimento em razão do seu serviço. Apesar da universalidade da prescrição do respeito à confidencialidade, o conteúdo atribuído a ela e seus limites não é uniforme. Há uma gama variada de espectros do que seja a confidencialidade, sua extensão, se é de livre disposição das partes e se admite ou não exceções”. AZEVEDO, Gustavo Tranco de. Confidencialidade na Mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2, p. 310.

²⁰⁶ “Art. 7º - Confidencialidade da mediação. 1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou a arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação. a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a proteção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo. 2. Nada no nº.1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação.”

Ordennance 2011-1540; a Espanha introduziu em seu ordenamento a *Confidencialidad* para a mediação no artigo 9º da Lei nº 5/2012, e Portugal estabeleceu no artigo 5º da Lei nº 29, de 19 de abril de 2013 o princípio da confidencialidade. São exemplos de países da tradição do direito continental europeu, que adotam o direito codificado – a *civil law* – assim como o Brasil.

A confidencialidade visa resguardar o procedimento da mediação ou conciliação para evitar que as tratativas levadas a efeito sejam utilizadas como meio de prova na ação judicial em curso, ou para outros fins. Essa assertiva serve como ponto de partida para nosso estudo, mas não comporta uma definição do instituto, nem revela todas as suas dimensões.

1.4.1 Generalidades

A confidencialidade é um princípio informativo da mediação tratado pelo CPC e pela Lei de Mediação, cuja observância impõe um não fazer²⁰⁷, ou seja, não divulgar e não prestar depoimento sobre o seu objeto. O princípio impede que sejam juntados documentos produzidos pelas partes unicamente para fins da audiência autocompositiva aos autos, ou que sejam registradas maiores informações na ata de audiência.

A Lei de Mediação determina que a confidencialidade seja esclarecida na abertura da sessão (artigo 14), função esta que compete ao mediador. Inexiste previsão legal das consequências da omissão desta advertência, mas o mero reforço de que o mediador poderá ressaltar o caráter confidencial do procedimento “sempre que julgar necessário”. O momento da apresentação do princípio, e o seu reforço, revelam a intenção de que a sessão autocompositiva siga por uma toada colaborativa pela proteção conferida às falas e informações.

A confidencialidade impede que informações sejam transmitidas a processo arbitral ou judicial. Contudo, o sistema brasileiro não atribui à confidencialidade caráter absoluto, podendo as partes, de comum acordo, dela dispor para divulgar as

²⁰⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes de. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. *RJLB*, nº 5, 2017. p. 871.

negociações ou fazer constar quaisquer informações veiculadas na ata da sessão autocompositiva (art. 30, *caput* da Lei de Mediação).

A dispensa da confidencialidade se encontra, portanto, dentre as potencialidades de cooperação entre as partes. Ausente consenso entre as partes quanto à dispensa da confidencialidade da mediação, são poucas as exceções previstas em lei a permitir a revelação de informações pertinentes ao procedimento consensual.

A Lei de Mediação excepciona as informações cujas divulgações seja exigidas pela lei ou necessárias ao cumprimento do acordo (art. 30, *caput*), e aquelas atinentes a ocorrência de crime ou obrigação tributária (art. 30, §§3º e 4º). Além destes casos, a confidencialidade não protegerá, obviamente, as informações não tipificadas pela lei na definição da proteção, ou eventuais revelações dadas por pessoas que não sejam as destinatárias da norma. Resta portanto examinar o significado destas disposições.

1.4.2 Confidencialidade no procedimento

A confidencialidade é princípio informativo tanto da mediação quanto da conciliação (art. 166, *caput*) dirigindo-se o CPC expressamente aos mediadores e conciliadores (art. 166 §2º). O CPC não define a conciliação e mediação senão de forma incidental ao tratar das funções do conciliador (art. 165, §2º) e do mediador (art. 165, §3º). Os critérios adotados pelo CPC para diferenciar as atividades recebem críticas, e não constitui nosso objetivo discuti-las. A doutrina coloca a mediação e a conciliação no espectro de resolução de disputas como formas de autocomposição indireta, em que há a participação de um terceiro imparcial para auxiliar as partes²⁰⁸, critério observado pela Lei de Mediação ao definir mediação

²⁰⁸ Existe ainda outra oportunidade mencionada no código para a autocomposição indireta, ou seja, mediante a intervenção de um terceiro imparcial: o oficial de justiça, que certifica propostas formuladas pela parte ao receber uma comunicação (artigo 154, VI do CPC). Nesta hipótese o CPC não determina a capacitação do oficial de justiça nos moldes exigidos para mediadores, e não se reporta aos princípios setoriais da mediação, limitando-se a disciplinar que em seguida se fará a intimação da parte contrária para manifestação em cinco dias (art. 154, parágrafo único do CPC).

como “*atividade técnica exercida por terceiro imparcial*”²⁰⁹ sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (parágrafo único do artigo 1º).

O sigilo, segundo o CPC, “estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento” (art. 166, §1º do CPC), e a “fatos e elementos oriundos da conciliação ou da mediação” (§2º).

A mediação e a conciliação judiciais são concebidas para serem realizadas em sessão autocompositiva conduzida por mediador ou conciliador, como as previstas nos artigos 334 e 695 do CPC; contudo o legislador esquivou-se de se reportar às sessões se referindo a “todas as informações produzidas no curso do procedimento” (art. 166, §1º do CPC). A Lei de Mediação, tal qual o CPC, se reporta a um “procedimento” no *caput* do artigo 30, que significa um conjunto organizado de atos processuais, incluindo a sessão autocompositiva, sem se limitar a apenas ela.

Assim, é inafastável a conclusão de estar sob o manto da confidencialidade os procedimentos da conciliação e da mediação judicial desde os seus atos preparatórios até cumprimento dos acordos, realizado pelos órgãos centralizados dos sistemas de conciliação dos tribunais. Um exemplo comum desta ocorrência seria a preparação prévia de pautas concentradas de conciliação com a administração pública em que ela apresenta previamente, aos centros judiciários, propostas individualizadas para serem distribuídas mediante o comparecimento da parte à sessão.

A Subseção III da Seção II, Capítulo I da Lei de Mediação dispõe sobre o procedimento de mediação, para considerá-la instituída a partir da data da primeira reunião (artigo 17), comportando a solicitação de informações pelo mediador em outras reuniões (artigo 19) até o encerramento do mesmo mediante termo final (artigo 20).

O cumprimento dos acordos é igualmente resguardado pela confidencialidade, à exceção da revelação de dados ser necessária ao próprio cumprimento (artigo 30 da Lei de Mediação); caso em que, diante da administração pública em juízo, o pagamento devido por ela terá o formato de precatório ou requisição de pequeno valor, portanto algumas informações pertinentes ao caso, às partes e seus procuradores, até mesmo os contratos advocatícios contratados,

²⁰⁹ A parcialidade do terceiro na resolução dos conflitos redundará no seu auxílio a uma das partes, transformando a autocomposição em uma negociação.

poderão transbordar os limites do processo judicial e virem a ser conhecidos por outros administradores públicos.

Os mediadores são responsáveis, ainda, pela contabilização de dados dos acordos para fins estatísticos e da descrição das sessões quando realizando curso de formação; nestas hipóteses incide igualmente a confidencialidade, por configurarem atos de exaurimento do procedimento de mediação e que, necessariamente, passarão por outros agentes até alcançarem os conselhos que promovem as políticas públicas do setor. Entender que finda a sessão autocompositiva tais atos estejam à salvo da confidencialidade significa envaziar por completo o princípio²¹⁰.

Há ainda a hipótese da autocomposição de forma direta em juízo, com a colocação da proposta por petição e submissão desta, mediante vista dos autos, à outra parte ou seja, sem a intervenção do mediador ou conciliador, que realizam formas de autocomposição indireta. O próprio ato de colocar por escrito a proposta em petição configura uma dispensa da confidencialidade pelo proponente, contudo, ainda que se esteja prescindindo da atuação de um mediador ou da condordância da outra parte para dispensar a confidencialidade, esta não incide na hipótese de mera negociação direta por falta de previsão legal. Neste caso é o campo da publicidade processual a reger o procedimento.

Por outro lado, diante de propostas por petição é lícito ao centro judiciário ou juízo designar sessão conjunta para que a parte possa ouvir contrapropostas, ou sessão individual para que ao menos uma das partes seja assistida por mediador e se beneficie da oralidade do ato e da promoção da decisão informada. A opção pelo procedimento de mediação na forma do artigo 334 e seguintes do CPC atrai a confidencialidade de forma imediata, após protocolada a proposta, mas desde que despachada a data da sessão autocompositiva, sendo lícito ao juízo decretar o sigilo da peça processual.

A confidencialidade tem a potencialidade de produzir efeitos nos atos processuais regidos pelos princípios informativos da mediação. O modo de

²¹⁰ Sobre o sistema estadunidense, Maria de Nazareth Serpa leciona: “Em razão da confidencialidade, todas as informações colhidas durante a mediação e conservadas pelo mediador não poderão ser divulgadas no futuro, em nenhum processo adversarial. O mediador tem o dever moral de informar às partes a respeito, obter sua aprovação para essa medida, caso haja necessidade de divulgar informações. O mediador tem, ainda, o dever de se recusar em testemunhar voluntariamente em juízo, ou usar suas anotações em favor ou contra quem quer que seja e resistir a qualquer intimação nesse sentido.” SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação: uma solução judiciousa para conflitos*. Belo horizonte: Del Rey, 2018. p. 263

realização da mediação afetar a confidencialidade, de modo que o planejamento do procedimento deve tê-la como objetivo. As sessões autocompositivas eletrônicas são alvos de críticas baseadas na falta de garantias de observância da confidencialidade, sendo possível a gravação sem autorização por uma das partes, ou mesmo, que o ato seja assistido por um terceiro sem que os demais participante da chamada tenham ciência.

Importa neste diapasão vislumbrar que o procedimento autocompositivo, para fins de incidência da confidencialidade, é aquele composto pelos atos processuais encadeados com a finalidade de alcançar o consenso entre as partes.

1.4.3 Confidencialidade objetiva e subjetiva

Para o exame dos limites deste princípio no direito brasileiro é necessário definir os aspectos objetivo e subjetivo da confidencialidade: quais dados são protegidos pelo segredo e a quem se impõe a obrigação de não revelar dados.

A confidencialidade no seu sentido subjetivo dirá a quem se dirige o princípio, e por consequência as pessoas que têm o dever de resguardá-lo. O princípio informativo é instituído no Livro III, Título IV, Capítulo III, Seção V, do CPC, que trata dos Mediadores e Conciliadores como auxiliares da justiça, referindo-se o §2º do artigo 166 também aos “membros de suas equipes”, ou seja: demais servidores, estagiários, prestadores de serviço que de qualquer sorte auxiliem a sessão autocompositiva, e que não poderão, “divulgar ou depor” sobre o que for objeto do dever de sigilo.

Verifica-se que o legislador, nesta seção dirigida aos conciliadores com regras específicas a estes auxiliares sobre impedimentos (art. 172), penalidades (art. 173), escolha (art. 168) e capacitação (art. 167 §1º), aproveita para determinar aos tribunais a criação dos centros judiciários (art. 165, *caput*) e definir as diferenças entre os institutos da conciliação e da mediação (art. 165 §§2º e 3º). Outra parte em que há maior detalhamento destes institutos é no capítulo dedicado à sessão autocompositiva, contendo um único dispositivo, o artigo 334. Desta forma, a seção tocante aos conciliadores e mediadores judiciais do CPC segue-se às normas fundamentais processuais em termos de importância para a disciplina da conciliação e mediação no processo civil. As primeiras e principais regras pertinentes a estes

institutos transbordam a disciplina da atividade dos auxiliares da justiça, impondo-se aos demais atores do processo.

Tomemos por exemplo a autonomia da vontade das partes, princípio instituído no mesmo artigo 166 do CPC e que determina a observância dos mediadores, mas perderia o sentido sem o respeito recíproco das partes neste sentido para a aceitação ou recusa da proposta de acordo. Restringe o §2º o âmbito do princípio da confidencialidade instituído pelo *caput*, ao lado de outros que se dirigem às partes e demais atores processuais.

A Lei de Mediação é mais ampla²¹¹ ao endereçar o dever de confidencialidade “às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação” (artigo 30, *caput*). A lei especial contém norma cogente dirigida às próprias partes para manter sigilo, diversamente do código processual, para o qual a confidencialidade terá cunho contratual ao lhes proibir o uso das informações “para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”. Neste ponto a lei brasileira segue a portuguesa²¹², ao não impor a confidencialidade às partes *ope legis*.

A atividade do mediador diverge de outros auxiliares do juízo como o perito e o oficial de justiça, os quais podem e devem depor a respeito dos objetos dos seus trabalhos. Hale distingue o dever de segredo profissional – *secretum commissum* – do mediador da confidencialidade nos seguintes termos²¹³:

²¹¹ “No plano subjetivo, o dever de confidencialidade alcança o mediador, as partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e quaisquer outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes de. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. *RJLB*, n. 5, 2017. p. 874.

²¹² “Desta forma podemos concluir que, apesar de no artigo 5º nº1 se consagrar a natureza confidencial do processo de mediação, estabelecendo um dever legal quer para o mediador, quer para as partes, a assinatura do protocolo previsto no artigo 16º determina uma outra vinculação, desta vez de fonte contratual. Aliás, poderíamos mesmo considerar que a Lei nº 29/2013 seguiu uma lógica semelhante à consagrada no artigo 52º LJP, segundo o qual as partes deveriam subscrever um acordo nos termos do qual assumissem a natureza confidencial da mediação”. COSTA, Ana Filipa Camacho da. *O princípio da confidencialidade na mediação oem matéria civil e comercial: caso português*. Dissertação (mestrado em ciências jurídicas empresariais) - Faculdade de Direito, Nova de Lisboa, 2014. p. 28.

²¹³ HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval (org.). São Paulo: Atlas, 2016. p. 192. O autor observa perspicazmente à p. 93 da obra: “Consiste numa gama de atividades que exige do mediador muita prudência e habilidade, mas antes de tudo, absoluta imparcialidade, independência e discrição. Ser discreto é ser reservado, comedido, aquele que não revela fato ou segredo de outrem, mas constitui,

O segredo a que certas pessoas, em razão da profissão ou da função que exercem, estão subordinadas a observar, insere-se na espécie de segredo cometido – *secretum commissum* –, seja em razão da lei ou das normas deontológicas que regem as profissões ou funções. Na verdade o segredo profissional obriga a quem exerce uma profissão ou função regulamentada, em razão da qual há de tomar conhecimento do segredo de outra pessoa e guardá-lo com fidelidade”.

O dever de sigilo, próprio dos mediadores e conciliadores, está expresso no artigo 166, § 2º do CPC, enquanto a Lei de Mediação, em seu artigo 8º, os equipara, ao lado de seus auxiliares, a servidores públicos para fins penais. A confidencialidade da mediação judicial se dá, portanto, por determinação legal, prescindindo de acerto prévio entre os interessados os quais têm a possibilidade, ademais, de abrir mão do segredo de comum acordo se assim desejarem.

A Lei de Mediação explicita o destinatário da confidencialidade, vendando que seja dada a informações a “terceiros” (art. 30, *caput*). Sequer em processo arbitral ou judicial tais informações poderão ser prestadas e, nestes moldes tanto o árbitro quando o juiz são classificados pela lei como terceiros para fins de confidencialidade. Adotou a lei, portanto, tanto a *confidentiality* estadunidense que impede que terceiros recebam tais informações; quanto *privilege* dirigido ao Tribunal, como destinatário do sigilo²¹⁴.

A confidencialidade, com relação a terceiros, abrange “toda e qualquer informação” relativa ao procedimento, abrangendo aquelas pertinentes a sua própria existência, seu *iter*, a data ou local de realização, a identidade dos seus participantes, o seu resultado ou os termos do acordo. Nestes termos, não é dado a pessoas estranhas ao processo judicial solicitar informações a respeito da ocorrência da mediação, a não ser que as partes assim convençionem, se houver disposição legal no sentido da divulgação ou se for necessário dar conhecimento de seu teor a terceiros para o cumprimento do acordo.

no caso, um dever a ser observado pelo mediador, e tão somente por ele, não se confundindo, assim, com a confidencialidade, que é extensiva a todos os partícipes do procedimento”.

²¹⁴ “Nos EUA há uma diferença entre *confidentiality* e *privilege*; *confidentiality* está relacionada ao que as partes mantêm em sigilo em relação a familiares, amigos e outros, enquanto *privilege* está relacionado ao que é mantido em sigilo em relação ao Tribunal. Se as partes chegam a um acordo, apenas esse resultado final pode ser apresentado e submetido ao Judiciário. A confidencialidade e o privilégio são protegidos pelo *Uniform Mediation Act*, pelas *Federal Rules of Evidence*, salvo algumas exceções previstas expressamente (casos envolvendo crime, por exemplo)”. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Coleção MASC, vol 1, p.32.

Lecionando sobre a arbitragem nos contratos administrativos, Salles assevera existirem diversos graus de confidencialidade, e variáveis extensões²¹⁵. O CPC e a Lei de Mediação, todavia, trataram exaustivamente do tema.

A lei enumera de forma mais minuciosa que o código o conteúdo objetivo da confidencialidade (art. 30, §1º):

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

Diante disso, a indagação inicial é pertinente ao caráter exemplificativo ou exaustivo deste rol objetivo de dados protegidos pela confidencialidade, o que impescinde da definição do alcance do “procedimento” submetido a sigilo (artigo 166, §1º do CPC).

Teria sido mais exato se o código utilizasse a terminologia própria dos atos produzidos pelos auxiliares da justiça, como “certificar”, “registrar em ata” ou “atermar”, pois estes são os atos escritos que correspondem aos auxiliares da justiça, não lhes sendo comum “divulgar”. De toda sorte, a lei proíbe a disseminação verbal, informal ou formal, o que com mais razão deve ser aplicado a registros escritos, formais ou informais, como anotações ao magistrado; afinal a sessão autocompositiva não produz prova sob o crivo do contraditório, o que somente é possível mediante a realização de depoimentos – pessoais ou testemunhos - perante o magistrado.

As hipóteses enumeradas nos incisos do artigo 30 da Lei de Mediação se destinam aos participantes do procedimento que, obviamente, terão conhecimento prévio da realização da sessão e terão ciência do que presenciarem. Os incisos I, II e III do artigo 30 da Lei de Mediação preocupam-se com a atuação das partes baseada na oralidade. Os movimentos de negociação, com propostas e contrapropostas aceitas e recusadas não devem ser registrados em ata, ou em

²¹⁵ “A confidencialidade pode ter vários graus e, também, variável extensão, dependendo da vontade das partes. Pode dizer respeito à própria existência da arbitragem, de seu resultado, de documentos ou informações especificados e atuar em relação a determinadas pessoas, situações, entidades ou instituições. Em geral, no entanto, esse atributo é genericamente relacionado aos procedimentos de arbitragem”. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 55.

qualquer outro meio, pois não constituem prova ou algum indício de reconhecimento do direito da outra parte; são comunicações facilitadas pelo mediador, baseadas na oralidade e na informalidade, com o cunho de explorar possíveis soluções. Assim, preserva-se o aspecto cooperativo da sessão autocompositiva, o que em termos técnicos se chama de espiral construtiva do conflito.

A confidencialidade às falas dos participantes lhes confere maior liberdade para manifestarem pontos de vista em comum com a parte adversária, sem lhe trazerem consequências adversas para o processo em suas fases seguintes. Esta perspectiva favorece, inclusive, que não existam, se puderem exprimir seus reais interesses e revelarem uma zona de possível acordo.

As declarações, opiniões, sugestões, promessas ou propostas que antecedem o acordo, ou seja, que não constituírem suas condições, devem ser protegidas pelo sigilo. A legislação tampouco levanta o sigilo na hipótese de acordo.

Neste contexto, causa espécie a “manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador”, fazendo lembrar as criticadas “propostas do juízo”, o que transbordaria a atividade de facilitar a comunicação entre as partes, constituindo, no mínimo, uma sugestão. As modernas ferramentas de mediação recomendam a realização de perguntas para gerar opções, e não a formulação de propostas pelo mediador. Em todo o caso, a lei resguarda a proposta de acordo, obviamente, se recusada por uma das partes, pois a solução aceita por ambas se tornaria acordo finalizado.

A mesma finalidade de conferir liberdade às negociações protege os documentos preparados unicamente para fins da sessão autocompositiva; estes podem inclusive ser trazidos por representantes legais ou prepostos, como cálculos, laudos técnicos ou mesmo propostas preparadas previamente à sessão. Tais documentos não poderão ser juntados aos autos para fins de reconhecimento de fato ou da pretensão da outra parte, a não ser que convencionado por ambas as partes (artigo 30, *caput* da Lei de Mediação).

A confidencialidade não protege escrituras públicas e documentos oficiais; não basta apresentá-los em sessão para “contaminá-los” com a confidencialidade, será inclusive medida de boa-fé, no processo cooperativo, que a parte que o tenha, e desde que seja importante para o processo, o apresente para juntada imediata. Consistiria de difícil avaliação, na própria sessão, da preparação exclusiva de documentos particulares para a finalidade de servi-la, acaso não registrados ou

produzidos unilateralmente pelas partes, não devendo ser apreendidos pelo mediador diante do risco em se vulnerar a confidencialidade da sessão.

Propostas veiculadas por escrito para apresentação em sessão ou em substituição igualmente atraem o sigilo; não há vinculação necessária entre a confidencialidade e a sessão autocompositiva, mas entre o princípio e todo o procedimento consensual (artigo 166 §1º do CPC). Há uma série de fatores que dificultam a realização de sessões autocompositivas: a falta de conciliadores e mediadores capacitados, as longas distâncias do país, limitados quadros de defensores ou procuradores públicos. Todavia, tais dificuldades não devem impedir tratativas escritas de transação em juízo; merecem a proteção do sigilo as peças que contenham propostas e contrapropostas (art. 30, §1º, I da Lei de Mediação). A sentença de mérito, dando procedência a uma ou outra parte fundamentada nestas tratativas escritas será nula²¹⁶.

O direito de conhecer e se manifestar sobre todas as alegações e provas é limitado em se tratando de sessões individuais (artigo 31 da Lei de Mediação) – ou *caucus* –; técnica praticada com certa frequência por mediadores e conciliadores quando vislumbram a necessidade de oitiva privada de uma das partes, normalmente para acalmar ânimos, aplacar receios. Poderá ainda fazer perguntas para colher novas informações que uma das partes resista em revelar, ou aplicar técnicas que não seriam recomendáveis na presença da outra parte, sob pena de desequilibrar a negociação, como o teste de realidade²¹⁷.

