

■ A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2015 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714

metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

■ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

■ Capa: Danilo Oliveira

Foto de capa: Dirk Ercken/Shutterstock

■ CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T198m

Tartuce, Fernanda

Mediação nos conflitos civis / Fernanda Tartuce. - 2. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO: 2015.

ISBN 978-85-309-6040-7

1. Mediação. 2. Conflito - Administração. I. Título.

08-3174

CDU: 347

*A Deus, fonte de toda força e luz; à minha mãe, Eliana,
grande exemplo de garra e amor; ao meu pai, César,
pelos constantes incentivos e votos de confiança; ao meu
irmão, Flávio, pelo intenso estímulo e pelo apaixonado afinco;
ao Dr. Rodolfo Mancuso, pelas incontáveis lições sobre a vida
e o direito; à Dra. Giselda Hironaka, pela linda visão sobre a
luta por um direito justo; ao Dr. Kazuo Watanabe, pela grande
contribuição por ocasião do exame de qualificação; às grandes
amigas de sempre pelo carinho e pelo apoio; ao meu amor,
pela compreensão, pela paciência, pela espera.*

nhecimento do conceito legal de mediação para que esta passasse a ser adotada ou recomendada pelo Poder Judiciário²⁸.

A proposta não era regulamentar o procedimento com minúcias, mas sim contemplar as diretrizes mais importantes da mediação, como a facultatividade de sua adoção e a flexibilidade de suas formas²⁹.

Posteriormente veio a lume um segundo projeto de lei: capitaneado principalmente pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ele detalhou vários pontos da mediação ao institucionalizá-la e aproximá-la das diretrizes da conciliação, com clara inspiração no modelo argentino³⁰.

Por ocasião de uma audiência pública realizada em 2002, promoveu-se a reunião dos dois projetos de lei e passou a tramitar no Congresso Nacional uma versão consensuada. O projeto, ao trazer regras mais detalhadas, buscava formar diretrizes para a mediação (sobretudo judicial).

Na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94/2002. Em 2004, ante a propositura, pelo Governo Federal, do movimento denominado “Pacote Republicano”, diversas propostas legislativas para mudar o Código de Processo Civil tiveram êxito. Foi então feito um novo relatório do projeto de lei, tendo sido elaborado um projeto substitutivo que foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça; “desde então, dele não se teve mais notícia até meados

de 2013, quando voltou a tramitar, provavelmente por inspiração dos projetos que já tramitavam no Senado”³¹.

Em 2011 foi apresentado o Projeto de Lei n. 517, de iniciativa do senador Ricardo Ferraço, para prover a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial criando um sistema afinado com o futuro CPC e com a Resolução n. 125 do CNJ³², embora tenha tido alguma tramitação, ele não avançou rumo à aprovação.

Em 2013 o tema voltou a ter destaque em tal Casa Legislativa e foram criadas duas comissões para apresentar projetos de lei: uma Comissão do Senado para mudar a Lei de Arbitragem, abordando também a mediação privada, e uma Comissão do Ministério da Justiça para tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado estabelecendo um “marco regulatório”.

Tais projetos acabaram somados ao anterior PL 517/2011 e redundaram no Projeto n. 7169/2014, para dispor sobre “a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”. Esse projeto foi objeto de alguns debates e alterações até redundar na Lei n. 13.140, promulgado em 26/06/2015.

Pouco antes da Lei de Mediação, porém – mais precisamente em 16/03/2015 – havia sido aprovado o Código de Processo Civil, instrumento normativo que trouxe quase quatro dezenas de previsões sobre a mediação judicial.

6.1.3 Mediação no Código de Processo Civil: visão geral

O Ato n. 379/2009, de lavra do Presidente do Senado Federal (senador José Sarney), instituiu uma Comissão de Juristas – presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux – para elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Em curtíssimo espaço de tempo a Comissão apresentou ao Senado Federal o fruto de seu trabalho, vindo o texto base a dar ensejo ao PLS n. 166/2010. Com a remessa para Câmara, o projeto tomou o n. 8.046/2010 e, após passar por Comissão Especial (com conduções dos deputados Sérgio Barradas Carneiro e Paulo Teixeira), aprovou-se texto final na Câmara dos Deputados em março de 2014³³.

³¹ A detalhada narrativa foi feita por Humberto Dalla Bernardina de Pinho no artigo O marco legal da mediação no Direito brasileiro (Disponível em: https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil. Acesso em: 11 jul. 2015).

³² *Ibidem*.

³³ TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo. Inventário e partilha no Projeto de Novo CPC: pontos de destaque na relação entre os Direitos material e processual. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, n. 1, p. 81, jul.-ago. 2014.

²⁸ BARBOSA, Aguida Arruda. A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil. In: DIAS, Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coord.) *Escritos de Direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 377-394.

²⁹ “A principal característica desse projeto é a institucionalização de um procedimento não obrigatório, que pode ser instaurado antes ou no curso do processo judicial (art. 3.º), desde que a matéria versada admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, segundo dispõe o parágrafo único do art. 1.º. Além disso, nos termos do art. 4.º, em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período. Deve ser destacado também o conteúdo do art. 5.º, segundo o qual o acordo alcançado por meio da mediação, ainda que extrajudicial, poderá ser homologado em juízo, constituindo título executivo judicial [...] Vale mencionar que o projeto admite como mediador qualquer pessoa capaz, escolhida ou aceita pelas partes, que tenha formação técnica ou experiência adequada à natureza do conflito e que proceda, no exercício da função, com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo” (BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no Direito positivo brasileiro, cit., p. 207-208).