²¹⁶ “Da mesma forma, intimar as partes a formular propostas escritas as deixará disponíveis para avaliação do magistrado em uma eventual condenação – e a parte, sabedora deste fato, terá mais uma razão a recusá-la; a ausência da oralidade, ademais, neste caso, prejudicará uma negociação dinâmica e não resultará em um acordo mais justo: a formalidade da escrita desconhecerá e poderá omitir detalhes que poderiam beneficiar não somente uma, mas ambas as partes, bem como serem decisivos na própria escolha em transigir ou não. A sentença proferida por juiz, em decisão adjudicatória, que apresentar fundamentação calcada em termos da proposta escrita estará cunhada de nulidade, e a solução quanto à sua declaração pelo Tribunal será o encaminhamento dos autos a outro magistrado, em observância ao princípio da imparcialidade”. ARAUJO, Aline Alves de Melo Miranda. Normas processuais fundamentais e princípios da conciliação e da mediação no Código de Processo Civil. in: BELMIRO; Celso; PEREIRA, Daniel Queiroz; HILL, Flavia Pereira; MARTINS, Leonardo Oliveira Silveira Santos. (Org.). *Coletânea Estudos Sobre Mediação no Brasil e no Exterior*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2020. v. 4, p. 23.

²¹⁷ “O choque ou teste de realidade consiste na apresentação de uma perspectiva diversa àquela de uma ou ambas as partes, de maneira a se notar a discrepância entre o que se imagina e o que se costuma ocorrer”. Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal, p. 82. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>. Acesso em: 20 abr 2020.

Em todo o caso, a sessão individual confere ao mediador acesso a questões centrais ou colaterais que estejam obstando a solução consensual, cujo conhecimento lhe facilitará gerar opções para as partes, sem que essa informação seja compartilhada pela parte não participante da sessão. A confidencialidade está assegurada no artigo 31 da Lei nº 13.140/2015²¹⁸²¹⁹, contudo, na utilização cotidiana do *caucus*, não raramente, após a intervenção do conciliador ou mediador, a parte permitirá que alguma informação nela revelada seja compartilhada com a outra parte na sessão conjunta, provavelmente porque disso dependerá o encaminhamento da solução do conflito.

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública possibilitam ao conciliador ouvir partes e testemunhas para esclarecimento dos fatos, e suas declarações são registradas nos autos para exame do juiz inclusive (art. 16, §§1º e 2º da Lei nº 12.153/09). A confidencialidade é dispensada pela lei neste procedimento, mas mantida no regime dos Juizados Especiais Federais à ausência de regra semelhante.

Nenhuma das exceções à confidencialidade estabelecidas pela Lei 13.140 – Lei de Mediação se refere a fatos da causa que o juiz precisaria conhecer para necessariamente julgá-la. As informações relativas a crime de ação penal pública (art. 30, §3º da Lei de Mediação) não são protegidas pela confidencialidade, admitindo que restem consignadas em ata.²²⁰ A confidencialidade tampouco irá obstar o recolhimento de tributos, e para estes efeitos há o “dever” de serem prestadas informações que digam respeito ao procedimento da mediação (§4º).

Pinho e Nunes criticam o teor do §3º do artigo 30 da Lei de Mediação por não se restringir às hipóteses de ação incondicionada, dada a possibilidade de retirada

²¹⁸ Lei 13.140/2015: “Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado”.

²¹⁹ “Não enxergamos violação ao contraditório, desde que o mediador exponha a possibilidade da realização de sessões privadas no curso do procedimento, e as partes concordem expressamente.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes de. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. *RJLB*, n. 5, 2017. p. 864.

²²⁰ É a interpretação de Pinho e Nunes. Confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a Fazenda Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018. p. 17: “Outrossim, se a mediação for judicial, a informação do crime deverá ser consignada em ata e remetida ao juiz competente para a adoção das providências necessárias pelo centro judiciário de solução consensual de conflitos”.

da representação pelo ofendido, defendendo uma interpretação restritiva do dispositivo e a inclusão da improbidade administrativa ao lado dos crimes²²¹.

1.4.4 Fundamentos da Confidencialidade

Por último, as razões da confidencialidade merecem ser esclarecidas, a começar pelo argumento de que a dispensa da confidencialidade pode premiar partes que utilizem da mediação com má-fé²²², apenas para obter informações e utilizá-las na fase probatória. Fatos novos e que beneficiem a estratégia adversarial de uma das partes podem fulminar a tentativa de conciliação se puderem ser utilizados na fase instrutória; portanto a sessão consensual deve ter seu conteúdo resguardado, estando impedidas as partes de divulgar em juízo as informações nela obtidas. Neste sentido, a confidencialidade guarda estreita relação com a boa-fé.

Parte da doutrina, como Cunha²²³, considera ser o fundamento a garantia fundamental processual da imparcialidade do magistrado²²⁴, que estaria violada conforme tivesse ciência do teor das negociações, ventiladas sem a preocupação de influenciar positivamente o mérito da causa.

²²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NUNES, Patrícia Elael. A confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a Fazenda Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018. p.17.

²²² “Tem-se, na verdade, uma escolha: sem confidencialidade, a mediação é um processo que pode premiar as partes que dele participam de má-fé, o que causa uma fuga desse processo (ainda mais porque é não obrigatório). Com a confidencialidade, protege-se melhor as partes de boa-fé e, com a projeção dessa garantia, poucas pessoas evitariam uma mediação por medo de consequências adversas em um eventual futuro processo judicial”. TRANCHO DE AZEVEDO, Gustavo. Confidencialidade na Mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v.2. p.

²²³ “O juiz deve sempre estimular a conciliação (inclusive na audiência de instrução – CPC, art. 359), embora essa atividade deva ser, por excelência, desenvolvida por um conciliador ou mediador habilitado. A preocupação do CPC é assegurar a imparcialidade do juiz e permitir um diálogo mais franco e flexível das partes nos esforços de autocomposição, já que o juiz que conduzir ativamente uma mediação ou conciliação pode, em alguma medida, acabar influenciado em seu julgamento pelas tratativas frustradas e pelo que for dito pelas partes no esforço de resolução amigável.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n.1, 2020. p. 157.

²²⁴ “Daí também emana a tese de que a atividade de mediar não seja praticada por magistrados, promotores ou advogados diretamente ligados à causa, sob pena de prejudicar a imparcialidade e neutralidade destes com o conteúdo trabalhado nas sessões entre e inter partes”. WAQUIM, Bruna Barbieri; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A institucionalização da mediação no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário. *Civilistica*, n. 2. 2018. p. 21 e 22.

Argumenta-se, ainda, que ao não terem tal garantia declarada ao início da sessão e cumprida, as partes não estabelecerão uma relação de confiança a ser firmada com o mediador²²⁵ pelo prognóstico dos fatos ventilados serem levados a conhecimento do juiz²²⁶, havendo tal fato um impacto negativo na viabilidade ou qualidade da solução consensual.

A consequência deste princípio importará se não houver acordo²²⁷, pois o juiz natural estará ciente de informações obtidas sem a observância do contraditório em seu sentido clássico, essencial para a produção de provas. Afinal, um dos receios das partes em negociar consiste em que os dados que sejam revelados nesse esforço sejam posteriormente utilizados para a formação do convencimento do juiz. A confidencialidade, neste sentido, fundamenta a realização da sessão consensual nos centros judiciários (art. 165) e por conciliadores ou mediadores certificados (art. 167 §1º do CPC): apenas assim será resguardado o princípio e, de forma mediata, a norma fundamental do estímulo das soluções consensuais.

Outro ponto de divergência na doutrina²²⁸ diz respeito à invocação do princípio da confidencialidade a impossibilitar o juiz tentar a própria conciliação

²²⁵ “Com efeito, a confidencialidade é essencial para o bom desenvolvimento do procedimento, isto porque, na mediação, as partes prestam informações ao mediador que, seguramente, no decurso do processo judicial, seriam previamente avaliadas quanto à sua oportunidade e conveniência, e tal situação decorre de dois elementos fundamentais – a confiança depositada na figura do mediador e a existência do dever de confidencialidade no âmbito do procedimento, em oposição à publicidade no processo judicial. Esses são os motivos que conduzem a norma a coibir a divulgação das informações colhidas em processos arbitrais ou judiciais”. HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval (org.). São Paulo: Atlas, 2016. p. 198.

²²⁶ “O autor descreve que os participantes da mediação se sentem inseguros ao participar do processo porque acreditam que qualquer informação que surja durante o processo chegará ao juiz que julgará a causa caso não se obtenha um acordo. Desses fatos não se pode concluir, como faz o doutrinador, que a confidencialidade não é necessária ao processo. Pelo contrário, o problema descrito somente reafirma a sua importância.” AZEVEDO, Gustavo Tranco de. Confidencialidade na Mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v.2, p. 310.

²²⁷ Mesmo assim, vislumbra-se alguma preocupação da doutrina especializada com informações na ata de acordo, talvez diante da possibilidade de o juiz recusar-se a homologar o acordo conforme tenha conhecimento de informações contidas na ata da sessão; é o que transparece do Enunciado nº 46 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial De Litígios (Brasília, 22/23 de agosto de 2016): “Os mediadores e conciliadores devem respeitar os padrões éticos de confidencialidade na mediação e conciliação, não levando aos magistrados dos seus respectivos feitos o conteúdo das sessões, com exceção dos termos de acordo, adesão, desistência e solicitação de encaminhamentos, para fins de ofícios”. Enunciados disponíveis em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em 15 jun 2020.

²²⁸ Daniela Monteiro Gabbay comentou sobre a prática observada na justiça norte-americana de a juíza (*magistrate judge*) da District Court de Connecticut fazer a ressalva no início das sessões de

judicial²²⁹ e depois estar apto para o julgamento do feito se frustrada a tentativa de o acordo²³⁰; seja para manter sua imparcialidade, seja para assegurar que as partes logrem uma barganha mais livre e vantajosa, desvinculada da estratégia da fase contenciosa.

Porém, nos termos dos artigos 139, V e 359 do CPC, o magistrado pode realizar pessoalmente uma sessão autocompositiva se não houver centro judiciário atendendo ao órgão jurisdicional²³¹²³², que tampouco tenha conciliador ou mediador

mediação “sobre o seu papel e a confidencialidade das declarações feitas durante a sessão”, o que se supõe que seja feito para deixar as partes mais à vontade na sua presença. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). Brasília, 2013. Coleção MASC, v.1, p. 147.

²²⁹ Hanns Prütting faz alusão à solução do direito processual alemão que instituiu a figura do juiz conciliador (§ 278 párr. 5 ZPO) o qual, sendo diverso do juiz que julgará o mérito, tem a confidencialidade resguardada: “*La ley resguarda la audiencia ante los conciliadores que queda sujeta a la publicidad en primera instancia, pero no exige lo mismo en relación al juez conciliador. Además, se debe evitar por regla general un sistema de registro de la audiencia ante el juez conciliador (§ 159. 2 ZPO). A ello se suma su deber de confidencialidad de acuerdo con el § 46 DRiG y el por qué se justifica que queden eximidos de proporcionar información como prueba obtenida en el ejercicio de esta función según § 383, párr. no. 6 ZPO.*” *La diferencia entre juez conciliador, mediador y componedor de conflictos*, Repro 272/441-452, RT, São Paulo, out. 2017

²³⁰ “A legislação processual civil atribuía ao juiz o dever de tentar obter a autocomposição pelas partes, conciliando-as. A experiência demonstrou que tal opção não é adequada, por vários motivos. Primeiro, o juiz foi formado para julgar, não tendo preparação satisfatória para adoção das técnicas de convencimento ou de ajuda à obtenção da autocomposição. Segundo, o juiz tem suas preocupações voltadas para os julgamentos e as prolações das decisões a seu cargo, não reunindo condições de tempo para as tentativas de autocomposição. Terceiro, o ambiente da sala de audiência, que ostenta símbolos formais que intimidam, não se revela adequado nem satisfatório para convencer as partes a uma autocomposição. Quarto, não é igualmente adequado aglutinar a função de conciliador e de julgador, pois muitas das informações prestadas na sessão de conciliação influenciam o convencimento, eliminando o sigilo e a confidencialidade que são relevantes para que se tente obter a autocomposição. Quinto, não há distinção satisfatória entre conciliação e mediação, não sendo utilizadas as técnicas corretas para cada caso específico.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil*. *Revista ANNEP de Direito Processual*. v. 1, n.1, 2020. p. 152.

²³¹ Conforme o artigo 8º da Resolução CNJ 125/2010: “§ 2º Nos tribunais de Justiça, os Centros deverão ser instalados nos locais onde existam 2 (dois) Juízos, Juizados ou Varas com competência para realizar audiência, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil. § 3º Os tribunais poderão, enquanto não instalados os Centros nas Comarcas, Regiões, Subseções Judiciárias e nos Juízos do interior dos estados, implantar o procedimento de Conciliação e Mediação itinerante, utilizando-se de Conciliadores e Mediadores cadastrados. § 4º Nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, é facultativa a implantação de Centros onde exista um Juízo, Juizado, Vara ou Subseção desde que atendidos por centro regional ou itinerante, nos termos do parágrafo anterior. § 5º Nas Comarcas das Capitais dos Estados bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será concomitante à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. § 6º Os tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, podendo, ainda, instalar Centros Regionais, enquanto não instalados Centros nos termos referidos no § 2º, observada a organização judiciária local. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)”

²³² No âmbito federal, disciplinou o Conselho da Justiça Federal na Resolução CJF 298/2016, em seu artigo 7º §2º: “Nas subseções judiciárias onde houver um único juízo, juizado ou vara, é facultativa a implantação de CEJUSCONS, desde que atendidos centros regionais ou itinerantes.”

capacitados, competindo-lhe se declarar suspeito se entender que seu convencimento restou contaminado após participar das negociações²³³. Esta situação deve ser evitada, pois experiências em diversos países demonstraram o fracasso das tratativas, ainda que iniciais, conduzidas pelo juiz²³⁴ sem maiores técnicas ou planejamento. Sequer bastará assegurar a intervenção de um terceiro imparcial mas sem o treinamento necessário para estimular um acordo²³⁵.

Outra solução, a *contrário sensu* do artigo 13 da Lei de Mediação, consistiria em alertar as partes que não estaria assegurada a confidencialidade na sessão diante da presença de magistrado. Neste caso as declarações e informações prestadas poderiam ser posteriormente utilizadas como provas. Este procedimento evitaria uma posterior alegação de nulidade da instrução processual.

Resnik²³⁶ relatou que alguns juízos distritais norte-americanos trocam de casos para atuar como mediadores, distinguindo-se as figuras do juiz que julga do juiz mediador, único que tem acesso às informações confidenciais da mediação; tratam-se portanto de opções que, à guisa do sistema federativo daquele país, não encontram regulamentação expressa abrindo espaço ao gerenciamento pelos juízes.

²³³ Leonardo Greco menciona a teoria da contaminação: “A imparcialidade deve também ser examinada nos casos das chamadas *contaminações psicológicas*: o juiz que desentranha prova ilícita da qual já tomou conhecimento; o juiz que julgou o autor carecedor da ação e teve a sua decisão reformada, sendo obrigado a julgar o mérito contra a sua convicção (...); nos países que têm juizado de instrução, o juiz que investigou o crime não deve julgá-lo. Não me parece que, salvo no último caso, em que a incompatibilidade decorre de que os atos do investigador serão objeto do julgamento, nos demais se possa considerar o juiz suspeito ou impedido, embora se encontrem decisões até de tribunais internacionais que em determinados casos decidiram pela suspeição.” GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o Processo Justo*. Estudos de direito processual. campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 6.

²³⁴ Michelle Taruffo sobre a atividade conciliatória do juiz no início do processo: “*Questi strumenti hanno tuttavia un esito incerto e discontinuo. particolare, l’esperienza di alcuni ordinamenti è nel senso che il tentativo di conciliazione effettuato dal giudice, di solito nella fase iniziale del procedimento, porti raramente ad risultati positivi.*” *Un’alternativa Alle Alternative: Modelli Di Risoluzione Dei Conflitti.. Argumenta Journal Law*, n. 7, 2013. p. 268.

²³⁵ Sobre o tema, Leonardo Greco: “É preciso anteceder-las de programas adequados de formação de mediadores ou conciliadores qualificados e que despertem a confiança dos litigantes. Esses mediadores precisam ser pessoas reconhecidamente idôneas, que se imponham ao respeito das partes e que, tendo participado de um programa bem estruturado de formação de negociadores, façam uso das técnicas dessa especialidade de modo a captar a confiança das partes e da sociedade e a obter resultados que efetivamente satisfaçam aos que os procuram.” Michele Taruffo, ao comentar a possibilidade de o juiz indicar o conciliador ou o árbitro no curso do processo, deduz ser uma medida salutar para o controle da qualidade de tais profissionais: “*Può anche trattarsi di organi pubblici, o di servizi appositamente organizzati: secondo il modello della c.d. multi-door court questi servizi potrebbero essere anche istituiti presso le corti, e sotto il controllo di apposite autorità. questo modo può essere garantita la serietà e l’imparzialità dei conciliatori e degli arbitri, ed anche la loro preparazione professionale, oltre alla loro capacità di trattare le parti modo corretto ed equo.*” *Un’alternativa Alle Alternative: Modelli Di Risoluzione Dei Conflitti. Argumenta Journal Law*, n. 7, 2013. p. 269.

²³⁶ RESNIK, Judith. *Los jueces como directores del proceso. Revista de Processo*. v. 268, p. 189-280, 2017.

De qualquer forma, tem-se que a confidencialidade, como qualquer princípio, poderá ter sua aplicação relativizada²³⁷ diante de outros princípios ou normas fundamentais processuais. Nesta hipótese, não será a vontade das partes a ensejar a dispensa do segredo, mas outras normas fundamentais processuais em virtude de critérios de razoabilidade.

A Lei de Mediação, especial para o procedimento consensual em juízo, não excepciona a confidencialidade com relação à administração pública em juízo, e tampouco o CPC, de modo que a discussão parece deslocada na seara processual e deve ser tratada perante a legalidade e isonomia do direito administrativo. Afinal, a argumentação da transparência e sindicabilidade do acordo não guardam relação com as tratativas as quais, se trouxerem consequências econômicas, estarão expressas no acordo homologado por sentença, portanto, tornado público. Os fatos e propostas versados em audiência que resultem em um não acordo não suscitam o interesse dos órgãos de controle externo de modo a suscitar a discussão.

A discordância se aprofunda diante de acordos que tratem de políticas públicas, ou de interesse público²³⁸, ou ainda que ao menos tenham um grau de repetitividade capaz que provocar impacto na sociedade. Em tais hipóteses, discute-se o grau de representatividade dos envolvidos, bem como as possíveis implicações entre a confidencialidade e algum *déficit* democrático.

1.5 A atividade consensual da Administração Pública em juízo

A Lei de Mediação, marco legal do instituto no Brasil, traz diversas disposições a respeito da “autocomposição de conflitos em que for parte pessoa

²³⁷ “Portanto, isso quer dizer que a confidencialidade é um direito relativo, cuja exceção ocorre quando a lei exige a revelação das informações obtidas no âmbito do procedimento de mediação, por virtude de tutelar interesse que se sobrepõe aos das partes do procedimento”. HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: *O marco legal da mediação no Brasil – comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, CABRAL, Trícia Navarro Xavier e HALE, Durval (org.). São Paulo: Atlas, 2016. p. 199.

²³⁸ “Ao contrário dos Códigos de Ética, a doutrina comporta vozes destoantes da defesa da confidencialidade. Rejeitam os motivos acima e dão argumentos contra a tese de que a confidencialidade é útil à mediação. Em cortes norte-americanas, também, há quem entenda que o interesse público de alcançar a verdade material supera, em alguns casos, o interesse social em manter o sigilo das informações obtidas em razão do processo de mediação”. AZEVEDO, Gustavo Trancho de Confidencialidade na Mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v.2, p. 309.

jurídica de direito público”, título de seu Capítulo II. A mediação com a administração pública é tratada pela lei em suas seções; a primeira com disposições comuns, e a segunda tratando de conflitos envolvendo a administração pública federal direta, autarquias e fundações – disposições de caráter federal portanto. Contudo, há normas dirigidas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como a previsão de resolução extrajudicial de controvérsias mediante a instituição de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos²³⁹ para todos os entes federados no âmbito das advocacias públicas (art. 32, *caput*), e a faculdade de submissão de litígios com os entes federais à Advocacia-Geral da União (art. 37), igualmente disponibilizada às suas autarquias e fundações e às empresas públicas e sociedades de economia mista federais.

As disposições gerais da seção I tratam do funcionamento das referidas câmaras (art. 32), da constituição de título executivo extrajudicial nos acordos produzidos no âmbito de suas atividades (art. 32, §3º), da aplicação transitória das normas relativas à mediação antes de suas constituições (art. 33), e da suspensão da prescrição diante da instauração de procedimento administrativo de resolução consensual de conflito (art. 34).

A seção II cria o instituto da transação por adesão (art. 35), além de mecanismos e institutos pertinentes à composição extrajudicial de conflitos, inclusive a tributária (art. 38). Outras regras mencionam expressamente sua aplicabilidade à composição extrajudicial, como as relativas às responsabilidades no âmbito civil e administrativo pertinentes ao agente público que deu causa à dívida (art. 36, §3º) – pela subsistência diante do consenso - e quanto àqueles que atuarem com dolo ou fraude na autocomposição gerando vantagem patrimonial indevida para si ou terceiros, sendo que neste caso há menção à responsabilidade criminal (art. 40).

A exigência de autorização prévia do Advogado-Geral da União para a judicialização dos litígios entre órgãos e entidades da administração pública federal (art. 39) revela o desenho institucional para o tratamento de conflitos no âmbito da União Federal e seus entes, que elege como primeira via de solução a tentativa de consenso de forma extrajudicial.

²³⁹ Estas são as competências das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos: dirimir conflitos entre seus próprios órgãos e entidades (inciso I); avaliar a admissibilidade de pedidos de resolução de conflitos entre particular e pessoa jurídica de direito público (II) e promover termo de ajustamento de conduta (III).

A Lei de Mediação, portanto, não interfere no procedimento descrito pelo CPC para a mediação judicial baseado na presença da Administração Pública em um dos polos da ação, limitando-se a esta referência ao trato antecedente das questões. A única referência no Capítulo II da lei ao processo judicial é a exigência de “anuência judicial” acaso o objeto do acordo esteja sendo examinado em ação de improbidade administrativa (art. 35, §4º).

O exame da atividade consensual da Administração Pública em juízo, portanto, partirá do exame das normas relativas à mediação judicial constantes da própria Lei de Mediação e do Código de Processo Civil.

1.5.1 Administração Pública e litigância de massa

O fenômeno da litigância, ou litigiosidade de massa é reconhecido atualmente diante da convergência de uma série de fatores: o advento do Estado Social, a sociedade de massa, a conscientização dos direitos pela sociedade são os frequentemente apontados. Especificamente ao seu reflexo e objeto do nosso estudo, as demandas repetitivas – consideradas as que contêm questões em comum - Cunha relaciona seu crescimento à insuficiência de alcance das ações coletivas para o surgimento das causas repetitivas²⁴⁰, que surgem “de atividades reiteradas, realizadas no setor público ou na iniciativa privada”²⁴¹.

Os maiores litigantes no Brasil são as grandes empresas do varejo, a administração pública e prestadores de serviços públicos. Conforme Asperti²⁴² leciona, as disputas repetitivas envolvem, tipicamente, uma relação entre um litigante repetitivo - *exempli gratia*, o poder público -; e um litigante ocasional – o

²⁴⁰ Pode-se resumir as razões indicadas: (i) poucas associações o que assoberba de trabalho o Ministério Público e da Defensoria; (ii) restrições inadequadas às associações; (iii) matérias inadmissíveis em ações coletivas; (iv) regime da coisa julgada coletiva extensível *secundum eventum litis*; (v) limitações subjetivas e territoriais à coisa julgada; (vi) falta de previsão de um regime jurídico para a prescrição; (vii) falta de tutela jurídica de direitos coletivos homogêneos ou questões processuais repetitivas. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 205-207

²⁴¹ Op. cit., p. 204.

²⁴² ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas: os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 19.

cidadão. O INSS é a parte mais demandada na Justiça Federal nas estatísticas anuais do Conselho Nacional de Justiça.

A doutrina identifica as vantagens destes litigantes repetitivos – de caráter técnico ou econômico - em face dos hipossuficientes jurídicos: pessoas que não têm conhecimento ou experiência jurídica em juízo.

Galanter²⁴³ identificou os “*repeat players*”, a quem atribuiu ainda as qualidades de “*large, professional*” – grandes litigantes, ou litigantes profissionais. Enumerou ainda suas vantagens: a habilidade de estruturar transações, o conhecimento especializado, a economia de escala, a estratégia de longo-prazo, a capacidade de atender às normas, a credibilidade na barganha e a capacidade de investir.

Mancuso ressalta serem desiguais os poderes entre os litigantes habituais e os eventuais, que “raramente comparecem ao serviço judiciário estatal e, por isso mesmo, lhes pesam extraordinariamente os ônus, encargos e riscos inerentes ao processo.”²⁴⁴

Os grandes litigantes detêm um amplo poder de influência sobre o *design* de sistema de disputas institucional, e este somente será coadunado com o acesso à justiça e, portanto, com o devido processo legal, se cercado de atenção ao “consumidor” de justiça identificado por Cappelletti.

Com relação ao *design* de sistemas de disputas para a administração pública²⁴⁵ não se pode desprezar as vias disponibilizadas pelo arcabouço legal: (i) uma fase administrativa decisória – o processo administrativo, abarcando o recurso administrativo; (ii) uma fase extrajudicial de solução consensual de conflitos nas câmeras – com a função precípua de prevenção e resolução autocompositiva incluída a arbitragem; (iii) os métodos consensuais no poder judiciário – artigo 334 do CPC e (iv) a tutela adjudicada. São estes os mecanismos de solução de conflitos

²⁴³ GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, 1974. v. 9, p. 32: “*ability to structure transaction; specialized expertise, economies of scale, long-term strategy, ability to play for rules, bargaining credibility, ability to invest in penetration.*”

²⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 146.

²⁴⁵ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson Di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 19: “A consolidação da mediação como método eficiente e apropriado para resolução de conflitos por órgãos e entes da Administração Pública, assim, depende invariavelmente da institucionalização desse método – no que a criação da CCAF pode ser considerada um marco da legitimação da mediação na Administração Pública – e do desenho procedimental conferido ao instituto.”

à disposição da administração pública, a serem utilizados sucessivamente pelo particular.

No âmbito judicial, o papel de equalizador das forças em jogo cabe aos órgãos centralizados dos Tribunais, os quais, suponha-se, sejam munidos de dados e poder de negociação proporcional a tais entes. Os litigantes habituais, ou repetitivos,²⁴⁶ manifestam previamente suas intenções quanto à utilização de métodos consensuais com relação a determinadas matérias nas reuniões interinstitucionais realizadas pelos Núcleos Permanentes dos Tribunais com base na Resolução CNJ 125/2010²⁴⁷. Através destas reuniões os grandes litigantes têm a chance de antecipar tanto sua manifestação de desinteresse na sessão ou quanto a uma transação em determinadas matérias presentes nos litígios de massa. Nesta oportunidade são definidas as matérias conciliáveis e critérios e métodos para a mediação, que podem ser publicizados através de resoluções ou protocolos de procedimentos²⁴⁸, estabelecendo um *design* de sistema de disputas.

Esta postura alinha-se com o princípio cooperativo constante do artigo 6º, que ao almejar a “decisão de mérito, justa e efetiva”, abarca a autocomposição que resolve o mérito do processo.

A combinação deste princípio com a expressão constante da parte final do artigo 3º, §3º do CPC – “inclusive no processo judicial” – deixa claro que os esforços para alcançar soluções amigáveis, verdadeiro dever de cooperar, devem ser empenhados a qualquer tempo, inclusive antes do ajuizamento do feito; seja nas reuniões interinstitucionais entre tribunais e litigantes de massa, seja pelos patronos das partes em suas consultas, seja pelo *parquet* na elaboração de TAC's (termos de ajustamento de condutas) em inquéritos civis, ou pela defensoria pública na tentativas de solução administrativa antes de ajuizar ações.

²⁴⁶ “Como já enfatizado, um aspecto crucial das disputas repetitivas é que surge da relação entre uma parte que se envolve frequentemente com demandas da mesma natureza e outra que discute tais questões apenas uma ou algumas vezes no Judiciário”. ASPETI, MARIA Cecília de Araujo. A mediação e a conciliação de demandas repetitivas. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2020, p. 57.

²⁴⁷ Vide a lição de TAKAHASHI: “em geral se realiza a chamada reunião interinstitucional entre representantes do Judiciário e o litigante habitual antes da sessão de conciliação, como objetivo de mitigar os riscos da habitualidade.” TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Coleção MASC, v. 6, p. 199.

²⁴⁸ Vide como exemplos os procedimentos disponibilizados pelos tribunais em seus sítios eletrônicos; pelo TRF4 o procedimento da Portaria Conjunta N° 11, de 2021 para as demandas sobre expurgos inflacionários em cadernetas de poupança disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1658, e pelo TRF2 o procedimento para demandas pertinentes ao benefício auxílio-emergencial pela Portaria nº TRF2-PNC-2020/00004, disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/conciliacao/diretrizes-atos-normativos/>.

Pode-se exemplificar esta atividade na instituição de programas consensuais pré-processuais²⁴⁹, ou na dispensa da sessão autocompositiva do art. 334 do CPC.

Não há sentido em se designar diligências inúteis no processo judicial, este se orienta por mandamentos de eficiência e adequação. Diversamente do particular, que comparece à sessão autocompositiva para uma verdadeira pré-mediação, onde lhe são dadas as explicações a respeito do procedimento em busca de sua adesão, as pessoas jurídicas já são informadas destas orientações nas reuniões interinstitucionais.

Quanto ao mérito das demandas de massa, os grandes litigantes formulam suas políticas institucionais baseadas nas suas próprias árvores de decisão, nas quais fundamentam suas margens de negociação ou negativa de transigir.

Às partes comuns, tem sido formada a jurisprudência no sentido de comprovação de um prévio requerimento administrativo para configuração do interesse processual, o que nada mais é que o desdobramento deste dever da busca primeira da solução consensual pelos atores do futuro processo judicial²⁵⁰.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública constituem desdobramentos da igualdade processual²⁵¹ ou da supremacia do interesse público²⁵²; partimos da premissa de que a disciplina da matéria é razoável²⁵³, ao

²⁴⁹ Conforme previstas na Resolução CNJ 125/2010, art. 8º §1º: “As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º)” (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

²⁵⁰ A jurisprudência consolidada neste sentido na seara previdenciária tonou corpo no tema 350 do STF (RE 631.240) tem se ampliado para as demandas de massa, sendo importante a advertência de Fernando da Fonseca Gajardoni: “A legalidade/constitucionalidade da exigência do prévio requerimento extrajudicial, obviamente, só se sustentará a partir da afirmação da credibilidade desse sistema de resolução de conflitos, cuja responsabilidade recai sobre os seus próprios usuários, utilizando-o como oportunidade efetiva de resolver conflitos de parte a parte, sem os custos inerentes ao Poder Judiciário”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *REDP*, v. 21, n. 2, 2020, p. 108.

²⁵¹ Na lição de Leonardo Carneiro da Cunha, *A Fazenda Pública em juízo* (13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33), há uma verdadeira necessidade de se conferirem prerrogativas processuais à Fazenda Pública para a tutela do interesse público e estas “contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.”.

²⁵² Neste sentido, o entendimento crítico de Marco Antônio Rodrigues. *Fazenda Pública no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11: “Contudo, a supremacia não pode ser tida como o único fator de legitimação de tais benefícios, uma vez que o interesse público não necessariamente se confundirá com a defesa de interesses fazendários”.

²⁵³ Conf. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010): “Desse modo, tendo

contrário do que se costumou chamar de meros privilégios. O Código de Processo Civil de 2015 aparou algumas arestas, suprimindo o antigo prazo em quádruplo para contestar para generalizar o prazo em dobro (art. 183 CPC) para qualquer manifestação representando uma ampliação a atingir atos processuais diversos da resposta ao pedido ou interposição de recursos²⁵⁴²⁵⁵. Ressalte-se a preocupação didática do código ao excluir de forma expressa desta sistemática os prazos especiais à Fazenda Pública²⁵⁶, conforme já consagrado pela doutrina e jurisprudência à luz do código anterior.

A intimação pessoal dos representantes judiciais de entes públicos, antes prevista na legislação extravagante²⁵⁷, passou constituir norma do procedimento comum abarcando as procuradorias de todos os níveis em todos os procedimentos (art. 183 §1º CPC). Os honorários sucumbenciais da Fazenda Pública seguem a regragem geral de valoração do grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e importância da causa e trabalho e tempo exigidos pelo advogado para o serviço (§2º); a inovação consiste no estabelecimento de proporcionalidades progressivas ao valor da condenação (Art. 85, §3º) de forma especial e diversa dos honorários devidos às demais partes do processo. A dispensa do adiantamento das despesas processuais foi mantido (artigo 91), assim como o reexame necessário conforme o valor da causa - agora mais elevado, nos termos do artigo 496 e disposições seguintes.

A disciplina dos métodos consensuais no CPC não contém nenhuma norma específica para a Fazenda Pública²⁵⁸ além da determinação de criação de câmaras próprias de mediação e conciliação (art. 174 do CPC), e a Lei de Mediação seguiu

em vista o tipo de “interesse” defendido pela Fazenda Pública, e o adequado aparelhamento à promoção dessa defesa, é razoável conferir ao ente público tratamento diferenciado.”

²⁵⁴ Eis que no diploma anterior o prazo em dobro vigia apenas para a inauguração da fase recursal (art. 188 CPC/1973), e o prazo para resposta era quadruplicado.

²⁵⁵ Vide o entendimento adotado pelo STF no ARE830727, conferindo interpretação restritiva a esta prerrogativa, à luz do art. 188 do CPC/1973, em sede de recurso extraordinário em ação de natureza objetiva.

²⁵⁶ Vide os prazos constantes dos artigos 9º da Lei nº 10.259/01 e 7º da Lei nº 12.153/09.

²⁵⁷ Vide art. 25 da Lei nº 6.880/80, quanto a execução fiscal; ou Lei Complementar nº 73/93, art. 38 o qual, embora não traga expressamente a expressão “pessoal”, passou a ser interpretado neste sentido com relação à advocacia federal: “as intimações e notificações serão feitas nas pessoas do advogado da União ou ao procurador que officie nos respectivos autos”, a seu turno a Lei nº 9.028/95 foi mais explícita ao determinar que “a intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.”

²⁵⁸ Ao contrário da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) que confere tratamento específico à Fazenda Pública mediante a previsão da mediação judicial (Capítulo I, Seção III, Subseção III) e das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (Capítulo II, Seção I) e da transação por adesão (Capítulo II, Seção II).

da mesma forma apesar de tratar de forma geral mediação extrajudicial. Assim, inicialmente tem-se que os interesses que norteiam a consensualidade em juízo sofrem a influência direta das prerrogativas processuais comuns e da sua atuação baseada nos princípios administrativos. O prazo em dobro, por exemplo, pode direcionar a vontade do particular no consenso com a administração pública se o seu interesse se basear na celeridade da resolução.

Examinaremos a seguir alguns embates entre princípios administrativos e princípios atinentes à conciliação e mediação judiciais, sem a pretensão de esgotar o tema, mas diante de situações cotidianas dos foros.

1.5.1.1 Relações entre as condenações judiciais e os acordos

Grandes litigantes passam a gerir grandes acervos de processos. A administração destes passa ao largo da ciência jurídica, envolvendo aspectos negociais, administrativos, econômicos e psicológicos.

Não basta, à atividade consensual, a previsão normativa dos princípios cooperativo e da pacificação social; a autonomia da vontade, princípio informativo dos métodos consensuais, requer que haja voluntariedade e satisfação na construção da solução autocompositiva.

Ganha contornos, neste contexto, a teoria da decisão, estudada sob diversos campos do conhecimento²⁵⁹. Ocupa-se de analisar as opções estratégicas dos agentes em formatos matemáticos e estatísticos, tendo vital importância para avaliações de vantagens nos sistemas de disputas dos grandes litigantes. No âmbito dos litigantes individuais, a decisão impregna-se de aspectos psicológicos, fugindo no mais das vezes da racionalidade pura.

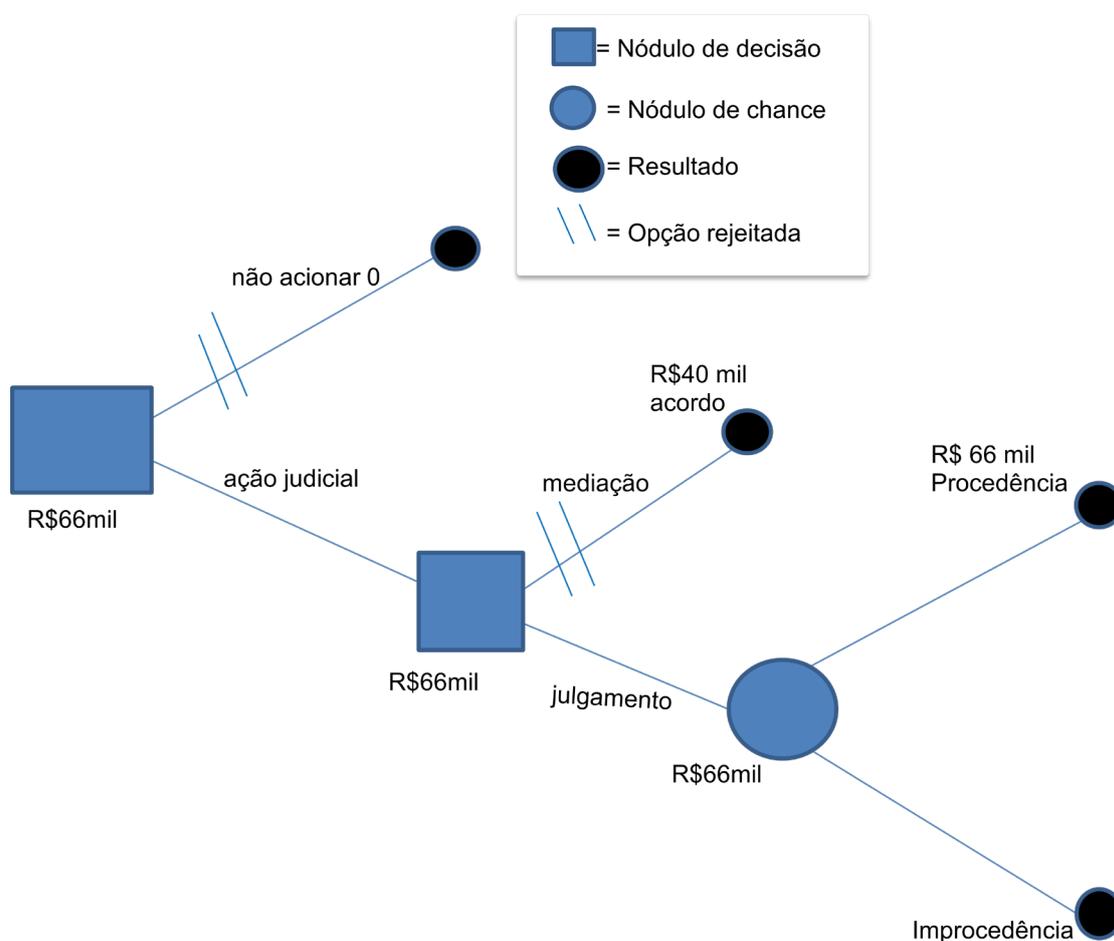
A árvore de decisão é um modelo formal gráfico utilizado para explorar as opções do indivíduo ou instituição – embora seja intuitivo que hoje existam opções tecnológicas disponíveis e complexas para estas, alimentadas por algoritmos.

²⁵⁹ Vide RESNIK, Michael D. *Choices. An Introduction to Decision Theory*. Minneapolis: *University of Minnesota Press*, 2006. p. 3 e 6: “Teoria da decisão é o produto de esforços comuns de economistas, matemáticos, filósofos, cientistas sociais e estatísticos [além de certamente o trabalho daqueles que trabalham com psicologia cognitiva] voltado a dar sentido a como indivíduos e grupos tomam e devem tomar decisões. (...) seja ela individual ou coletiva, uma escolha entre duas ou mais opções ou cursos de ação, que, cada qual, produzirá um ou vários resultados”

Suponhamos como exemplo a situação de Adriana, servidora pública aposentada que, ainda em exercício, opta por um novo regime jurídico que consolida todas as suas gratificações variáveis aos vencimentos. Depois de aposentada, a associação de servidores a procura para ingressar em uma ação para reclamar a equivalência com os servidores da ativa. Apesar de não pacificada a questão pelos tribunais superiores, avalia-se que exista uma chance de 80% do pedido ser provido – a depender da distribuição a juiz ou a turma recursal dos juizados especiais.

Neste exemplo, não há custas e honorários na primeira instância dos juizados especiais federais, e o acordo ofertado, de R\$40.000,00, porém sem majoração dos vencimentos diante de um limite temporal fixado em um regime jurídico mais recente para todos. Os cálculos “cheios” feitos para Adriana pela associação na busca da tutela adjudicada resultam em valor da causa adequada aos juizados, em R\$66.000,00.

Figura 1 - Árvore de decisão do particular



Fonte: A autora, 2022.

Neste exemplo a decisão de Adriana, *one-shotter*, poderá ser arriscar as chances no julgamento pelo magistrado e rejeitar o acordo; afinal tem apenas uma chance neste único processo e há uma diferença considerável entre a expectativa do valor a ser objeto na sentença de procedência diante do valor oferecido no acordo. Situação diversa é a análise empreendida do ponto de vista da administração pública, *repeat player* que tem 80% dos casos julgados procedentes e 20% julgados improcedentes, representando cada processo um custo de R\$52.800,00:

Figura 2 - Árvore de decisão da administração pública

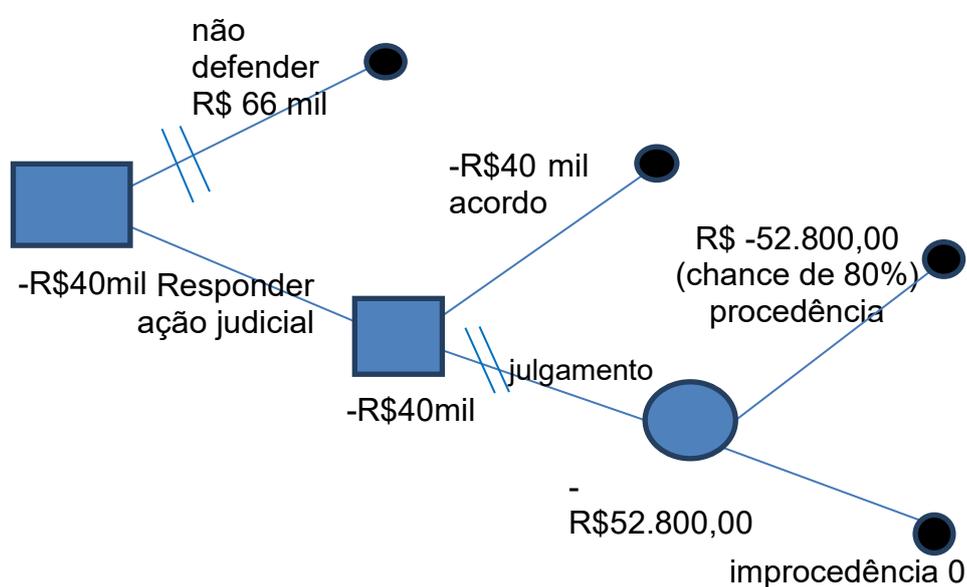


Fig. 2

Fonte: A autora, 2022.

Na árvore de decisão da Administração, decidiu-se oferecer a proposta com um desconto de aproximadamente 25% do custo do processo. Todavia, ainda que oferecesse o valor do custo do processo, haveria um ganho pela economia de recursos humanos e materiais gastos posteriormente à fase autocompositiva – e que não estão nesta árvore. De outra sorte, a administração pública tem outros valores, pois instituições e cidadãos não buscam apenas ganhos financeiros aferíveis nestes cálculos matemáticos, embora seja de fundamental importância que sejam realizados. Há interesses sociais e valores que contam em maior ou menor grau no processo de tomada de decisões traçadas pelos administradores de maior hierarquia.

A mediação se realiza através do diálogo, da negociação e da comunicação. Cada conciliando estará sempre modificando sua estratégia conforme as reações do outro diante das informações compartilhadas e das opções de solução apresentadas. Essa interação recíproca é estudada pela teoria dos jogos, ramo da matemática aplicada e da economia que estuda situações estratégicas na análise de decisões baseadas no comportamento do oponente.

John von Neumann (1903/1957) é o matemático húngaro naturalizado americano considerado o pai da Teoria dos Jogos, tendo publicado em 1944 sua obra maior, *Theory of Games and Economic Behavior*, escrita em conjunto com Oskar Morgenstern. John Nash (1928/2015) teve o mérito de inserir o conceito de cooperação à teoria, elaborando o conceito conhecido como “equilíbrio de Nash”, correspondendo ao “ponto em que, dadas as estratégias escolhidas, nenhum dos jogadores se arrepende, ou seja, não teria incentivo para mudar de estratégia, caso jogasse o jogo novamente”. Assim, o conceito de equilíbrio de Nash não envolve a indicação de melhores estratégias, mas de combinações de estratégias – não pelo acaso, mas pela cooperação consciente dos jogadores²⁶⁰. Representa, portanto, um ponto ótimo em termos de autocomposição.

De outra sorte, a árvore de jogo serve à identificação de uma estratégia dominante, que é a esperada que um agente racional a escolha como o curso de ação adequado na situação de jogo. Contudo, em certas situações, uma das estratégias de determinado jogador pode lhe garantir sempre as melhores recompensas (ou *payoffs*) independentemente da escolha dos cursos de ação de outro jogador. Quando isso ocorre, a estratégia de decisão se torna estratégia estritamente dominante. Ela é a melhor escolha para um jogador, qualquer que seja a escolha do outro jogador²⁶¹ e, no âmbito da mediação, esta ocorrência representa o desequilíbrio de poder.

A matriz de jogo serve a demonstrar de forma resumida as ocorrências da árvore de jogo, que no exemplo acima podem ser assim sintetizadas:

²⁶⁰ Vide HARGREAVES-HEAPM, Shaun O.; VAROUFAKIS, Yanis. *Game Theory: A Critical Introduction*. New York: Routledge, 1995. p. 51 “As estratégias em equilíbrio são as únicas estratégias racionais possíveis que confirmam as expectativas anteriores (...). Por isso, elas requerem que as crenças dos jogadores estejam alinhadas de modo consciente.”

²⁶¹ BAIRD, Douglas G. et al. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 11.

Figura 3 – Matriz de jogo

Ação judicial	R propõe acordo	R contesta a ação
A aceita acordo	(R\$40 mil, -R\$40 mil)	-
A ganha ação	(R\$66 mil, -R\$52,8 mil)	(R\$66mil, -R\$52,8 mil)
A perde ação	(0, 0)	(0, 0)

Fonte: A autora, 2022.

Realizadas as respectivas projeções, as partes conseguirão chegar a um consenso se configurada a zona de possível acordo, ou “zopa”. No exemplo relatado, dentro das margens da inflexibilidade para a consensualidade da administração pública, mediante prévia autorização, a Administração calcula o custo do processo (proposta máxima) e escolhe o valor para apresentar a proposta (proposta mínima). As expectativas otimistas da autora da ação atingem mais de sessenta mil reais; todavia, imagine que a mesma planeje aceitar um valor mínimo de quarenta mil reais, tem-se a zopa entre este valor e os cinquenta e dois mil e oitocentos reais calculados pela administração. Na lógica das concessões mútuas, qualquer valor neste intervalo de valores poderá representar o equilíbrio de Nash para as partes.

Este caso não terá a mínima possibilidade de acordo sem negociação, por não configurada a zopa; a proposta máxima de uma parte não coincide com o patamar mínimo da parte que se obrigará ao pagamento. O conceito, aliás, é aplicável a interesses não patrimoniais, sendo possível mapear posições e interesses coincidentes ou divergentes.

Tudo isso guarda íntima relação com a confidencialidade. Imaginemos que uma das partes tenha acesso aos dados estratégicos da outra, de suas informações econômicas, suas pretensões de ganho, seus gastos, antes mesmo da mediação. Nesta hipótese terá vantagens na mesa de negociação, sabendo antecipadamente os pontos a pressionar, e os valores máximos ou mínimos que a outra parte pode aceitar. Um litigante habitual que tenha suas estratégias “vazadas”, passará a ter desvantagens em um sem-número de processos, correspondentes àqueles em que os advogados e partes opostas tenham conhecimento de suas possibilidades de acordo.

Por outro lado, suponhamos que, percorrido todo este caminho estratégico pelas partes, suas propostas sejam registradas e posteriormente exibidas para o juiz natural. Determinadas pretensões de conteúdo econômico indeterminado principalmente – como pretensões de danos morais - poderão exercer influência no valor ao final atribuído pela sentença de procedência, desconstruindo toda a lógica do processo; ou melhor, invertendo-o. As partes que previamente saibam desta “contaminação” da atividade cognitiva, irão preparar suas propostas ao mínimo, no afã de que estas sejam utilizadas para a sentença, de forma expressa ou não, em fundamentação. Para estas partes sequer haveria interesse em que tais propostas fossem efetivamente aceitas; a finalidade precípua da mesma será gerar uma decisão adjudicada minorada, ainda que fundamentada sob um eventual “reconhecimento do pedido”, o que é totalmente divorciado dos institutos da consensualidade, como o princípio da confidencialidade.

Asperti se refere aos *beelwether trials* do sistema norte-americano, que ocorre na sistemática das *mass litigation* – a litigância de massa, em que alguns casos são julgados e levados em consideração nos parâmetros para futuras negociações:

Essa expressão, que advém do termo utilizado popularmente para designar o carneiro (‘wether’) escolhido para liderar o rebanho e em cujo pescoço é pendurado um sino (‘bell’), remete a um procedimento comumente utilizado por juízes no qual uma ‘amostra’ de casos semelhantes é levada a julgamento perante o júri de modo que os vereditos sirvam de base para julgamentos e negociações de acordos futuras²⁶².

A hipótese de uma amostra de julgamentos ser exposta para a atividade consensual dos demais processos similares não é prevista em lei no sistema brasileiro, embora existam práticas organizadas por tribunais como, por exemplo, a fixação de valores em imóveis passíveis de desapropriação²⁶³, com o objetivo de traçar parâmetros objetivos de julgamento ou acordo. Critérios objetivos para os

²⁶² ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. A mediação e a conciliação de demandas repetitivas – os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do judiciário, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 52.

²⁶³ “Assim, por exemplo, por volta da década de 1970, juízes das antigas varas dos feitos da Fazenda Municipal de São Paulo instituíram em conjunto uma “comissão de peritos” para realizar um estudo prévio dos imóveis a serem desapropriados, objetivando padronizar os valores médios por segmento do terreno. A fixação das faixas de valores permitiu que o ente público se valesse dos parâmetros na esfera administrativa, promovendo a solução consensual em muitos casos, sem a necessidade de judicialização.”. WATANABE, Kazuo e SANTANA, Daldice e TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual do interesse público. Democracia e sistema de justiça : obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Tradução . Belo Horizonte: Fórum, 2020. Acesso em: 05 jun. 2022. P. 350.

acordos e, por conseguinte, para as propostas, contibuem para uma coerência jurídica e econômica do sistema de tratamento de conflitos.

Tratando-se da administração pública em juízo, balizas pré-determinadas para os acordos, incluídas as que não tenham caráter financeiro, se coadunam com a manutenção da isonomia no âmbito das mediações. Surge mais uma possibilidade de fixação de condições e propostas para o consenso, de forma prévia por regulamentos administrativos.

No sistema brasileiro, a consolidação da jurisprudência, em qualquer forma do artigo 927 do CPC, é parâmetro para as soluções adjudicadas ou consensuais, servindo as condenações para frear expectativas exageradas das partes nas matérias que tratar e, por outro lado, estimular a repetição de ações. Enquanto perdurar a incerteza quanto à questão de direito são mais flexíveis as expectativas entre as partes na moldagem de suas árvores de decisão, ou árvores de jogo, e portanto é mais atrativa a solução representada pela via de uma transação.

O acertamento da tese jurídica limita a barganha aos seus termos, e este fenômeno é perceptível diante da baixa incidência de acordos nos processos judiciais em segunda instância, por já haver uma sentença a favorecer uma das partes.

Quanto à administração pública, as procuradorias seguem sob a dicotomia acertamento/erro do ato administrativo, sem estarem cientes das vantagens da negociação. A pura legalidade administrativa (art. 37 da CF) é super-valorizada em detrimento dos objetivos fundamentais de solução pacífica dos conflitos (preâmbulo da CF), ou do dever do Estado em promover o consenso sempre que possível (art. 3º §2º do CPC). A fixação de precedentes ou teses repetitivas, porquanto buscada pela administração pública como ensejo para o consenso, tem por efeito anular ou diminuir as chances de barganha nas negociações: quando favoráveis à administração enseja um impedimento absoluto ao consenso; quando desfavoráveis diminui sobremaneira o interesse dos *one-shotters* em conciliar.

Importante para o presente estudo é apontar que a pacificação social, além de uma mera imposição formal, pode corresponder a um interesse público na vertente da eficiência, de caráter econômico, para a administração pública em juízo. Enquanto litigante “profissional”, a administração pública pouco tem explorado suas potencialidades na utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, sejam eles adversariais ou consensuais.

1.5.2 Administração Pública e conflitos coletivos

A sociedade de consumo e a judicialização de políticas públicas do Estado são fenômenos que desafiam a prestação jurisdicional em demandas coletivas, em que se tem em um dos pólos uma pluralidade de indivíduos classificados como *one-shotters* – consumidores, servidores públicos, habitantes, contribuintes – e, de outro lado, o *repeat players*, estes previamente mobilizados e instrumentalizados.

O Código de Defesa do Consumidor traz a tipologia dos direitos tratados pelas ações coletivas (artigo 81 e incisos): direitos individuais homogêneos, direitos coletivos - como aqueles em que os indivíduos são indeneficáveis -; ou difusos - estes compartilhados por um grupo indeterminável ou de difícil determinação²⁶⁴. Ressalte-se que questões que envolvam direitos plúrimos em face da Administração Pública podem ser versados em ações coletivas ou em um grande número de ações individuais repetitivas, que podem vir a sofrer, ou não, algum esquema de coletivação para o julgamento através da sistemática de recursos repetitivos ou IRDR.

A tutela coletiva conta com características específicas como a legitimação extraordinária; a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* e a destinação especial dos produtos do ressarcimento, normalmente a um fundo coletivo²⁶⁵. A legitimidade para as ações do sistema coletivo é prevista em lei, mediante sistemas de legitimação extraordinária, sendo precisas as palavras de Ricardo Perlingeiro quanto ao instituto:

Nos sistemas que a adotam, a tutela judicial coletiva depende da extensão da legitimidade *ad causam* a pessoas que não participam efetivamente do processo judicial, para que, dessa maneira, sujeitem-se igualmente aos efeitos da coisa julgada e, ainda, para que haja garantia da unidade de jurisdição.

Uma declaração coletiva de reconhecimento do direito ou obrigações entre as partes será possível nos acordos coletivos mediante algum esquema de representação, e acaso realizados sob a sistemática das ações coletivas seguindo

²⁶⁴MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, São Paulo:Saraiva, 2007, p. 49.

²⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo:Saraiva, 2007. p. 49

os princípios esculpados nas Lei da Ação Civil Pública, que confere efeitos *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*. O direito brasileiro adotou a representação coletiva por órgão governamental, no caso, o Ministério Público Federal, e as associações. Todavia, há que se vislumbrar uma gama de interesses diversos a serem tutelados.

Hugo Nigro Mazzili faz o seguinte apontamento sobre o que determina ser uma característica importante da tutela coletiva, a conflituosidade dos grupos:

Na tutela coletiva, é frequente a conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos (enquanto, nos conflitos tipicamente individuais, a lide se estabelece entre autor e réu, ainda que agindo isoladamente ou em conjunto com litisconsortes, já nos conflitos coletivos, temos, não raro, grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si, como as de um grupo que, ao invocar o direito ao meio ambiente sadio, deseje o fechamento de uma fábrica, e as de outro grupo de pessoas que dependam, direta ou indiretamente, da manutenção dos respectivos empregos ou da continuidade da produção industrial, para sua própria subsistência).²⁶⁶

Desta forma, há uma multiplicidade de vontades em qualquer grupo considerado, e dentre os legitimados ordinários para as ações coletivas há diversos grupos; o alcance de uma unanimidade dentro de um grupo identificável é em si utópico. Pode ser, inclusive, dificultoso identificar qual a vontade do grupo pela expressão de sua maioria.

A preocupação com o estabelecimento de substitutos processuais e os efeitos da sentença nestes processos, todavia, pareceu esgotar a imaginação do legislador, o qual se esqueceu de franquear a participação do legitimado ordinário no processo. À exceção da possibilidade de ingresso como litisconsorte (art.18, parágrafo único do CPC), a suspensão da ação individual é necessária para obter os efeitos da sentença da ação coletiva (art. 104 da Lei nº 8.078/90), restando um vasto deserto normativo quanto à forma do titular do direito influenciar os rumos em sede de tutela coletiva.

A autonomia da vontade na dimensão coletiva prescinde de um método de aferição para que um eventual acordo reflita a posição de uma maioria, sendo notória a dificuldade em se alcançar o consenso nos diversos tipos de grupos e dimensões de conflitos. Nestes moldes, a mediação em demandas coletivas assume dimensões de complexidade.

²⁶⁶ Op Cit, p. 49.

Fiss, em *Against settlement* (contra o acordo, em tradução livre), criticou os esquemas de representação processual nos acordos coletivos alcançados nos EUA em ações plúrimas, aduzindo que a homologação do juiz resolve a questão do consentimento nos acordos coletivos de uma maneira formal, pois aferir tal fato é impossível em se tratando de questões que atingem milhares de pessoas²⁶⁷. A consensualidade é fim da maioria dos processos no *multidistrict litigation* norte-americano, na qual demandas de massa são processadas por um número limitado de juízes²⁶⁸ mediante procedimentos de agregação.

Pessoas não representadas em ações coletivas as quais, ajuizando suas ações individuais, exerçam o *opt out*, poderão transacionar ou buscar a tutela adjudicada para solucionar seus conflitos. Em todo o caso, não é verossímil o resultado em sentido positivo ao consenso na totalidade das demandas repetitivas ajuizadas por indivíduos sem algum vínculo institucional ou subjetivo.

À luz destes fatores, a realização de sessões públicas autocompositivas é oportuna para um diagnóstico e solução das questões de representatividade, além, é claro, do eventual encerramento do processo através do consenso. O CPC prevê audiências públicas nos recursos repetitivos e IRDR (art. 983, §1º e art. 1.038, II), para ouvir pessoas com experiência ou conhecimento na matéria, bem como partes ou interessados, titulares dos direitos em exame, contudo, não reserva expressamente a oportunidade para a mediação.

Castro²⁶⁹, sobre a possibilidade de acordo na sistemática do recurso especial repetitivo, revelou a sistemática do STJ em se afetar vários recursos especiais sobre

²⁶⁷ “In such cases, the judge's approval theoretically should turn on whether the group consents, but determining whether such consent exists is often impossible, since true consent consists of nothing less than the expressed unanimity of all the members of a group, which might number in the hundreds of thousands and be scattered across the United States”. FISS, Owen M. *Against Settlement*. *Yale Law Journal*, v. 93, n.6, 1984. p. 1.082

²⁶⁸ Maria Cecília de Araujo Asperti tratou do tema à luz das *mass torts*: “Outro elemento característico das *mass torts* seria o fato de que as partes são representadas por um número limitado de advogados e escritórios (um advogado representa alguns ou muitos dos autores afetados) e de que as demandas são processadas por um número limitado de juizes, que lidam com a litigância utilizando-se de procedimentos de agregação, tais como a *multidistrict litigation* e a própria *class action*”. Op cit, p. 51.

²⁶⁹ CASTRO, Daniel Penteado de. *Repro*, v. 206, p. 86-88, 2021: “Justamente por esta razão, a Min. Nancy Andrighi esclareceu que, na prática, o STJ tem realizado a afetação de dois ou três recursos especiais sobre cada tema, sendo estes colocados em julgamento na mesma seção, exatamente para garantir que, pelo menos em relação a um, os ministros concordem que estão preenchidos os requisitos de admissibilidade. De igual sorte, a inadmissibilidade de um recurso especial repetitivo ou perda de interesse recursal por força de pedido de desistência ou acordo não significa óbice intransponível para o interesse público em decidir a questão afetada e impedir a homologação de transação ou desistência.”

cada tema, de modo a afastar óbices pertinentes à admissibilidade dos recursos, ou mesmo perda de interesse recursal diante da desistência ou transação. Sob a égide do código anterior, o STJ firmou jurisprudência no sentido da impossibilidade de desistência do recurso submetido ao regime dos repetitivos; posição que foi reforçada pelo CPC de 2015 ao limitar a desistência dos processos sobrestados àqueles em primeiro grau, antes da sentença (art. 1.040, §1º). A lei preservou o caráter dispositivo da demanda, de forma especial, nestes casos, mediante o estímulo consistente na liberação de custas e sucumbência se a desistência for formulada antes de oferecida a contestação; e dispensa o consentimento do réu mesmo após a contestação (§§2º e 3º).

Os recursos repetitivos contam com o regramento da hipótese de desistência dos autores dos processos sobrestado (artigo 1.040, §§1º a 3º), e se previne desta ocorrência ao determinar a seleção de mais de um recurso como representativo da controvérsia - é o que se extrai da permanência do teor do §6º do artigo 1.037 do CPC o qual, na revogação do §5º. A escolha do legislador foi dosar o exercício do direito à desistência nos processos sobrestados em custas e honorários – em um aparente estímulo – limitado apenas ao advento de sentença. Tratando-se de processos individuais suspensos pela sistemática dos recursos repetitivos, havendo possibilidade de desistência, reconhece-se a incidência do princípio dispositivo e, portanto, da viabilidade das partes solicitarem métodos autocompositivos ao juízo.

Mancuso²⁷⁰ defende a utilização de métodos consensuais para a solução de questões em torno das políticas públicas como medida de cidadania, e no mesmo sentido Souza²⁷¹ entende ser apropriada uma abordagem cooperativa entre os

²⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 73.

²⁷¹ “O que defendo neste trabalho não é que o Poder Judiciário se substitua ao Executivo e ao Legislativo na formulação de políticas públicas, mas sim que seja adotado o seguinte caminho quando conflitos em tais matérias forem judicializados: a) em primeiro lugar, deve ser buscada uma cooperação dialogada entre os três poderes, mediante o estabelecimento de diretrizes pelo Judiciário, após ouvir as razões do Executivo e Legislativo; este diálogo deve ser aberto à participação de outros entes sociais interessados, com o objetivo de identificar-se a solução do problema relacionado a ações ou omissões inconstitucionais ou ilegais no que se refere a políticas públicas, utilizando-se dos critérios que se passará a descrever no próximo item; b) na falta de consenso (que também pode eventualmente ser parcial), a elaboração de decisões deve se utilizar dos critérios descritos no item seguinte; c) em caso de descumprimento da decisão ou do acordo, que leve à consumação da violação a direitos constitucionais, é cabível a responsabilização do(s) ente(s) omissor(s), e deve ter lugar também a aplicação de sanções, direcionadas, sempre que possível, não apenas ao(s) ente(s) público(s) flator(s) ou omissor(s), mas à(s) autoridade(s) pública(s) – pessoas físicas – responsável(is) pela omissão”. SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64.

Poderes junto a grupos da sociedade representados por outros entes.

Imensas são, portanto, as dificuldades em se abordar de forma consensual os conflitos coletivos, inclusive aqueles opostos à Administração Pública. Resolver tais questões ultrapassa os objetivos do presente trabalho.

Lançadas as bases acima, partimos da premissa de que as soluções consensuais são cabíveis em ações que versem direitos plúrimos, coletivos, ou pertinentes a questões estruturais ou políticas públicas.

1.5.3 O regime administrativo e reflexos no procedimento consensual

A atividade processual da administração pública é frequentemente tratada diante dos princípios administrativos. A justificativa das prerrogativas processuais da Fazenda Pública diante destes princípios é usual na doutrina.

O uso dos métodos consensuais diante da administração em juízo enseja uma releitura de tais princípios, constantes do artigo 37 da Constituição Federal. Inicialmente, a atuação dos agentes públicos em juízo deve ser pautada pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todavia, o que causa maiores dificuldades é a adequação destes princípios incidentes sobre os atos administrativos em exame judicial à atividade consensual.

Neste capítulo será feito um panorama em temas pertinentes ao objeto deste trabalho, sem a pretensão de esgotar todos os existentes.

1.5.3.1 A indisponibilidade do interesse público

Costuma-se designar a indisponibilidade do interesse público de uma forma absoluta e como sinônimo da indisponibilidade patrimonial dos entes públicos. Estas concepções suscitaram algumas dúvidas em relação à aplicabilidade do artigo 334, §4º, II do CPC, o qual excepciona a sessão autocompositiva quanto a direitos que não admitam autocomposição. Todavia, assim como nem todos os bens públicos são afetados a uma finalidade pública, a tese da indisponibilidade de todo e qualquer

interesse da administração pública em juízo sofre por uma generalização que não resiste a uma análise mais acurada.

Talamini identifica indisponibilidades estritamente processuais relacionadas a questões de direito material que nem sempre constituem direitos indisponíveis²⁷², mas que são justificadas pela proteção que a atividade jurisdicional defere. Segundo o processualista, algumas destas indisponibilidades processuais são prerrogativas da fazenda pública em juízo²⁷³.

Salles²⁷⁴ distingue a “reserva de jurisdição, no sentido dessa ser indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionada à natureza de determinados bens”. Rodrigues aduz ser possível à fazenda pública buscar o mecanismo mais adequado em juízo²⁷⁵ - como os métodos consensuais, para o atingimento do interesse público cuja indisponibilidade não se confunde com a indisponibilidade do processo judicial.

Salvo²⁷⁶ leciona que o novo modelo de Estado e suas funções com base na consensualidade e flexibilidade “demandam releitura da concepção tradicional da indisponibilidade do interesse público”. Mancuso²⁷⁷ repele o argumento da

²⁷² TALAMINI, Eduardo. A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*, v. 128, 2005. p. 3: “No processo civil, o réu que está preso e o réu que é citado por edital ou hora certa são protegidos por mecanismos que lhes afastam consequências negativas que adviriam de sua inércia no processo (arts. 9.º, II, e 302 do CPC (LGL1973\5), parágrafo único: fica afastado o efeito principal da revelia, o ônus da impugnação específica etc.). Note-se que esses sujeitos em princípio têm a plena disposição de seus bens na esfera jurídico-material. Os mecanismos de indisponibilidade são apenas processualmente estabelecidos tomando em conta prováveis dificuldades que eles teriam para o adequado exercício da defesa”.

²⁷³ Op. cit., p. 4: “Mas por ora permanece vigente esse regime, e especialmente das quatro primeiras prerrogativas acima citadas pode-se extrair um princípio de indisponibilidade processual - e não necessariamente material - das posições da Fazenda em juízo. Essa indisponibilidade processual pode ser definida nos seguintes termos: não é dado ao agente incumbido da defesa do interesse público indiretamente dispor de bens abrangidos por tal interesse, através de sua simples inércia no curso do processo”.

²⁷⁴ DE SALLES, Carlos Aberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95.

²⁷⁵ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 375: “Os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo.”

²⁷⁶ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johnson Di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 99.

²⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, in *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 356: “Tal argumento (que, de resto, prova demais), coloca o mesmo plano o interesse público e o interesse fazendário: aquele primeiro, em princípio, não comporta transação, já que esta implica em ‘concessões mútuas’ (CC, art. 840), contexto que, porém, não se aplica aos casos de interesse fazendário atinente à administração pública ou aos seus entes descentralizados e que por isso mesmo, pode ser objeto de negociação, preservados certos limites mínimos e, de modo geral, a razoabilidade do que venha a ser estipulado”.

indisponibilidade distinguindo do interesse público o interesse fazendário.

Takahashi estabelece o conceito de disponibilidade condicionada nas prestações previdenciárias, cujo limite é a “inexistência de afronta a um interesse de caráter geral”²⁷⁸.

Pinho aponta a necessidade de superação do que chamou de “dogma onipotente sobre a indisponibilidade absoluta do direito material coletivo”²⁷⁹.

Watanabe, Santana e Takahashi alertam haver uma confusão entre os conceitos de interesse público e de direito indisponível²⁸⁰.

A administração pública, ressalte-se, rege-se pela autotutela, ou seja, tem o poder-dever de atuar positivamente consoante a legalidade administrativa determina, sem precisar se socorrer da tutela jurisdicional para concretizar ações *manu militari*, a não ser que incida a reserva de jurisdição. Entretanto, a iniciativa do particular para obter reconhecimentos de direitos perante a administração pública transforma o processo judicial constitui uma arena para a resolução do conflito²⁸¹.

São diversas as normas especiais à administração pública no tocante à utilização de métodos consensuais. O sistema dos juizados especiais estabeleceu a conciliação para a administração pública às causas de menor valor, fixado este como até sessenta salários mínimos (Lei nº10.259/01 e Lei nº12.153/09).

A mediação foi pela primeira vez estabelecida como atividade a ser executada no âmbito do processo civil comum em duas leis praticamente simultâneas – o CPC (Lei nº 13.105) data de 16/03/2015 e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140)²⁸², editada

²⁷⁸ TAKAHASHI, Bruno. Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Coleção MASC, v. 6, p. 69: “Partindo dessa linha de raciocínio, nota-se que a prestação previdenciária, embora qualificada como direito social fundamental, é relacionada a um sujeito determinado e, por isso, passível em princípio de transação. Todavia, a disponibilidade sobre a prestação está limitada à inexistência de afronta a um interesse de caráter geral, ou seja, que transcenda a um sujeito determinado ainda que por via indireta.”

²⁷⁹ “Assim sendo, entendemos que não mais é viável manutenção do dogma onipotente sobre a indisponibilidade absoluta do direito material coletivo, afastando um mínimo de margem negocial necessário para a efetivação da avença. A superação dessa linha de pensamento, então, parece imprescindível para serem atendidos os anseios por um sistema coletivo adequado”. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de mediação. REDP. v. 19. n. 2. 2018. p. 121.

²⁸⁰ Watanabe, Kazuo; SANTANA, Dallice e TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual do interesse público. Democracia e sistema de justiça : obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Tradução . Belo Horizonte: Fórum, 2020. Acesso em: 05 jun. 2022, P.346

²⁸¹ A negativa da administração em se conceder o pleiteado pelo particular é a primeira decisão tomada, sendo preferida a tutela judicial em muitas situações, em comparação com o recurso administrativo.

²⁸² Não foi editada qualquer lei específica sobre conciliação.

aos 26/06/2015, tratam da mediação realizada no âmbito da Administração Pública mediante câmaras de “prevenção e resolução administrativa de conflitos” (art. 32 da Lei de Mediação), ou “câmaras de mediação e conciliação” (art. 174 do CPC) . A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF iniciou suas atividades em 2007, anteriormente às mudanças legislativas.

A Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), para permitir que a Administração Pública direta e indireta possa se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis²⁸³. A transação tributária federal passou a ser disciplinada pela Lei nº 13.988/2020, rompendo o dogma da indisponibilidade do crédito tributário. A Lei de Licitações - Lei nº 14.133/21 prevê como meios consensuais de prevenção e resolução de controvérsias a conciliação, a mediação e o procedimento pelo comitê de resolução de disputas e arbitragem (art. 151).

A Lei de Mediação (art. 3º) remete a mediação ao tratamento de direitos indisponíveis, mas que admitam transação. Assim, ao adotar o termo “autocomposição” – termo mais largo, que se opõe à heterocomposição - o CPC em seu artigo 334 evita as questões pertinentes às concessões características do direito envolvido que constituem a definição da transação – a qual em seu conceito civilístico pressupõe direitos disponíveis. O direito de família, por exemplo, impregnado de questões de ordem pública e indisponibilidades tem em seu procedimento uma sessão autocompositiva verdadeiramente obrigatória (art. 695 do CPC), sem a cláusula de exceção contida no procedimento comum (art. 334, §4º, I e II).

De outra sorte, a ausência do termo “transacionáveis” do CPC parece ter um propósito, sendo pertinente a lição de Nieva-Fenoll segundo o qual “o resultado de uma mediação bem pode ser uma renúncia, um reconhecimento ou uma desistência”²⁸⁴. É prescindível, portanto, a configuração de uma transação no sentido civil para ser instituída uma conciliação ou mediação judiciais. Estando

²⁸³ Lei 9.307/96 na relação da Lei 13.129/2015: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

²⁸⁴ Prossegue o processualista: “De facto, todas essas figuras podem estar ínsitas na transação. Olhando para a definição que antes ofereci, nela não foi dito que o fim da mediação seja um acordo, mas sim a solução do litígio que pode, perfeitamente, decorrer do simples reconhecimento por uma das partes da razão da outra”. NIEVA-FENOLL, Jordi .Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial? Revista Eletrônica de Direito Processual. *REDP*. v. 14, n. 1, 2014. p. 224.

presente a administração pública em um dos polos, os acordos firmados após o ente concluir pelo erro do ato administrativo impugnado correspondem a um reconhecimento.

O interesse público tem contornos passíveis de negociação sem que sejam feitas concessões absolutas ou mesmo pecuniárias. Na seara federal desde as causas de pequeno valor, até sessenta salários-mínimos, são passíveis de solução consensual mediante autorização da Lei dos Juizados Especiais Federais, enquanto questões de maior valor sofrem o controle anterior à realização ou aceitação da proposta conforme a disciplina da Lei nº 9.469/97.

Este arcabouço legal permite que se dispense a tutela adjudicada em prol dos métodos consensuais pela administração pública, que não representam qualquer dissociação do interesse público em juízo. Portanto, a formulação da vontade administrativa em autocompor é analisada no próximo tópico.

1.5.3.2 Legalidade administrativa e autonomia da vontade

A disciplina normativa, diante de regras e princípios vigorosamente estabelecidos confere a mais ampla legalidade à atividade, em juízo, de conciliação e mediação com a Fazenda Pública; esta mesma destinatária da obediência a tais princípios. Desta forma, ao menos no plano normativo, são compatíveis as normas processuais – fundamentais ou não - com o princípio constitucional da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição da República). Passemos à análise pormenorizada dos desdobramentos dos princípios da legalidade e da autonomia da vontade administrativa exercida em juízo na atividade consensual.

A autotomposição impescinde da manifestação de vontade de ambas as partes – conforme autonomia da vontade é um princípio informativo da mediação judicial; e a manifestação de vontade da administração não é presumida, deve ser expressa. A vontade da administração pública está presente nas manifestações processuais em prol da consensualidade no processo e baseada, no seu âmbito interno, aos regramentos do direito administrativo. Após a manifestação favorável da outra parte, é concluído o acordo.

A autonomia da vontade diz respeito, inicialmente, ao aspecto processual, ou seja, à disposição das partes em se submeter ao MASC conforme se trate de relação continuada ou não – indicando que poderá ocorrer conciliação ou mediação. Esta autonomia será exercida conforme a disponibilidade processual, conforme visto acima.

O comparecimento à audiência prévia de conciliação será imposto a uma das partes, bastando que a outra não manifeste expressamente desinteresse no método consensual, na forma do artigo 334, §4º, I do CPC. Incide o princípio da autonomia da vontade de forma ampla na hipótese da dupla recusa das partes em não realizar a audiência, bem como na sua realização, de forma mais restrita, tomando em conta a vontade de uma parte apenas contra a vontade da outra, em realizá-la. O caráter obrigatório para participar da pré-mediação – pertinente aos esclarecimentos quanto às suas regras e consequências – não torna obrigatória a submissão das partes ao procedimento, que pode nem se iniciar na sessão, ou tampouco a aceitação de acordo.

Corriqueiro é que se dispense o comparecimento de procuradores públicos em hipóteses previamente acertadas, seja perante os órgãos centralizados do Tribunal ou órgão jurisdicional, ainda que as partes contrárias desejem participar da sessão autocompositiva. A vontade administrativa, resultado da política consensual da administração, é previamente estabelecida e, por serem apenas os detentores da vontade dos entes públicos que representam, não haveria utilidade em fazer os procuradores comparecer a audiências em que não haverá possibilidade de negociação após a pré-mediação.

Desta forma, as procuradorias públicas, através de suas chefias, atuando na representação de seus *repeat players*, podem por exemplo previamente concertar a dispensa destas audiências com os órgãos centralizados da conciliação dos Tribunais nas reuniões interinstitucionais preparatórias, afastando assim as penalidades do comparecimento injustificado (artigo 334, §8º do CPC), que não excepciona advogados públicos²⁸⁵. Takahashi²⁸⁶ considera, inclusive, que tais reuniões já possuem uma dinâmica negocial ao tratar das condições de acordo.

²⁸⁵ Em que pese a duvidosa eficácia do dispositivo já que a multa reverterá em prol da União Federal ou dos Estados, conforme o ramo da Justiça, constitui norma especial em face do artigo 77 §6º do código que desonera os procuradores de multas.

²⁸⁶ “Desse modo, entre outras vantagens, justificam a existência de tratativas interinstitucionais prévias entre o Judiciário e o INSS: a realização do contato com os órgãos superiores da autarquia, de

Rodrigues prevê que a flexibilização do procedimento para a administração pública pode se dar na forma de negócios processuais conforme o artigo 190 do CPC, fazendo uma leitura da exigência da disponibilidade dos direitos como a viabilidade de autocomposição²⁸⁷ o que ressalva as prerrogativas processuais²⁸⁸. Embora tardio, o instituto dos negócios processuais fundamenta a realização de mutirões de conciliação, em que pautas temáticas são organizadas pelos Tribunais e por litigantes habituais, de modo a realizar de forma concentrada um grande número de sessões autocompositivas. Nestes mutirões são estabelecidos prazos, datas, atos processuais a serem realizados e dispensados.

Quanto à dimensão substancial do princípio da autonomia da vontade na mediação judicial, esta confere às partes a liberdade de participar da consecução da solução de forma autocompositiva e, neste exercício, elaborar os termos do acordo, fazer ponderações, efetuar propostas e contrapropostas.

Para Talamini²⁸⁹ “se o Estado constata que o particular tem determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento tal direito” em decorrência do princípio constitucional da legalidade. Apesar da correção intelectual deste entendimento, o fato notório no sistema brasileiro é da atividade consensual nos processos da administração pública estar aquém de suas reais capacidades, em grande parte, pela resistência da administração pública em aplicar as teses jurídicas firmadas pelos Tribunais Superiores.

Não pretendemos aqui discorrer sobre as teorias pertinentes aos atos administrativos discricionários ou vinculados, ou sobre o controle interno e externo que sofrem, embora reconheçamos o enorme impacto que tais fatores exercem sobre a cultura administrativa na consensualidade. Para fins do presente estudo, no

modo a mitigar a dissonância de parâmetros mais uniformes das propostas a serem apresentadas; a seleção dos processos aptos à conciliação; e a obtenção do compromisso de comparecimento de representantes do INSS às audiências.” TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Coleção MASC, v. 6, p. 202. GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coord.).

²⁸⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 381: “Nesse ponto, importante recordar que, embora o interesse público seja indisponível, é possível, em princípio, a autocomposição quanto a tais direitos.”

²⁸⁸ Op. cit., p. 381: “Dessa forma, foge da disponibilidade do Poder Público abrir mão de tais prerrogativas por meio de negócio processual.”

²⁸⁹TALAMINI, Eduardo. *A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 128, 2005, p. 2.

que se refere à vontade administrativa, é suficiente se ater ao que Batista Junior.²⁹⁰ leciona:

A vontade administrativa decorre da vontade posta pelo arcabouço normativo, e não se confunde com a vontade de qualquer máquina administrativa burocrática. O que é importante é a escolha feita, com lastro nos referenciais de eficiência, pelo administrador, ou seja, a valoração, muitas vezes até predominantemente técnica, feita pelos órgãos da Administração. Isso se dá porque, se o interesse privado vem intimamente estabelecido pelo particular, o interesse público vem normativamente traçado nas leis.'

Procuradores públicos carecem de autonomia para firmar acordos sem o respaldo de uma política institucional quanto a determinadas matérias de Direito, de forma a lhes conferir este lastro normativo desde a legislação básica até regulamentos autorizadores de transação. A Lei de Mediação instituiu um incentivo no seu artigo 40 exime a responsabilização dos procuradores públicos exceto em casos de dolo e fraude na mediação extrajudicial, enquanto o CPC faz previsão semelhante em seu artigo 184, porém com caráter mais abrangente – a todo o processo judicial, em atividades consensuais ou adversariais.

Existem autorizações legais na seara federal que elegem o valor como critério para a transação, independentemente de um juízo quanto à correção do ato administrativo, é o caso da permissão geral para compor nos juizados especiais federais valores até sessenta salários mínimos (Lei 10.259/2001, artigos 3º e 10). Valores superiores são autorizados conforme padrões de hierarquias proporcionais ao valor em autocomposição (Lei 9.469/1997).

Talamini distingue as situações em que a Fazenda Pública concilia das que realiza uma verdadeira transação²⁹¹, e propõe seja necessário “um prévio processo administrativo, no qual a Administração constate objetivamente que não tem razão”,

²⁹⁰ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática, São Paulo: *Quartier Latin*, 2007, p. 242.

²⁹¹ TALAMINI, Eduardo, A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria. *Revista de Processo*. v. 128, 2005, propõe seja necessário “diferenciar a autocomposição nos casos em que a Fazenda constata que não tem razão daqueles outros casos em que autocomposição se dá com verdadeira renúncia, que depende de lei”, e aponta as seguintes condicionantes para a composição em juízo na primeira hipótese: “(i) prévio processo administrativo para aferição se tem razão ou não; (ii) expressa autorização da autoridade administrativa competente para o cumprimento espontâneo da obrigação; (iii) manutenção do controle externo; (iv) respeito à isonomia oportunizando a composição pra todos em igual situação, inclusive mediante regulamentação por um ato geral; (v) observância da ordem legal de pagamento dos precatórios”.

e neste caso é possível a transação “propriamente dita”²⁹². Aponta o jurista que para a autocomposição mediante a renúncia de direito – compreendido que não há erro administrativo a ser reparado - há que se observar, além do processo, autorização legal, ainda que genérica.

Lamentavelmente, a pendência de um processo judicial não necessariamente motiva um acertamento do ato administrativo, sendo frequente a suspensão de processos administrativos quando constatado o ajuizamento de ação. Pendente qualquer processo judicial, abrangido o que tem num dos polos a administração pública, ninguém, a rigor, poderá definir com precisão a solução “certa” para a questão, e as partes terão suas próprias interpretações, informações e vantagens a considerar para intentarem uma solução consensual. As partes planejam suas propostas, ou deixam de apresentá-las conforme as chances da outra parte vencer; assim ainda que a matéria de direito seja favorável, e admissível o acordo pela administração, o procurador deixará de apresentar proposta se as chances da outra parte forem pequenas.

A doutrina indica regras gerais e um processo administrativo para subsidiarem as propostas da fazenda pública em juízo. Premido pelos órgãos de controle, o procurador não tentará a solução consensual em existindo deficiências probatórias ou mesmo dúvidas quanto à narrativa da parte autora; somente a aproximação à certeza do direito da outra parte com a plena caracterização fática e probatória o orientará neste sentido. É o oposto da solução do direito alemão através de contrato de transação, que é realizado judicial ou extrajudicialmente em considerando a exigência de “esforço desproporcionalmente dispendioso”²⁹³ para se eliminar dúvida sobre questão objetiva e jurídica. O sistema jurídico brasileiro compatibiliza a transação com a administração pública com a ideia de correção do ato administrativo e de custo-benefício para o erário público.

Outra situação é estar a administração pública imbuída de certeza quanto ao ato administrativo, portanto sem chances de vencer o processo - frente a um entendimento do órgão judicial – ou em uma demanda cuja matéria não seja objeto de uma política consensual da administração pública. Afinal, ao não formular o

²⁹² TALAMINI, Eduardo, A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*. v. 128, 2005. p. 6.

²⁹³ Conforme lição de Onofre Alves Batista Júnior. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 337.

acordo o a administração sofrerá uma condenação na totalidade dos valores, o acordo resultaria no pagamento de um valor menor que isso, contudo a administração não reconhece como válido o posicionamento jurídico do magistrado ou a jurisprudência do Tribunal.

Imaginemos que mediante essa análise o procurador participe de uma centena de acordos, economizando nestes um décimo de cada condenação que a administração inevitavelmente sofreria, e em que admite a transação. Contudo o procurador realizou um acordo que fugiu ao âmbito do autorizado e a administração pagou valores, estariam os órgãos de controle autorizados a penalizá-lo? Neste caso, o procurador não tem uma reserva a seu favor, diante da economia que gerou, considerado o conjunto de sua atuação, em vários processos?

Inexiste resposta única a este problema, mas um amplo espectro de possibilidades de regulamentação, desde que a Administração Pública vislumbre a conciliação como o jogo que é, e não como reconhecimento do pedido.

1.5.3.3 Isonomia e impessoalidade

A isonomia perante os administrados na conciliação com a Fazenda Pública é assunto de extrema relevância, considerando que muitas das demandas que responde são litígios de massa, dizendo respeito a uma situação idêntica para um grande número de servidores ou cidadãos e, portanto, questiona-se se a diversidade dos acordos nas ações individuais o princípio administrativo.

Batista Junior.²⁹⁴ e Talamini²⁹⁵ apontam que a composição com a Fazenda Pública encontra limites no princípio da isonomia, a exigir que a composição deva

²⁹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (op. cit., p. 132/133) elenca três hipóteses em que o administrado pode ser tratado de forma diferenciada no caso concreto: (i) diante de pessoas ou situações relativamente desiguais; (ii) no caso de ponderação de princípios em favor da eficiência administrativa em detrimento da isonomia; (iii) se a administração possibilitar o mesmo tratamento a todos que estiverem em mesma situação não há arbítrio ou privilégio odioso, porém conclui quanto aos contratos administrativos de transação : “é a abertura de igual oportunidade de celebração para os administrados que estejam na mesma situação jurídica que possibilita a concordância prática entre os vetores constitucionais da isonomia e da eficiência administrativa.”

²⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria. *Revista de Processo*. v. 128, 2005. p. 70: “há casos em que particulares estão todos em idêntica situação de conflito com a

ser ofertada a todos que se encontrem em idêntica posição, não podendo a Administração selecionar arbitrariamente apenas alguns para a autocomposição. Tal assertiva diz respeito ainda à impessoalidade e é precisa, mas necessita ser mais aprofundada.

Rodrigues recomenda, quanto aos negócios jurídicos processuais, que sejam estabelecidos de forma geral mediante a realização de protocolos institucionais de modo a se assegurar a impessoalidade²⁹⁶, considerando a repetição de processos da mesma matéria.

Inicialmente, a Administração em juízo é representada por um corpo de procuradores, e estes atuam individualmente nos processos; é corriqueiro que, mesmo havendo orientações superiores a respeito da adoção de soluções consensuais em determinadas matérias, muitos deixam de apresentar propostas de acordo, enquanto outros, quando as adotam, formulam condições diferentes.

A primeira hipótese decorre, em procuradorias de diferentes entes da federação, e perante tribunais diversos, por puro temor à atuação de órgãos de controle, o que vem cedendo lentamente diante do novo *status* dos métodos consensuais como normas fundamentais do processo civil, fomentando cursos e atos normativos direcionando estes profissionais às vias conciliatórias.

Quanto a condições diferenciadas, isto pode decorrer diante da ausência de balizas precisas dos atos autorizativos de acordos, ou ainda da interpretação de cada procurador sobre o direito ou os fatos envolvidos na demanda – que terão, obviamente, detalhes próprios, ainda que corretamente tipificada na questão de direito objeto da política de consensualidade.

A questão da isonomia torna-se mais complexa quando o código de processo civil determina a utilização de técnicas negociais em audiência as quais devem servir para ambas as partes. Assim, o procurador se deparará com administrados mais ou

Administração, exatamente pelos mesmos fundamentos, e, tendo, portanto, a mesma razão. (...) Nesses casos, cabe inclusive um ato geral regulando as condições da composição.”

²⁹⁶ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 381-382: “Primeiramente, cabe observar que nos tempos atuais a Advocacia Pública atua em muitos processos que cuidem de mesmas matérias, embora cada advogado público tenha sua autonomia para a elaboração da tese de defesa do ente, bem como para avaliar qual estratégia seguir em cada feito. De outro lado, é princípio constitucional da Administração Pública a impessoalidade, consoante prevê o artigo 37 da Constituição da República. Por isso, parece-nos que são recomendáveis, de modo a assegurar a impessoalidade, os negócios processuais -, de modo a promover adequações procedimentais em diversos casos de uma mesma matéria em que também atue aquele que pactuou com o Poder Público”.

menos hipossuficientes na formulação de contrapropostas e, por consequência, na busca do aperfeiçoamento das propostas por ele formuladas.

Algumas premissas necessitam ser fixadas: a formulação de proposta em audiência de conciliação e mediação judiciais não é reconhecimento do pedido inicial, de forma total ou parcial. Inexiste qualquer princípio administrativo que determine o pagamento à totalidade do requerido – ou do calculado pela administração como devido, ao menos – pela Fazenda em juízo; ao contrário deve-se perceber a oportunidade de economia da valores²⁹⁷. Assim, desde o início deve ser concebida a possibilidade de negociação e eventual elevação de quantias por solicitação do administrado, sem o qual não aceitará o acordo.

Ainda assim há espaço para a isonomia, pois esta deve ser aferida quanto aos critérios pré-estabelecidos para a formulação de propostas, por todo o corpo jurídico de procuradores, e com margens de negociação igualmente previstas as quais, podem ou não variar conforme algumas características do caso. O que não poderá haver, certamente, são variações baseadas em meros subjetivismos, o que afronta a impessoalidade.

Ultrapassado o momento da proposta inicial, não ofende o princípio da isonomia a aceitação de contraproposta pelo procurador, desde que esta esteja previamente autorizada em caráter geral. Por exemplo, uma orientação determina que o procurador do INSS apresente proposta de pagamento de parcelas atrasadas de benefício previdenciário com desconto de 20%, e lhe permite que, mediante negociação, o percentual seja reduzido a 10% - ou mesmo admita inicialmente o desconto menor. Ocorrerá de cada parte ter uma situação e valores diversos a receber, mas foi escolhido o percentual guardando proporcionalidade com relação ao valor total pretendido, sendo um ótimo critério objetivo.

Acaso uma parte aceite a primeira proposta, recebendo apenas 80% dos atrasados, outra poderá argumentar até obter a elevação aos 90%, e outra sequer se satisfará com essa elevação, não aceitando acordo nenhum. Assim, a isonomia

²⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. Revista de Processo. v. 128, 2005. p. 5: “A esses fundamentos, acrescenta-se outro: cabe ao agente público procurar mitigar os prejuízos que a Administração sofreria com a derrota judicial. (...) quando reconhece que uma indenização é devida e a paga espontaneamente, a Administração pode eventualmente ajustar com o adversário um parcelamento ou uma dispensa de honorários. Nesses casos, estará havendo algum modo de ajuste consensual em juízo, sem que se possa dizer que tenha havido renúncia a algum interesse legítimo, a algum direito efetivamente existente, da Administração Pública. ”

somente pode atuar no agir do procurador, não se impondo à autonomia da vontade do administrado.

Critérios objetivos são amplamente estimulados na consensualidade e o tema é item tratado nos cursos de capacitação de mediadores e conciliadores. Para a Fazenda Pública, tais parâmetros decorrem de lei ou, mais imediatamente, de atos regulamentares, a título de exemplo os programas de negociação da Advocacia Geral da União, os quais fixam matérias conciliáveis, e a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, a qual institui as alçadas de acordo para fins de obtenção ou dispensa de autorização superior.

O estabelecimento de patamares legais, por valor, para a transação judicial, fundamenta-se na proporcionalidade, diante dos custos de manutenção de uma ação judicial. Os gastos públicos refletem também o seu caráter isonômico, pois são suportados por toda a sociedade mediante o pagamento de impostos e, diante disso, busca-se aplicar uma racionalidade econômica – a economicidade através da atividade consensual²⁹⁸.

Outrossim, podem ocorrer situações excepcionais em que um administrado responda a um processo judicial para indenizar a administração, e formule uma proposta de pagamento com desconto, o que configura uma situação de todo individual. Nesta situação não há que se falar com isonomia, pois não há com o que se comparar, e a negociação será válida, porém não excluir que o procurador se cerque de cuidados como autorizações superiores, e a observância dos parâmetros legais e regulamentares quanto a valores de acordos.

A técnica da negociação recomenda que haja um espaço para barganha nas demandas de caráter predominantemente pecuniário e, nesta hipótese, cabe a utilização do conceito da zona do possível acordo. Significa, portanto, ser possíveis às procuradorias abandonar propostas-alvo, mas sim margens mínimas e máximas acordo e, a atuação da administração neste espaço confere isonomia aos mediandos.

A Lei de Mediação trouxe a previsão da transação por adesão, em que os termos do acordo são previamente definidos (arts. 35 a 40), e a manifestação de

²⁹⁸ Vide TALAMINI, Eduardo. A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*. v. 128, 2005. p. 7: “O fundamento constitucional dessas autorizações legislativas gerais para a transação vincula-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ponderam-se os custos da permanência da disputa judicial, que, aliás, oneram o Estado duplamente, como parte e como judicante – e constata-se que em muitos casos é menos oneroso encerrar desde logo a disputa.”

vontade positiva do administrado implica a renúncia aos direitos que fundamentam o recurso administrativo ou demanda ou recurso judiciais.

1.5.3.4 Cumprimento dos acordos realizados com a Administração Pública

A Administração Pública possui normas específicas tanto para o dispêndio quanto para o recebimento de valores em juízo ou administrativamente, sendo pertinente examinar a possibilidade de acordos judiciais disporem de forma diferente à previamente estabelecida em normas regentes.

O regime dos precatórios determina o pagamento ao jurisdicionado de valores reconhecidos por sentença judicial através de um procedimento próprio, em que os créditos são organizados por ordem cronológica e com preferência às dívidas de caráter alimentar e que somem a essa qualidade a presença de titular idoso, para pagamento até o final do exercício financeiro seguinte (CF art. 100 *caput* e §§ 1º, 2º e 5º). A Lei dos Juizados Especiais Federais define o limite das condenações em sessenta salários mínimos para a expedição de requisições de pequeno valor, que são depositadas em até sessenta dias (CF art. 100 §3º e art. 3º da Lei nº 10.259/01).

Inicialmente, é necessário diferenciar que algumas obrigações de feição pecuniária assumidas pela Administração Pública constituem em obrigações de fazer em decorrência de relações de trato continuado, sendo exemplificativo o caso da incorporação das gratificações de servidores públicos federais definidas através de avaliações por pontos nos proventos das aposentadorias²⁹⁹; nesta hipótese as parcelas já vencidas serão pagas através de precatório ou requisição de pequeno valor, enquanto os proventos são reajustados mediante a incorporação da majoração determinada a cada mês. Ressalte-se que em casos semelhantes a negociação do termo *a quo* da incidência das vantagens pleiteadas, ou estipulação de prazo a favor da Administração Pública para a mesma iniciar o cumprimento não

²⁹⁹Súmula vinculante nº 20 do STF: “A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.”

corresponde a uma suposta dispensa do precatório, possibilidade que passamos a analisar adiante.

Talamini identifica o regime dos precatórios como um dos mecanismos processuais de indisponibilidade, verdadeiras cautelas que tornam indisponíveis “posições jurídico-processuais independentemente de o direito material ser, em si mesmo, indisponível”³⁰⁰.

Asperti³⁰¹ aponta constituir um limite à autocomposição com a administração pública o regime de pagamento por meio de precatórios e as restrições orçamentárias.

A análise da disciplina constitucional dos precatórios revela ser possível a negociação total ou parcial dos créditos representados no precatório com terceiros sem prévia concordância da Administração Pública, ainda que não se possa dispensar esta forma de pagamento (§§ 13 e 14 do art. 100 da CF). O texto constitucional utiliza o termo “cessão”, portanto este ato jurídico não contemplará condições ou prazos diferenciados, mas tão-somente a transferência da titularidade de valores representados no título.

A Lei de Mediação não se reporta aos precatórios em que pese disciplinar a mediação no âmbito da administração pública, limitando-se a determinar as modificações na Lei nº 9.469/97 em disposições pertinentes a pagamento e parcelamento administrativos de débitos federais.

A Lei nº 14.057/2020, editada com a finalidade precípua de destinar recursos à saúde³⁰², disciplina em seu artigo 2º os acordos diretos³⁰³ para o pagamento de precatórios de grande valor com descontos de até 40% (quarenta por cento) do crédito para fins de exclusão do parcelamento previsto na hipótese do §20 do artigo 100 da Constituição Federal. Presume o legislador que a norma gera estímulo ao

³⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*. v. 128, 2005. p. 3.

³⁰¹ A mediação e a conciliação de demandas repetitivas: os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do judiciário. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 95.

³⁰² Conforme sua ementa, a Lei nº 14.057, de 11 de setembro de 2020 “Disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública e dispõe sobre a destinação dos recursos deles oriundos para o combate à Covid-19, durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

³⁰³ Os acordos diretos encontram previsão no artigo 107-A inserido pela Emenda Constitucional 114/2021 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando o §3º sua utilização ao credor de precatório não pago em razão das hipóteses deste dispositivo além das previstas no §11 da Constituição Federal.

credor em sua avaliação da vantagem do pagamento integral frente ao valor resultante do desconto.

A segunda hipótese prevista no diploma consiste em acordos terminativos de litígio traz como inovação os parcelamentos anuais (art. 3º, §1º, II a e b), viabilizando que Administração Pública negocie em seu favor pagamentos em prazos mais alongados. Ressalte-se que mesmo nesta hipótese o pagamento se dará mediante precatório no valor consolidado conforme as parcelas avençadas, que serão corrigidas à época dos pagamentos (art. 3º, §3º). De outra sorte, os dispositivos que se referiam tanto ao presidente do Tribunal quanto ao pagamento em ano subsequente ao acordo independente da data do trânsito em julgado (art. 3º, §§4º e 5º) foram vetados sob o fundamento de que permitiriam a negociação de pagamento antecipado de precatório³⁰⁴.

A Emenda Constitucional nº 113/2021, sem dispensar o requisitório, inseriu a possibilidade de, através de transação resolutiva de litígio (artigo 100 §11 da CF), o credor do valor em precatório quitar débitos parcelados ou inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, bem como de suas autarquias e fundações.

Assim, em que pese as sucessivas mudanças realizadas pelo legislador e o constituinte derivado no regime de pagamento dos precatórios, este permanece como o modo de pagamento dos débitos da Administração Pública em juízo, mesmo em se tratando de valores oriundos de autocomposição.

O regime de precatórios constitui mais um elemento a delimitar o âmbito da confidencialidade em juízo, na medida em que o procedimento para sua expedição é realizado pelos Tribunais, com base nos dados e cálculos constantes dos autos judiciais.

O pagamento de valores em favor da Administração Pública no cumprimento de acordos judiciais diferem-se dos demais por envolverem uma conta bancária pública, ou depósito judicial à disposição do juízo, mediante a exibição do respectivo comprovante no processo. Contribuintes, servidores públicos, aposentados ou pensionistas, em virtude dos estatutos próprios e da relação contínua que têm com a

³⁰⁴ Vide as razões do veto constantes da Mensagem nº 517, de 11 de setembro de 2020: “Os dispositivos ensejam a possibilidade de promover o adiantamento, ainda que com deságio, de despesas com condenações judiciais a serem arcadas pelo erário federal em curto e médio prazos, o que dificultaria mensurar e aferir a evolução de despesas públicas. Ademais, ressalta-se a necessidade de prestigiar a manutenção da organicidade e da segurança do atual sistema de pagamentos de condenações transitadas em julgado por parte de entidades e órgãos públicos.”

administração pública, poderão se valer de parcelamentos, consignações ou descontos³⁰⁵ em folha na forma de regulamentos ou leis especiais.

1.5.3.5 Moralidade

A moralidade administrativa exige uma maior higidez de princípios em sua atuação do que para o particular. Assim, surge a questão pertinente à possibilidade de determinados interesses, fulminados por uma suposta imoralidade, serem objeto de autocomposição.

Takahashi³⁰⁶ aduz que há compatibilidade entre a solução consensual e a improbidade, desde que as negociações não impliquem isenções das sanções previstas na Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade).

Reupke ressalta haver autorização legislativa na LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942 na redação da Lei 12.376/2010) para negociação em ações de improbidade, em conformidade com a “nova administração pública dialógica, que busca soluções reais e compartilhadas com a população”³⁰⁷.

A mediação nas questões discutidas administrativamente em paralelo às ações de improbidade passou a ser permitida na forma extrajudicial pela Lei de Mediação (art. 36, § 4º), mediante a anuência do juiz ou relator do processo. A Lei nº 12.850/13 já disciplinava a delação premiada, e posteriormente a Lei nº 13.964/19 modificou o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade, permitindo a celebração de acordo de não persecução cível. Os termos de ajustamento de conduta são celebrados pela administração pública federal no âmbito da Resolução nº 179/2017 do CNMP.

A Lei nº 14.230/21 revogou a mera ofensa à moralidade dentre os atos de improbidade (art. 4º da Lei nº 8.492/90), definindo a persistência naqueles que atentem aos princípios da administração pública desde que violem deveres de

³⁰⁵ Vide, na esfera federal: artigo 46 da Lei nº 8.112/90, artigo 76 da Lei nº 8.237/91; §2º do artigo 2º da Lei nº 9.469/97; artigo 3º, §2º da Lei nº 13.988/20.

³⁰⁶ TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*. v. 927, 2013. p. 30.

³⁰⁷ REUPKE, Erika Giovanini. Solução negociada e improbidade administrativa são incompatíveis? Uma análise atual da matéria. *Portal da Justiça Federal*. Tribunal Regional Deferal da 4ª região. 2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2114. Acesso em 20 mar 2021.

honestidade, de imparcialidade e de legalidade. A fórmula da configuração do ato de improbidade passa a exigir a infringência à moralidade, princípio administrativo contido no artigo 37 da Constituição Federal, em conjugação com a inobservância a esses deveres.

A análise das relações entre estes sucessivos diplomas legais e suas consequências jurídicas transborda o objetivo deste trabalho. Contudo, importa observar haver permissão legal para a autocomposição diante de questões que, em tese, configurem ato de improbidade administrativa. Desta forma, atos que tratem de ofensa à moralidade administrativa, conjugada ou não com os demais requisitos para a configuração da improbidade, podem ser versadas em um procedimento consensual no procedimento comum do CPC ou em outros procedimentos especiais sob a observância da norma específica da Lei de Mediação (art. 36 §4º).

1.5.3.6. Eficiência

Consoante o texto constitucional determina, a administração pública se rege pela eficiência assim como por todos os princípios instituídos no seu artigo 37. Significa dizer que a atividade dos entes públicos rege-se por uma busca econômica, de maiores ganhos mediante menores gastos.

Para Watanabe, Santana e Takahashi, os princípios constitucionais, sobretudo o da eficiência, recomendam os métodos consensuais em juízo³⁰⁸.

Brandão³⁰⁹ considera como consequência do princípio na atividade consensual em juízo a impossibilidade de a administração pública agravar sua posição jurídica.

³⁰⁸ WATANABE, Kazuo e SANTANA, Daldice e TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual do interesse público. Democracia e sistema de justiça : obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Tradução . Belo Horizonte: Fórum, 2020. Acesso em: 5 jun. 2022, p. 344.

³⁰⁹ BRANDÃO, Marcela Araujo da Nova. A consensualidade e a administração pública em juízo. 2009. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2009. p. 59: “Contudo, há de se registrar também que a consensualidade em juízo não permite a celebração e acordos que violem a regra constitucional de pagamento de dívidas públicas por meio de precatórios, bem como não representem no caso concreto vantagem para a administração, por exemplo, vencedora da demanda e, portanto, sem interesse para a composição, já que o acordo não pode representar um agravamento de sua posição jurídica”.

Silva³¹⁰ analisa o conceito econômico de eficiência, porém reconhece a falta de definição existente por “não ficar sempre claro se a Administração deve adotar a medida financeiramente mais vantajosa, ou se pode adotar qualquer medida em que os benefícios compensem os custos”.

A situação, de evidente aferição prática, quando processos judiciais perduram anos na execução de créditos ínfimos, é um forte argumento à busca pela consensualidade com a administração pública pela via da economicidade. Enquanto as perdas de recursos públicos, estes indisponíveis por definição, tornam necessária seu gasto vinculado à destinação pública sob pena de recomposição pelos possíveis responsáveis ou gestores, inexistem amplos estudos ou estatísticas acerca de tais perdas ou mesmo ganhos potenciais decorrentes de ações judiciais.

Todavia, conforme visto, é possível o estabelecimento prévios de um design de sistemas de disputas para a escolha de métodos adversariais ou consensuais baseados em custos, expectativas de ganhos, e recursos disponíveis.

1.5.4 Confidencialidade versus publicidade

A confidencialidade é o princípio inaugurado no sistema brasileiro pelas políticas públicas para o Poder Judiciário (Res. CNJ 125/2010, Anexo III, art. 1º), e legalizado pelo diploma processual civil para a conciliação e a mediação (artigo 166) e pela Lei de Mediação para as modalidades judicial e extrajudicial (art. 2º, VII). Trataremos do nosso ponto de interesse, a mediação judicial.

A publicidade administrativa é princípio tradicional, tratado pelo artigo 37 da Constituição da República, cujo *caput* o estabelece para a generalidade das relações administrativas, tendo os incisos e parágrafos seguintes tratado de hipóteses pontuais.

Diversamente da disciplina da confidencialidade na arbitragem, a qual conta com a opção pela publicidade (§3º, artigo 2º da Lei de Arbitragem, na redação da Lei nº 13.129/2015), o CPC e a Lei de Mediação não tratam da confidencialidade de forma diferenciada em face da administração pública.

³¹⁰ SILVA, Gabriel Cozendey Pereira. In: *Eficiência administrativa na Jurisprudência do STF: análise crítica e proposta conceitual*. Rio de Janeiro: Ed.Vermelho Marinho, 2018. p. 74.

A contrafação dos princípios é, portanto, um exame de constitucionalidade.

1.5.4.1 Constitucionalidade

Rodrigues³¹¹, Pinho e Nunes³¹² apresentam, nas discussões em torno da conciliação, a prevalência da publicidade na conciliação com a Fazenda Pública. Assim como Pinho e Nunes, Souza³¹³ opõe-se ao segredo para rejeitar a confidencialidade nas transações judiciais com entes públicos sob o argumento de ser inadmissível a adoção de critérios diferenciados em acordos e ser exigida transparência.

A publicidade administrativa determina que todo ato administrativo deva ser conhecido e registrado para possibilitar o controle posterior, e que conta com nova regulamentação da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a qual trata do sigilo como exceção (art. 3º, I).

A atividade pública, como notório, deve ser transparente para viabilizar o mais amplo controle, e ainda para manter seus contornos democráticos. Atos produzidos

³¹¹ “No caso da Administração Pública, entretanto, a confidencialidade prevista no artigo 166 deve ceder, via de regra, à publicidade, já que esta é princípio constitucional fundamental a incidir sobre a Administração”. RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 386.

³¹² “Porém, o instituto da mediação, embora confidencial, não pode ser secreto. Essa distinção assume especial relevância quando tomam parte no procedimento ou a Fazenda Pública ou órgãos que defendem interesses coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Desse modo, não podemos perder de vista que, em hipótese alguma, a sua utilização pode ser admitida como forma de ilidir a transparência e a impessoalidade que devem sempre nortear o uso da coisa pública. Além do mais, a mediação, como todos os outros meios de resolução de conflito, guarda estrita correlação com os mais altos padrões éticos de conduta”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NUNES, Patrícia Elael. A confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a Fazenda Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: CRV, 2018. p.15.

³¹³ “Neste tipo de conflito, a confidencialidade somente pode ser exceção, sendo a publicidade a regra, seja por razões de isonomia (não se admite que o Estado venha a adotar critérios diferenciados para a celebração de acordos, que não tenham apoio claro na ordem jurídica, seja por razões de incremento no acesso à justiça (as provas e estudos técnicos podem e devem ser utilizados em processos semelhantes, reduzindo os custos e facilitando a tutela de direitos), seja por razões de transparência na gestão dos negócios públicos, já que existem, sempre e necessariamente, recursos e interesses públicos em jogo. Todos os acordos devem ser homologados em juízo, sendo que aqueles celebrados na esfera administrativa sujeitam-se, com todo e qualquer ato administrativo, ao controle judicial.” SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 118.

pelos agentes públicos no âmbito interno seguem, via de regra, a publicidade administrativa.

A atuação da administração pública no processo judicial não é tratada nas disposições pertinentes à publicidade administrativa, no artigo 37 da Constituição Federal ou em seus parágrafos. A atividade pública preponderante em juízo é a prestação jurisdicional pelo Estado-juiz; neste caso, a publicidade dos atos produzidos no âmbito do Poder Judiciário devem seguir as regras da publicidade processual conforme o artigo 93, IX da Constituição e sua disciplina pelo CPC.

O sistema jurídico brasileiro garante a publicidade do processo, segundo a fórmula do artigo 5º, LX da Constituição Federal, segundo a qual este direito fundamental pode ser apenas restringido “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Os julgamentos devem ser públicos conforme o artigo 93, IX da Constituição, havendo exceções “em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público na informação”. A publicidade no processo é ainda norma fundamental processual (art. 8º e 11 do CPC).

A publicidade processual, portanto, não é irrestrita, sendo o direito de consultar os autos restrito as partes e procuradores, cabendo ao terceiro solicitar ao juiz nas hipóteses em que permitido o acesso (art. 189, §§1º e 2º). Algumas sessões autocompositivas, como as que tratam de questões familiares, podem receber dupla fundamentação para restrições à publicidade processual sendo resguardadas pela confidencialidade e por segredo de justiça.

Nestes termos, a aplicação do regime de segredo de justiça baseado na intimidade das partes, em questões de família ou nos processos que versem sobre arbitragem é determinado pelo CPC lei sem questionamentos sobre sua constitucionalidade, constituindo igualmente norma fundamental processual (art. 11, p. u. do CPC). A confidencialidade dos métodos consensuais consiste em exceção à publicidade processual prevista no artigo 189 do CPC, à semelhança das hipóteses de segredo de justiça. O exame dos limites da confidencialidade na mediação e conciliação deve observar, inicialmente, sua constitucionalidade, vide os requisitos necessários, consistentes na defesa da intimidade e do interesse social ou público.

Princípios são mandamentos de otimização e, portanto, seus conflitos não impõe a invalidação de outro, prevalecendo o que tiver preponderância sobre a

situação concreta³¹⁴. Princípios opostos, como são a publicidade e a confidencialidade, exigem o exame das regras que lhes conferem concretude³¹⁵ e revelam as opções do legislador afastando previamente qualquer conflito.

Salvo³¹⁶, reconhecendo que o princípio da publicidade administrativa não é absoluto, defende sua prevalência sobre a confidencialidade, recomendando que as partes “se coloquem de maneira franca e cândida para a resolução do conflito” em favor da *accountability*. Outrossim, temos que discordar da ilustre doutrinadora, pois a atuação franca das partes em sede de mediação, ainda que cooperativa, tampouco poderá ser tida como desinteressada ou altruísta diante da administração pública. Os indivíduos engendrarão estratégias com vistas a ampliar suas chances de ganho em uma negociação, conforme a teoria dos jogos.

Uma das estratégias possíveis em mediação é ter acesso às informações na sessão autocompositiva para se beneficiar na fase instrutória. A confidencialidade é que, justamente, garantirá uma atuação dos indivíduos de forma cooperativa e de boa-fé, permitindo que o diálogo mais livre permita que as propostas cheguem a uma zona de possível acordo. Para o indivíduo a proteção maior à intimidade nas negociações tem o potencial de reverter em ganho estratégico para a administração pública, e possivelmente em eficiência administrativa através da mediação.

Cunha invoca a confidencialidade quanto ao debate na sessão de mediação em que participe a administração pública, ressalvado o registro da motivação e do

³¹⁴ Este é o conceito de Robert Alexy, eu assim se pronuncia em caso de conflito: Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.” P. 93. ALEXI, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais, Silva, Virgílio Afonso (trad.). Malheiros. São Paulo, 2008

³¹⁵ Sobre este ponto, há a interessante lição de Humberto Ávila: “Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não tem: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.” ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Malheiros, São Paulo, 2007, P. 90.

³¹⁶ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johnson Di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 93, na qual menciona a Lei de Acesso à Informação por ter representado “um avanço inestimável para a cultura de transparência na Administração Pública e é uma ferramenta poderosa de controle social sobre o gerenciamento de conflitos na Administração Pública”.

resultado em caso de acordo.³¹⁷ O autor não trata da concepção de “procedimento de mediação”, termo adotado tanto pelo CPC quanto pela Lei de Mediação para alargar o âmbito da confidencialidade.

Merece ser ressaltado que a vontade da administração pública começa a ser construída antes da sessão através de procedimentos administrativos formais, gerando documentos unicamente para viabilizar o consenso. Todavia, a publicidade do processo administrativo, determinada pela Lei nº 9.784/99, é flexibilizada em alguns setores.

Existem ainda exceções criadas por regras expressas por fundadas em princípios ou razões diversas, como a proteção da Lei de Informação aos dados de caráter sigiloso (artigo 25) ou de caráter pessoal (artigo 31). A Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) torna sigiloso o valor de referência para os licitantes (art. 24), o que pode ser justificado pelo interesse do órgão administrativo em negociar melhores valores, e excepciona o sigilo aos órgãos de controle interno e externo (art. 24, I). O princípio da eficiência administrativa nesta hipótese, em sentido econômico, portanto, restringe a publicidade administrativa em licitação.

Todavia é *mister* ressaltar que, em qualquer hipótese, os termos do acordo não serão secretos para terceiros se a sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo (art. 30 da Lei de Mediação) - como parece ser o caso do controle administrativo e da expedição de precatório.

Outras normas tratam de informações protegidas ou em sigilo em detrimento da ampla publicidade no âmbito administrativo. A Lei Geral de Proteção de Dados

³¹⁷ “O conteúdo das sessões de mediação e conciliação é sigiloso, mas o resultado e a motivação da Administração Pública são públicos e devem ser divulgados. O processo judicial é público. Todos os atos são públicos. Mas as conversas, os debates, a negociação travada na sessão de mediação são confidenciais. Não obtida a autocomposição, segue o procedimento, todo público, mas as conversas não podem ser divulgadas, sob pena de inviabilizar qualquer negociação. Obtida a autocomposição, aí serão divulgados o resultado e a motivação do Poder Público. O que importa é o resultado: houve ou não autocomposição. Se não houve, é irrelevante saber o que se conversou. Se houve, devem ser divulgados o resultado e a motivação, como, aliás, está no enunciado 36 do Fórum Nacional do Poder Público. A sessão de mediação ou de conciliação é confidencial, tal como estabelece o art. 30 da Lei 13.140, de 2015. Se as conversas ou informações forem registradas de algum modo e apresentadas em processo judicial ou arbitral, não devem ser admitidas (Lei 13.140/2015, art. 30, § 2º). É ilícita a prova que atente contra a confidencialidade. Não estão abrigadas pela confidencialidade as informações relativas à ocorrência de crime de ação pública; a confidencialidade não afasta o dever de prestação de informações às autoridades fazendária. Enfim, a confidencialidade é medida que se impõe durante as sessões de mediação e conciliação de que participa a Fazenda Pública.” CUNHA, Leonardo Carneiro. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*. v. 1, n.1, 2020. p. 157-158.

(Lei nº 13.709/2018), baseada na autodeterminação informativa³¹⁸ e de aplicação horizontal aos mais diversos sistemas, resguarda o tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, inclusive pelo poder público (art. 23). O CNJ estabeleceu um Grupo de Trabalho para viabilizar sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário através da Recomendação nº 73/2020 e, dentre as medidas pretendidas, pode-se exemplificar a anonimização dos julgados disponíveis para consulta, de modo que a identidade das partes seja preservada. Esta norma reforça que os dados sobre as pessoas a estas pertencem, e não às instituições que porventura as catalogam, e é aplicável a todos os Tribunais. Dados pessoais podem surgir nas informações prestadas durante o processo judicial, atraindo a incidência da norma.

A doutrina se refere a áreas distintas de aplicação da publicidade e da confidencialidade³¹⁹. De fato, a confidencialidade não importa em submeter todo o processo judicial ao segredo de justiça como previsto nos incisos do artigo 189 do CPC. A ata de audiência usualmente é pública, o mediador capacitado não fará dela constar as informações resguardadas pela confidencialidade, assim como todos os demais atos do processo judicial submetido à medição permanecem abrangidos pela publicidade processual. A confidencialidade protege apenas o procedimento da mediação e da conciliação.

O processo judicial que tenha passado por sessão autocompositiva continuará sendo público, assim como os processos administrativos que antecedem e sucedem o acordo judicial de que participe o agente público. Portanto, o dever de segredo se impõe apenas sobre fatos, dados e manifestações versados na audiência autocompositiva, que constituem objeto da confidencialidade, e não afeta o controle dos atos administrativos de forma absoluta, conforme será adiante averiguado.

³¹⁸ Denominação utilizada pela doutrina vide a lição de Alexandre Libório Dias Pereira, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O “direito à autodeterminação informativa” na jurisprudência portuguesa: breve apontamento. *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 5, 2017. p.27-30. O comitê Europeu de Proteção de dados regulamentou a Regulação 2016/679/EU do Parlamento Europeu através da diretiva 05/2020.

³¹⁹ “De fato, o princípio da confidencialidade não exclui o da publicidade processual, pelo fato de que ambos possuem áreas distintas de aplicação, devendo a confidencialidade se sobrepor, tão-somente, à sessão autocompositiva realizada durante o processo judicial, enquanto a publicidade diz respeito ao processo como um todo”. GUTIÉRREZ, Daniel Mota; NÓBREGA, Adriano César Oliveira. A confidencialidade nas sessões de conciliação: o aparente conflito entre publicidade e sigilo processual. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.37, 2019. p. 20.

Cunha ressalta que, à falta de maiores diferenças em lei, a Lei de Mediação é aplicável à conciliação naquilo que estipular à mediação judicial³²⁰, portanto, o regime da confidencialidade e suas exceções. A Lei de Mediação é lei especial ao tratar da autocomposição em juízo e, segundo as regras de conflitos entre leis terá prioridade sobre a Lei de Acesso à Informação, que trata da generalidade das relações públicas dos poderes – sem tratar de processo judicial no seu teor, que encontra regramento específico de normas fundamentais processuais e direitos fundamentais.

Referente a mediação em conflitos ambientais, seara que envolve a administração pública, Colombo³²¹ entende serem confidenciais as sessões conjuntas e individuais entre mediadores e partes para propiciar alternativas para a resolução, porém ressalva serem regidos pela publicidade “o acordo que definiu as regras da mediação; o conteúdo dos documentos técnicos/pareceres e do acordo final”.

Em todo o caso, o conflito entre os princípios da confidencialidade e da publicidade devem se dar sem a anulação de seus núcleos mínimos. A compatibilização da publicidade administrativa e processual se faz mediante a aferição do interesse social que a flexibiliza segundo o artigo 5º, LX da Constituição Federal.

A solução pacífica de controvérsias é princípio fundamental da república, e sua aplicação se requer internamente assim como em suas relações internacionais (art. 4º, VII da CF). A determinação de estímulo sempre que possível à solução

³²⁰ “A legislação brasileira é a única a fazer essa diferença entre mediador e conciliador. Na verdade, a diferença estaria nas técnicas utilizadas. Só que a intermediação de uma autocomposição usa técnicas variadas, a depender da postura das partes envolvidas, do grau de mágoas recíprocas entre elas, do nível de conhecimento que têm, do perfil psicológico, a revelar a existência de maior ou menor ansiedade na solução do problema etc. Em casos em que haja vínculo anterior, é natural haver mágoas ou maiores sentimentos envolvidos, mas as técnicas destinadas a eliminar essas mágoas e angústias ou a diminuir sentimentos recíprocos que repulsa e animosidade podem ser utilizadas também em casos em que não se verifique vínculo anterior entre as partes, mas estas têm perfil psicológico que exige a adoção daquelas técnicas. Tudo está, portanto, a depender do tipo de problema e, sobretudo, do perfil dos envolvidos na disputa. De todo modo, não há como recusar a existência de textos normativos que impõem a diferença entre a mediação e a conciliação, estabelecendo diversas técnicas contributivas para a obtenção da autocomposição. A Lei 13.140, de 2015, trata apenas da mediação, não mencionando a conciliação. Suas regras devem aplicar-se igualmente à conciliação, pois as diferenças entre mediação e conciliação não são tão acentuadas, variando a adoção de algumas técnicas, a depender das pessoas envolvidas e do objeto da disputa havida entre elas.” CUNHA, Leonardo, Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n.1, 2020. p. 155-156.

³²¹ COLOMBO, Silvana Raquel Brandler. O princípio da confidencialidade na mediação de conflitos ambientais no Brasil. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 10, n. 1, 2019. p. 29.

consensual dos conflitos se dirige ao Estado-juiz e ao Estado-administração (art. 3º, §2º do CPC). A colaboração junto aos métodos consensuais também é baseada em normas fundamentais processuais (arts. 3º, §3º, 4º e 6º do CPC).

Preservar a confidencialidade da mediação judicial, portanto, significa estimular a qualidade das tratativas e aumentar as possibilidades de consenso, segundo a autonomia das vontades das partes. A confidencialidade favorecerá, por exemplo, a atuação do procurador que formula proposta mediante concessões da parte contrária, enquanto sua iniciativa não for utilizada pelo juízo como fundamento para o provimento total de mérito a favor do particular. A inobservância da confidencialidade em hipótese semelhante inviabilizaria toda a atividade consensual da administração pública enquanto parte, pois diante da repetição de matérias versadas haveria o risco de se causar uma atuação automática e econômica das procuradorias em apresentar contestação à generalidade dos processos.

Diante do exposto, tem-se que a publicidade administrativa não é uma panacéia que sirva a toda e qualquer situação que envolva a administração pública, mas ao contrário, estará presente como princípio geral excepcionado por normas especiais. A confidencialidade insere-se harmonicamente no sistema do código junto à publicidade processual, e sua aplicação veda estratégias das partes que têm acesso aos dados das outras na parte inicial da instrução, a sua garantia reforça portanto a colaboração entre as partes em prol do consenso.

À luz, portanto, dos fundamentos normativos e fáticos, resta configurado o interesse social em excepcionar a publicidade processual e a publicidade administrativa pela confidencialidade na mediação e conciliação judiciais.

1.5.4.2 Controle administrativo, transparência e confidencialidade

A confidencialidade resguarda o procedimento e dados das negociações na forma dos incisos do artigo 30 da Lei de Mediação, contudo, não parece que seja possível afastar o controle orçamentário da administração pública. É necessária uma averiguação da compatibilidade entre os institutos.

A economia gerada pelo consenso tem o potencial de trazer ganhos significativos para a administração pública por ser um litigante de massa. Assim,

mediante um planejamento orçamentário a administração pública pode antever rendas e despesas e desenvolver um desenho de disputas institucional, que contemple condenações judiciais e pagamentos oriundos de acordos homologados em juízo. Não há dados sobre a realização de semelhante planejamento em qualquer esfera de governo. O planejamento orçamentário, contudo, teria a potencialidade de contemplar uma estratégia compatível com a atuação da administração pública enquanto grande litigante. A atividade consensual em juízo, portanto, sofreria o primeiro controle em esfera administrativa, isenta portanto da confidencialidade.

O controle administrativo da atividade consensual em juízo continua passível de ser realizado nas autorizações prévias das procuradorias para formular propostas, o que na esfera federal é disciplinado pela Lei 9.469/97. As propostas e documentos levados ao procedimento autocompositivo, são de conhecimento da administração pública e portanto, são passíveis de controle administrativo antes mesmo de serem apresentados em juízo. Deste procedimento administrativo prévio destinado a formular a vontade administrativa de conciliar deve fixar a motivação do consenso. O interesse na confidencialidade, todavia, persiste, impondo-se este dever aos demais participantes do procedimento, perante terceiros e juízos arbitral e judicial. A parte que recebe a proposta sabedora de que o juiz natural não tem conhecimento sequer de sua formulação tem na confidencialidade o incentivo para cooperar no procedimento.

A confidencialidade que continua a resguardar as informações apresentadas pelo particular versadas no procedimento autocompositivo nos termos do artigo 30 da Lei de Mediação, perante terceiros e juízos arbitral e judicial. Significa que o procurador ou preposto da administração não poderá se reportar às informações obtidas na mediação judicial para suas alegações.

Entretanto, não há como se evitar que ambas as partes, e no caso, a administração pública, passe a agir conforme os novos dados obtidos em decorrência de sua participação na autocomposição. O dever de confidencialidade se impõe às partes pois elas passam a ter conhecimento direto de informações na sessão autocompositiva. As partes são, portanto, detentoras deste novo conhecimento e devem manter segredo sobre ele.

O procurador público é o representante, por excelência, da administração e, embora não lhe seja dado pleitear ao juízo o julgamento conforme o que for

veiculado no procedimento consensual, como componente da formação da vontade administrativa em processo administrativo tem a possibilidade de fazer constar em registros internos o que tiver observado para justificar a atuação administrativa futura. Entender de forma diferente significaria tratar de forma não isonômica em juízo não apenas a administração pública, mas todo ente coletivo ou pessoa jurídica que se faça representar em sessão autocompositiva.

Os processos da administração pública em juízo devem resguardar o sigilo das propostas e demais documentos expostos com o único fim do consenso e, acaso não haja acordo entre as partes, o processo judicial deve seguir com instrução probatória independente do que tiver ocorrido nesta fase processual. Não há notícias que tenha havido controle administrativo nesta hipótese, antes ou depois do advento do princípio da confidencialidade.

Isto porque a inocorrência do acordo não gera dispêndio direto, contudo, pressupondo que o não-acordo gere o interesse do controle orçamentário, ao agente administrativo ainda é viável o registro do que entender conveniente em processo administrativo, segundo a Lei de Acesso à Informação.

Realizado o acordo, se ambas as partes entenderem conveniente podem registrar o que for convencionado em ata. Rodrigues destaca ser “questionável se toda e qualquer autocomposição precisa de confidencialidade”³²². A confidencialidade, conforme já explorado, é sujeita à renúncia de ambas as partes, o que não aniquila as situações em que o agir estratégico as beneficiaria – incluída a própria Administração Pública. Desta forma, caberia o consenso com o particular no sentido de dispensar a confidencialidade.

O controle posterior interno e externo - a cargo dos tribunais de conta, poderá aferir a economicidade da política consensual levada a efeito pelo Estado conforme os resultados financeiros em escala que gerem os sucessivos acordos individuais, ou mesmo os coletivos.

A princípio, ademais, os fatos e propostas que surgirem durante a autocomposição não inviabilizam o controle do dispêndio público decorrente do acordo realizado.

Ressalte-se ainda que a Lei de Mediação tratou pela primeira vez da mediação nas formas judicial e extrajudicial, tratando ainda da Administração

³²² RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 386.

Pública sem excepcionar a confidencialidade. Neste sentido, a renúncia à confidencialidade, entendida como uma vantagem para a Administração Pública como parte do processo apta a lhe gerar ganhos, pode constituir uma indevida disponibilidade do patrimônio público.

Enquanto litigante de massa, a administração pública, representada por seus procuradores, participa de reuniões interinstitucionais realizadas entre grandes litigantes e os núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos dos Tribunais (art. 7º da Resolução CNJ nº 125/2010); portanto é aconselhável que este órgão se informe sobre os parâmetros gerais de propostas a serem veiculadas para fins da formulação do desenho de disputas organizado no âmbito do Tribunal. Mas em todo o caso não lhe será lícito conhecer previamente o teor da proposta para cada processo individualizado.

A confidencialidade na conciliação e mediação visa precipuamente a proteção das informações e tratativas trazidas pelas partes na sessão em face do juiz que julgará a causa, bem como de informações mais amplas a terceiros – que, em último caso, deverão se valer à publicidade processual nos moldes do artigo 189 do CPC e do seu §2º.

Alcançado o consenso entre as partes e firmado o acordo, problema não há que documentos, alegações e negociações sejam anexados ou registrados em ata para a fiscalização do juiz quanto à sua validade ao homologar, ou para o amplo controle interno ou externo dos órgãos administrativos.

Diante da Lei Geral de Acesso à Informação na hipótese de dispêndio financeiro ou tutela dos direitos fundamentais (artigos 7º, VI, 8º e 21), o agente público poderá pretender expor e registrar suas motivações e subsídios. Neste caso, todavia, poderá fazê-lo mediante a concordância da parte contrária ao excepcionar a confidencialidade, ou mesmo obedecer ao comando legal mediante o registro em procedimento administrativo interno.

O interesse na transparência imediata do procedimento de mediação para fins democráticos cede ao fundamento político dos métodos consensuais, pertinente na participação da decisão pelos próprios interessados e terceiros imparciais. Estes são os eleitos pela lei para atuarem em prol do princípio participativo. Colombo³²³

³²³ COLOMBO, Silvana Raquel Brandler. O princípio da confidencialidade na mediação de conflitos ambientais no Brasil. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 10, n. 1, 2019. p. 30: “Apesar da proteção das informações produzidas nesta fase, é recomendável que seja comunicada ao exterior

recomenda, quanto as mediações ambientais, a divulgação de uma síntese dos resultados da sessão autocompositiva mediante a anuência das partes.

O juiz natural exercerá, como em qualquer acordo, o controle da boa-fé e do respeito à ordem pública do acordo. Decorre desta fiscalização – natural da atividade jurisdicional para constituir um título executivo judicial - na aferição de documentos e negociações disponíveis e, se concluir por alguma violação aos princípios que ultrapasse os limites do transacionável pelo ente público, poderá deixar de proceder à homologação. Por outro lado, admitir que as informações, justificações e declarações orais registradas sejam utilizadas indevidamente como provas que não são – pois não foram produzidas em suas presença – resultarão em desrespeito ao contraditório e, ainda, à imparcialidade do magistrado.

Apesar da lei não ressaltar a aplicação do princípio da confidencialidade nesta hipótese, temos que, alcançado o fim da sessão autocompositiva – promover o consenso –, após sua homologação cessam as razões do agir estratégico próprias da negociação, bem como as questões pertinentes à produção de prova sob contraditório ou ao contágio da imparcialidade do magistrado.

A atuação de magistrado em centro judiciário, sem jurisdição para o julgamento da demanda, escapa à fundamentação da confidencialidade na imparcialidade; desta forma o juiz coordenador que tenha contado com as informações confidenciais durante o procedimento poderá analisá-las quando da sua homologação. Não sendo homologado o acordo, o magistrado deve zelar para que sejam suprimidas as informações confidenciais antes de encaminhar os autos para o juízo natural onde será processado e julgado.

À exceção de documentos públicos – constantes de bancos de dados públicos ou que seriam em todo o caso possam ser passíveis de consulta na forma da Lei de Acesso à Informação e da Lei Geral de Proteção de Dados -, os dados oriundos da sessão autocompositiva não poderão ser analisados e utilizados por terceiros, ainda que para controle, ou por magistrados para fundamentar sentença de mérito diante do princípio da confidencialidade.

uma síntese dos resultados da sessão conjunta mediante anuência das partes.(...) Em síntese, o que justifica a publicidade é a garantia do direito de acesso à informação como condição ao conhecimento, participação e controle da sociedade em relação ao que foi acordado”.

CONCLUSÕES

Capítulo 1

1. Incorporados ao procedimento civil comum, a mediação e da conciliação abandonam o caráter alternativo oriundo da justiça coexistencial, passando a constituir mais uma porta para o acesso à justiça – direito fundamental que, traduzido na norma processual fundamental do artigo 3º, afasta quaisquer dúvidas quanto à legitimidade dos métodos consensuais em juízo.

2. A cultura da sentença é um fenômeno descrito em diversos sistemas processuais, em diferentes épocas e tendo diversos antecedentes, representando um dado importante no estudo da adoção dos métodos consensuais no sistema jurídico brasileiro, dado ser característico da *civil law* a busca do acertamento da verdade.

3. A utilização dos métodos consensuais pela administração pública é um capítulo à parte da cultura da sentença diante do dogma da indisponibilidade do interesse e do patrimônio públicos.

4. A busca pela pacificação social através dos métodos consensuais – quando adequados - apresenta vantagens com relação àquela alcançada através da jurisdição tradicional, e o desafio apontado pela ciência processual é a manutenção de suas características diante de sua introdução no processo.

5. Parte do potencial de crescimento da utilização de métodos consensuais passa necessariamente pelo *case management* aplicado pelos magistrados em suas competências, prestigiando o modelo legal e de acordo com as potencialidades locais, bem como por um *design* de sistema de disputas formulado, em cooperação, entre a administração pública na figura de seus órgãos e representações judiciais e o Poder Judiciário no cumprimento da política nacional para os métodos consensuais em juízo.

6. O direito brasileiro abraçou o princípio cooperativo como demais países de *civil law*, a exigir de partes e magistrado uma atuação consonante com o contraditório participativo, e o cumprimento de deveres em prol do processo justo. Além dos deveres há liberdades: este impulso compartilhado proporciona

legitimidade democrática com amplas possibilidades de aprimorar a tutela jurisdicional.

7. O sentido do novo princípio cooperativo é tornar a busca da solução de mérito um objetivo comum, não estando mais a cargo do impulso oficial unicamente. Opera na dimensão processual, não apresentando qualquer carga material orientada ao consenso entre as partes.

8. A comunidade de trabalho introduzida pelo processo cooperativo adotado pelo CPC impõe deveres a todos os atores processuais, fundamentados na boa-fé, na adequada duração do processo, no contraditório, na ampla defesa e no acesso à justiça.

9. O papel do magistrado diante das normas fundamentais do processo civil e da política nacional de solução consensual de conflitos no poder judiciário é de gestor e supervisor do processo, do planejamento e das negociações que serão travadas por conciliadores e mediadores.

10. O dever de cooperação do magistrado implica a consulta às partes, auxílio e exposição das razões de decidir quanto à utilização dos métodos consensuais.

Capítulo 2

11. Apesar de baseado o procedimento civil comum em audiências de conciliação ou mediação realizadas no procedimento comum antes da resposta do réu, a expressão constante da parte final do dispositivo – “inclusive no processo judicial” – deixa claro que os esforços para alcançar soluções amigáveis devem transbordar a atividade em juízo. Alguns exemplos se encontram na atividade dos advogados quando da consulta da parte para o ajuizamento; nos inquéritos civis processados no âmbito do Ministério Público; nas audiências pré-processuais que poderão se converter em processos judiciais, ou nas tentativas extrajudiciais de mediação enquanto pendente de julgamento o seu objeto. São ocasiões em que se exige, por força da norma fundamental processual, uma atuação conforme a boa-fé processual direcionada ao estímulo recíproco aos métodos consensuais.

12. A norma processual fundamental (art. 3º, §2º do CPC) que determina ao Estado a promoção consensual dos conflitos dirige-se a todas as esferas de poder, inclusive ao Estado-Administração em juízo.

13. A adoção de métodos consensuais não se limita a uma postura cooperativa no processo judicial, e requer fomento, planejamento e estímulo para que ocorra (artigo 3º, §3º do CPC). Estas medidas compreendem desde a capacitação de mediadores até o estabelecimento de um *case management* mediante a colaboração entre magistrado e demais atores do processo.

14. A boa-fé é imprescindível à mediação, mesmo no âmbito do exercício de direitos subjetivos.

15. A parte que comparece à sessão autocompositiva de forma desinteressada no acordo age em prol do princípio cooperativo. A troca de informações no ambiente ético da mediação fundamenta-se na cooperação. Igualmente fazem parte do âmbito colaborativo flexibilizações e negociações procedimentais realizadas entre as partes.

16. A manifestação positiva à sessão do artigo 334 do CPC, e em qualquer caso quanto ao acordo, se inserem no âmbito da dispositividade.

17. A possibilidade de designação de sucessivas sessões autocompositivas, e mesmo de uma única sessão que não resulte consenso demonstra a ausência de coincidência entre métodos consensuais e celeridade, sendo mais provável uma aproximação destes à duração razoável do processo. Tais hipóteses são justificadas pelo objetivo de solução pacífica dos conflitos (artigo 3º §§2º e 3º do CPC, preâmbulo da Constituição Federal e seu artigo 4º, VII).

18. O fundamento político dos métodos consensuais justifica a participação de conciliadores na justiça e das partes na decisão como expressões democráticas, relacionando-se ao contraditório participativo do processo e à isonomia característica dos métodos consensuais.

19. O CPC apresenta-se como um sistema coerente de normas, sendo compatíveis a publicidade processual e a confidencialidade da mediação.

20. A oralidade no processo, principalmente em seu sentido estrito, bem como a imediatidade, estão intrinsecamente relacionadas aos métodos consensuais por promoverem a comunicação entre as partes e viabilizarem a utilização de técnicas negociais pelo mediador.

21. Diversamente de suas características no processo inquisitorial, no qual objetiva a busca da verdade, a oralidade no âmbito dos métodos consensuais favorece o caráter cooperativo processual.

22. A informalidade dos métodos consensuais aplica-se à administração pública em juízo deste o sistema dos juzados especiais federais (Lei nº 10.259/2001), porém encontra limites nas indisponibilidades processuais como o sistema de pagamentos através de precatório ou requisição de pequeno valor.

23. A imparcialidade do mediador impede uma atuação pró ou contra-administração, devendo manter suas opiniões a salvo de suas atitudes, mesmo diante de demandas repetitivas.

24. A decisão informada pressupõe o exercício da autonomia da vontade, que vem a ser um princípio basilar dos métodos consensuais, favorecendo as partes enquanto a o princípio da pacificação social impõe-se de forma mais pronunciada ao Estado-Administração e ao Estado-Juiz por corresponder a uma norma fundamental processual diretamente dirigida (artigo 3º, §2º do CPC) e também uma política pública.

25. A confidencialidade abrange todo o procedimento da mediação, não apenas a sessão autocompositiva. Mediadores submetem-se a dever de sigilo profissional, e se equiparam a servidores públicos para fins penais.

26. O sentido subjetivo da confidencialidade determina que não se informe sobre o procedimento consensual a qualquer terceiro que dela não participe, e se impõe a partes, representantes, mediadores e seus auxiliares.

27. A confidencialidade é oponível ao magistrado como garantia de sua imparcialidade, bem como para favorecer a comunicação entre as partes, o caráter cooperativo e a geração de melhores opções de acordo.

28. O sentido objetivo da confidencialidade inclui declarações, propostas ou promessas, reconhecimento de fatos, manifestações quanto a propostas e documentos preparados unicamente para o procedimento da mediação (artigo 30, §1º da Lei 13.140/2015), não abrangendo documentos públicos.

29. A confidencialidade não é absoluta, sendo passível de dispensa por ambas as partes ou por aquela que assim manifeste expressamente, por exemplo, mediante proposta por petição nos autos.

30. As exceções legais à confidencialidade são estritas e expressamente previstas, não comportando analogia a normas de outros sistemas. Tais exceções à confidencialidade não se referem subjetivamente à administração pública em juízo.

31. Tampouco as exceções legais à confidencialidade tratam, em seu sentido objetivo, de mediações que envolvam o interesse público, direitos coletivos

ou políticas públicas, em que pese haver amplo debate científico em torno da questão por possível enfraquecimento democrático.

32. A administração pública, como litigante de massa por excelência tem amplas possibilidades de utilização dos métodos consensuais em juízo a seu favor em termos econômicos, o que é passível de aferição e planejamento, conforme um *design* de sistema de disputas que vislumbre eficiência e economicidade.

33. A conciliação e a mediação judiciais são institutos de ampla aplicação pela Administração Pública, tanto por constituírem parte de uma política pública para solução adequada de conflitos no poder judiciário, quanto pelo amplo arcabouço legal que prevê desde a mediação extrajudicial entre instituições públicas, e estas e particulares, até as formalidades das autorizações administrativas para realização de acordos judiciais.

34. O nosso sistema de tratamento de demandas repetitivas baseado na suspensão dos processos em todas as instâncias não considera espaços para uma abordagem consensual. Acaso levada a cabo, uma concepção consensual em massa no Brasil redundaria na adoção de teses dos julgamentos repetitivos como parâmetros para acordos, ou mesmo os entendimentos adotados reiteradamente ou consagrados em súmulas.

35. Os princípios administrativos não impossibilitam, *a priori*, a atividade consensual da administração pública, sendo possível manter a observância da indisponibilidade do interesse público diante da economicidade do acordo, de modo a manter a eficiência administrativa.

36. É ampla consensualidade da administração pública em acordos em que não exista verdadeira transação por não envolverem qualquer concessão da administração pública. Nesta hipótese incluem-se as reparações de ilegalidades da própria administração.

37. A vontade da administração pública impescinde de procedimento administrativo próprio para a sua apuração, e se envolver qualquer das hipóteses elencadas no artigo 30, §1º da Lei de Mediação deve ser compreendido o início do procedimento de mediação para fins de confidencialidade.

38. A realização de acordo na hipótese de grande probabilidade de subumbência da administração deve ser precedida de um estudo fundamentado a respeito destas chances e da economicidade do acordo.

39. A isonomia administrativa impõe que propostas sejam disponibilizadas com base em critérios objetivos para todos os particulares em determinadas situações.

40. Apesar de baseado o procedimento civil comum em audiências de conciliação ou mediação realizadas antes mesmo da resposta do réu, grandes litigantes, como a Administração Pública, têm tido a oportunidade de ajustar sessões de mediação pré-processuais, consideradas aquelas realizadas antes da distribuição da ação ao juízo natural, ou mesmo de manifestar desinteresse na sessão autocompositiva do artigo 334 quanto a determinadas matérias previamente perante os núcleos permanente dos tribunais.

41. A consolidação da vontade institucional, contrária ao consenso em determinadas matérias, tem resultado na dispensa da sessão autocompositiva do procedimento comum mesmo quando o particular manifeste interesse.

42. A confidencialidade favorece a troca de informações de forma cooperativa entre a administração pública e o particular no processo judicial e, ao estabelecer uma zona de possível acordo entre as partes, garante o sucesso nas negociações em termos de pacificação social. Nestes moldes, a confidencialidade é mais que uma mera regra de admissão de prova.

43. São diversas as exceções à publicidade administrativa a corroborar a confidencialidade na mediação como medida que favoreça a negociação, como o sigilo do valor de referência instituído pela Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021, artigo 24) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018, artigo 23).

44. A mediação judicial tem sua confidencialidade conjugada harmonicamente com a publicidade processual, que é referida no texto constitucional eminentemente às sessões de julgamento (artigo 93, IX e artigo 5º, LX da Constituição da República).

45. A busca da eficiência administrativa (artigo 37, *caput* da Constituição da República) enseja a restrição legal da publicidade processual mediante a confidencialidade na mediação judicial.

46. A confidencialidade é princípio informativo da mediação e da conciliação judiciais, excepcionando a publicidade processual e da publicidade administrativa. Embora a confidencialidade possa ser flexibilizada, eventuais renúncias em diferentes aspectos objetivos devem ser expressamente acordadas pelas partes.

47. O controle administrativo posterior continua possível mesmo diante da confidencialidade na mediação judicial, atuando sobre os termos do acordo e sua execução.

48. A atividade consensual da administração pública na justiça federal, com amplas possibilidades de crescimento, demonstra não existir óbice a demandas que envolvam direitos imbuídos de caráter público, como os previdenciários.

49. Os centros judiciários representam o eixo de confidencialidade na mediação com a administração pública, distanciando as informações colhidas no procedimento do juízo natural.

50. O presente trabalho, portanto, recomenda que a administração pública atue como grande litigante que é, apurando probabilidades de sucesso ou perda nos processos judiciais em que é parte, de modo a planejar um *design* de sistema de disputas que lhe confira ampla possibilidade de negociar de forma ampla mediante confidencialidade em seu sentido subjetivo ou objetivo na mediação judicial.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 627p.
- ALMEIDA, D. A. R. de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. **Revista de Processo**, v.195, p. 185 – 208, 2014.
- ALMEIDA, D. A. R. de; PANTOJA, F. M.; ANDRADE, J. L. Fundamentos. In: HALE, D.; PINHO, H. D. B.; CABRAL, T. N. X. (Org.). **O Marco Legal da Mediação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2016.
- ALMEIDA, F. P. L. de A Teoria dos Jogos: uma Fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. In: AZEVEDO, A. G. de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. 512p. v.2
- ALMEIDA, T. **Caixa de ferramentas em mediação: Aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014. 351p.
- ALVES, T. M. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v.256, p. 89-118,2016.
- AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. **Principles and Rules of Transnational Civil Procedure**. 2004. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Acesso em 15 dez 2019.
- ANDREWS, N. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Acesso à justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 228p.(Série Pesquisas do CEJ;14)
- ARAUJO, A. A. M. M. Normas processuais fundamentais e princípios da conciliação e da mediação no Código de Processo Civil. In: BELMIRO, C.; PEREIRA, D. Q.; HILL, F. P.; MARTINS, L. O. S. S. (Org.). **Coletânea Estudos Sobre Mediação no Brasil e no Exterior**. Santa Cruz do Sul: *Essere nel mondo*, 2020, v. 4.
- ASPERTI, M. C. A. **A mediação e a conciliação de demandas repetitivas: os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 212p.
- ASPERTI, M. C. A. et al. **Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios->

1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf. Acesso em: 16 jun 2020

AUILO, R. S. **O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento.** 2014. Dissertação (Mestrado em . Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

AZEVEDO, A. G. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, A. G. (Org.) **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v.2.

AZEVEDO, A. G. **Manual de Mediação Judicial.** 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. 392p.

AZEVEDO, G. T. de. Confidencialidade na Mediação. In: AZEVEDO, A. G. (Org.) **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, v.2.

BAIRD, D. G. et al. **Game Theory and the Law.** Cambridge: Harvard University Press, 2002.

BARBOSA, I. M. Fórum de Múltiplas Portas: Uma Proposta De Aprimoramento Processual. In: AZEVEDO, A. G. A. (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v.2

SILVA, E. B. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação.** 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BATISTA, B. G. L. A oralidade processual e a construção da verdade jurídica. **Revista da SJRJ.** n. 23, 2008, p. 131-160.

BATISTA JÚNIOR, O. A. **Transações administrativas.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOCHENEK, A. C. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013. 561 p. (Série monografias do CEJ, v. 15).

BODART, B. **Tutela de evidência.** São Paulo: RT, 2015.

BRANDÃO, Marcela Araujo da Nova. A consensualidade e a administração pública em juízo. 2009. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2009. p. 59:

SÁ, C. T. B. de. **A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório**: um estímulo à adoção de condutas cooperativas no processo, Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F.; COELHO, I. M. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PASSOS, J. J. C de. Instrumentalidade do processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**. v.1, n. 1, p.1-13, 2001.

CAMBI, E. Entre Posner, Rawls e Dworkin: o ato de julgar, a motivação e a resposta correta. **Revista de Processo**. vol. 277, p. 133-157, 2018.

CAPPELLETTI, M. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, v. 61, p. 144-158, 1991.

CAPPELLETTI, M. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense**, v. 88, n. 318, p. 119-128, 1992.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, A. G. A conciliação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito PGE-RJ**, v. 30, p. 46-56, 1976.

CARNEIRO, P.C P. **Acesso à Justiça**: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

CASTRO FILHO, S. O. Poderes conciliatórios do Juiz. **BDJur**. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18908>. Acesso em 30 jul 2019.

CAUREO, E. S. Introduzione Al Active Case Management Nella Procedura Civile: Premesse e Sfide. **REDP**, v.19, n. 2, p.84-117, 2018.

CIANCI, M.; QUARTIERI, R.; ISHIKAWA, L. I. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010). **Revista de informação Legislativa**, n. 190, p.191-201, 2011.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

COLOMBO, Silvana Raquel Brandler. O princípio da confidencialidade na mediação de conflitos ambientais no Brasil. **Revista Catalana de Dret Ambiental**. v. 10, n. 1, 2019. p. 30

COMOGLIO, L. P. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista de Processo**, v. 151, p. 72-98, 2007.

COMOGLIO, L. P. Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli a confronto). **Revista de Processo**, n. 90, p. 95-150, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2019**.

Disponível em

<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em 15/09/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente - Jurimetria Para Proposição De Ações Eficientes**.

2019.192p. Disponível em

https://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf. Acesso em 15 set 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ nº125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em

<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 2 mar 2019.

COSTA, A. A. **Cartografia dos Métodos de Composição de Conflitos**, Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v.4.

COSTA, A. A. Programa Resolve. Portal Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/programa-resolve/resolve-poupanca-planos-economicos/>. Acesso em 15 mar 2020.

COSTA, A. F. C. da. **O princípio da confidencialidade na mediação oem matéria civil e comercial: caso português**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais) - Faculdade de Direito, Nova de Lisboa, 2014.

CUNHA, L. C. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, L. C. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil, **Revista ANEP de Direito Processual**, v.1, n.1, p.140-162, 2020.

DE PALO, G. **Relatório O “Paradoxo da Mediação na UE” ao longo dos últimos dez anos: quando uma Diretiva da EU precisa ser mais ... diretiva**. 2018. 19p.

DE PALO, G. **Entrevista Mediating Mediation: the Easy Opt-Out Model**.

Tijdschrift conflict hantering. n 4. p. 25 - 29. 2020. Disponível em <

<https://kmt.mediatorsvereniging.nl/download/?id=3915>>. Acesso aos 20/10/2020.

DEUTSCH, M. **The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes**. New Haven, CT: Yale University Press, 1973.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, C. R. **Os fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JR, F. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v.36, n. 198, p. 213-225, 2011.

DINIZ, M. H. Transação judicial: efeitos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. n. 7, p.16-22, 2000.

FALEK, D. **Manual de Design de Sistemas de Disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018.

FALEK, D.; TARTUCE, F. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, A. S. P.; TOSTA, J.; ALVES, J. C. F. (Org.) **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FARIA, M. K. Os meios alternativos de solução de controvérsias em uma perspectiva comparada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.9, n. 9, p.458-480, 2012.

FARIAS, B. O. Os poderes do juiz no novo CPC. In: CARNEIRO, P. C. P; GRECO, L. P.; PINHO, H. D. B.(Coords.). **Inovações do Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: GZ, 2016. 424p.

FISS, O. M. Contra o Acordo. In: **Um novo Processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Coord. Tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FISS, O. M. Against Settlement. **Yale Law Journal**, v. 93, n.6, 1984.

GABBAY, D. M. **Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAJARDONI, F. F. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. **REDP**, v. 21, n.2, p.99-114, 2020.

GALANTER, M. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015.

GALANTER, M. **Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change**. *Law and Society Review*, v.9, n.1, p.95-160, 1974.

GIMENEZ, C. P. C. A Justiça consensual do Tribunal múltiplas portas e a política pública norte-americana de tratamento de conflitos: contribuições ao modelo brasileiro, **R. Opin. Jur.**, n. 20, p.84-111, 2017.

GRECO, L. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, L. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In MITIDIERO, D.; AMARAL, G.R. (coords.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas. 2012.

GRINOVER, A. P. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, v. 9, n. 52, p. 71-76, 2008.

GUTIÉRREZ, D. M.; NÓBREGA, A. C. O. A confidencialidade nas sessões de conciliação: o aparente conflito entre publicidade e sigilo processual. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n.37, p.13-24, 2019.

GUINCHAUD, S. **Droit Processuel: Droits fondamentaux Du Procès**. Paris: Dalloz, 2011.

HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: HALE, D; PINHO, H. D. B.; CABRAL, T. N. X. (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

HEAPM S. H.; VAROUFAKIS, Y. **Game Theory: A Critical Introduction**. New York: Routledge, 1995.

HILL, F. P. **O Direito Processual Transnacional como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro:GZ, 2013.

HILL, F. P.; BEM, C.C.B.B., CAMPISTA, F. F. A duração razoável do processo e os parâmetros jurisprudenciais dos tribunais internacionais de direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito Processual**. v.25, n. 99, p.111-141, 2017.

JOHNSON, E. The Pound Conference Remembered. **Dispute Resolution Magazine**, v. 19, n. 1, p.6-8, 2012.

MANCUSO, R. C. **Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

MANCUSO, R. C. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**, v. 926, p.135-175, 2012.

MAZZOLA, M. Dispensa da audiência de conciliação/mediação, seis dribles e dois gols. **Revista FONAMEC**, v.1, n. 1, p. 253 - 262, 2017.

MENDES, A. G. C. M. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, A. G. C. M.; SILVA, L. C. P. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. **Revista Quaestio iuris**, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015.

MENDES, A. G. C. M.; SILVA, L. C. P. Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: breves reflexões. **REDP**. v. 17. n. 2., p.38-56, 2016.

MENDES, A. G. C. M.; SILVA, L. C. P. Breves Notas Sobre A Conciliação no Código De Processo Civil. **REDP**, v. 19, n. 3, p.1-23, 2018.

MENDES, A. G. C. M.; SEGUNDO, E.; ALMEIDA, M. **Novo Código de Processo Civil comparado e Anotado**. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?: Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**. v.194, p.55-68, 2011.

MITIDIERO, D. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, J. C. B. **O futuro da Justiça**: alguns mitos. Temas de direito processual. 8. série São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, J. C. B. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. **Revista da Emerj**, v. 6, n. 22, 2003, p. 58-72. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf

MOREIRA, J. C. B. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. Temas de direito processual civil. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, J. C. B. Os novos Rumos do Processo Civil Brasileiro, **Rev. Dir. Proc. Geral**, n. 47, p. 9–19, 1994.

MOREIRA, J. C. B. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, n. 164, p.29-56, 2008.

NIEVA-FENOLL, J. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial?. **REDP**., v.14, p.213-228, 2014.

OLIVEIRA, C. A. A. de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v. 2, n. 4, 2014.

PASSOS, J. J. C. de. Instrumentalidade e Devido Processo. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1., n.1, 2001.

PEDRON, F. Q.; BAHIA, A. M. F.; NUNES, D; THEODORO JÚNIOR, H. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERLINGEIRO, G. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a Administração Pública. **REDP**. v.18., n.3., p.122-145, 2017.

PINHEIRO, Guilherme César. Audiência de Conciliação ou Mediação no Sistema Processual Civil. **REDP**. v.19, n. 3., p.324-347, 2018

PINHO, H. D. B. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **REDP.**, v. 13, 2014.

PINHO, H. D. B. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de código de processo civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. **REDP.**, v. 6, n.6, p. 49- 92, 2010.

PINHO, H. D. B. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de mediação. **REDP.** v. 19., n. 2., p.118-148,2018.

PINHO, H. D. B. **Direito Processual Civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2.

PINHO, H. D. B. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais.** Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, H. D. B. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. **R. Emerj**, v. 21, n. 3, p. 241-271, 2019.

PINHO, H. D. B.; PAUMGARTTEN, M. P. Experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **REDP**, v.8, p. 443-471, 2011.

PINHO, H. D. B.; PAUMGARTTEN, M. P. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. **REDP.** v. 11, n.11, p.184-216, 2013

PINHO, H. D. B.; NUNES, P. E. A confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a Fazenda Pública. In: PINHO, H. D. B.; RODRIGUES, R. A. R. (Org.). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**, Curitiba: CRV, 2018. 226p.

PINHO, H. D. B.; QUEIROZ, P. G. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. **RJLB**, n. 5, p. 849-913, 2017.

PINHO, H. D. B.; ALVES, T. M. Novos desafios da mediação judicial no brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. In: MEIRELLES, D. R. S.; MARQUES, G. P. Y. (Coord.). **Mediação: um panorama atual.** Niterói: Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2014. v.1.

PRUTTING, H. La diferencia entre juez conciliador, mediator y componedor de conflictos. **Revista de Processo.** v. 272, p. 441-452, 2007.

RESNIK, J. Los jueces como directores del proceso. **Revista de Processo.** v. 268, p. 189-280, 2017.

RESNIK, Michael D. **Choices: an Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006..

REUPKE, E. G. Solução negociada e improbidade administrativa são incompatíveis? Uma análise atual da matéria. **Portal da Justiça Federal**. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2020. Disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2114. Acesso em: 20 março 2021.

RISKIN, L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: AZEVEDO, A. G. de (Org.). **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

ROCHA, D. V. A. Análise econômica de execuções fiscais de reduzido valor e os efeitos da Lei n. 12.514/11. **Revista CEJ**, v.16, n.56, p.102-110, 2012.

RODRIGUES, M. A. **A Fazenda Pública no processo civil**. SP: Atlas, 2. ed., 2016.

SÁ, C. T. B. de. **A valoração judicial da conduta processual das partes no campo probatório**: um estímulo à adoção de condutas cooperativas no processo, Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

SALLES, C. A. de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de processo**, v. 30, n. 121, p 38-50, 2005.

SALLES, C. A. de. **Arbitragem com contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALVO, S. H. P. G. J. di. **Mediação na Administração Pública Brasileira – o desenho institucional e procedimental**, São Paulo: Almedina, 2018. 242p.

SCHENK, L. F. **Cognição Sumária**: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

SERPA, M. N. **Mediação**: uma solução judiciousa para conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SILVA, A. F. S. A. A técnica dos acordos na Justiça Federal. **Revista Esmafe**, v. 7, p.73-86, 2004.

SILVA, Gabriel Cozendey **Pereira**. In: Eficiência administrativa na Jurisprudência do STF: análise crítica e proposta conceitual. **Rio de Janeiro**: Ed.Vermelho Marinho, 2018. p. 74.

SOUSA, M. T. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 1997.

SOUSA, M. T. de. **Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?** Estudos sobre o Novo Processo Civil. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, L. M. de. **Mediação de conflitos coletivos:** a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STOBER, M. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. **Revista de Processos**, v.244, p.361-379, 2015

SUXBERGER, A. H. G.; WAQUIM, B. B. A institucionalização da mediação no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário. **Civilistica.com**, n. 2., p.1-35, 2018.

TAKAHASHI, B. **Desequilíbrio de poder e conciliação:** o papel do conciliador em conflitos previdenciários. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. 280p.

TAKAHASHI, B. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista dos Tribunais**, v. 927, p. 24-41, 2013.

TALAMINI, E. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais, composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. Revista de Processo. **Revista de Processo**, v. 42, n. 264, p. 83-107, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARUFFO, M. **Un'alternativa alle alternative:** Modelli di risoluzione dei conflitti. Argumenta Journal Law, n. 7, p. 257-270, 2013.

TARUFFO, M. Cultura e processo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 63, n. 1, p. 63-92, 2009.

TARUFFO, M. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. v. 51, n. 2, p. 315–328, 1997.

THEODORO JUNIOR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.1.

THEODORO JUNIOR, H.; NUNES, D. J. C. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **REPRO**, n. 168, p. 107-141, 2009.

WATANABE, K. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. (Coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

Watanabe K, Santana D, Takahashi B. A solução consensual do interesse público. In: **Democracia e sistema de justiça : obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum; 2020

WATSON, J. **Strategy**: an Introduction to Game Theory. 3. ed. New York: Norton, 2013.

WOLKART, E. N. **Análise Econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019