³⁰ *Idem*, p. 202.

O Projeto de Novo Código, após sofrer consideráveis alterações de conteúdo nos quase quatro anos em que tramitou, finalmente foi encaminhado à sanção presidencial. Em 16/03/2015 ele foi finalmente sancionado, tendo o Novo Código de Processo Civil vindo a lume pela Lei n. 13.105.

A menção aos meios consensuais se deu de forma recorrente durante os debates legislativos. Como bem destacam Leonardo Cunha e João Lessa, havia no projeto “uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos”, elemento apto a “um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido”:

O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador³⁴.

A referência aos meios consensuais também se verificou no discurso proferido na ocasião da sanção legislativa: a presidente destacou que o Novo CPC “valoriza, como nunca, a conciliação, a busca do entendimento, o esforço pelo consenso como forma de resolver naturalmente litígios”³⁵.

Segundo a comissão de legisladores do Novo CPC, a disciplina dos meios consensuais de resolução de conflitos busca dar-lhes “todo o destaque que modernamente eles têm tido”³⁶.

A localização dos dispositivos é variada, o que revela a apropriada percepção de que a mediação tem potencial para lidar com controvérsias não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento.

Desde que haja disposição dos envolvidos, o tratamento consensual das controvérsias é possível: ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*, cit., p. 5; CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do Novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. Disponível em: <http://api.ning.com/files/UpKW6mK9MKPx5lopkhRPKX9JyMaPb-wqMJ-txdffqYdLYXB/zufMeFVgbOS9v-BfpeDxr71oQ-kMdb0ruQRNgZCbz71qoNLK/Artigo15.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

³⁵ Disponível em: <http://blog.planalto.gov.br/novo-codigo-significa-mais-justica-para-todos-num-pais-menos-desigual-e-mais-exigente-afirma-dilma/>. Acesso em: 12 jul. 2015.

³⁶ As principais modificações do PL 8.046 de 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeraLauteadocem18091222h47.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas. Por essa razão, o Código prevê ser dever do juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V).

A incitação à adoção de meios consensuais foi explicitada como diretriz essencial do Código: nos termos do art. 3º, § 3º, “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. A iniciativa se justifica porque, sendo o Poder Judiciário a arena preferencialmente buscada para dirimir conflitos sob o prisma contencioso, é importante a explicitação sobre a possibilidade de encontrar saídas proveitosas para os envolvidos com a adoção de mecanismos consensuais.

Na parte geral do Novo CPC, além de tais previsões há uma seção dedicada aos conciliadores e mediadores judiciais entre os auxiliares da justiça. Merece ainda destaque pioneiro dispositivo sobre a criação de câmaras de conciliação e mediação para dirimir conflitos no âmbito administrativo.

Há ainda um capítulo dedicado à audiência inicial de conciliação e mediação, com diversas regras sobre a sessão consensual.

Sobre o tema, vale perquirir: a expressão audiência é apropriada para se referir ao encontro consensual? O novo Código usa o termo audiência de forma questionável para se referir à autocomposição, já que tal expressão remete à circunstância em que o magistrado conduz os trabalhos sob a vertente contenciosa para proferir decisões; como se demonstrará adiante, é mais apropriado o uso da expressão “sessão” para designar os encontros pautados pela consensualidade.

Ao tratar da audiência de instrução e julgamento, prevê o art. 359 do Código que logo após sua instalação “o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial por terceiro”.

Mais adiante a mediação é referenciada no livro de procedimentos especiais em duas oportunidades: no capítulo destinado às demandas familiares e também no âmbito do procedimento possessório.

Com a inserção de dispositivos sobre mediação e a ampliação de previsões sobre a conciliação, dois modos diferentes de lidar com as controvérsias passam a conviver mais intensamente no Código de Processo Civil: a lógica de julgamento e a lógica coexistencial (conciliatória)³⁷.

³⁷ “[...] há duas formas distintas de prática judiciária, baseadas em lógicas também distintas: uma que visa o acordo entre as partes por meio da conciliação, conduzida por um advogado que desempenha a função de conciliador, e outra que busca a aplicação da justiça por meio

Diante das tradicionais previsões sobre conciliação em nossa legislação processual, de alguma maneira a interação entre as lógicas do julgamento e do consenso sempre existiu³⁸. O reforço no estímulo à adoção dos meios consensuais, contudo, exige dos operadores do Direito uma imersão mais aprofundada sobre aspectos importantes da vertente autocompositiva.

O Novo CPC, por força da *vacatio legis* de um ano, entrará em vigor em março de 2016. Até lá, porém, já terá entrado em vigor a legislação especial sobre mediação; por tal razão, as previsões do NCPC sobre mediação precisam ser compatibilizadas com o teor da Lei n. 13.140/2015, marco legal de tal mecanismo consensual no ordenamento brasileiro. A interação entre os dois instrumentos legislativos será abordada no item seguinte.

6.1.4 Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015): olhar panorâmico

Após o trâmite, por mais de dez anos, do Projeto de Lei n. 4.827/1998 (que redundou no PL n. 94/2002 e restou estagnado no Congresso Nacional), em 2011 ganhou corpo outra medida: foi apresentado o Projeto de Lei n. 517 (por iniciativa do senador Ricardo Ferraço) para prover a regulação das mediações judicial e extrajudicial.

Em 2013 foram criadas duas comissões para apresentar diferentes projetos de lei: uma Comissão do Senado atuava para mudar a Lei de Arbitragem e abordar também a mediação privada, enquanto uma Comissão do Ministério da Justiça visava tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado, estabelecendo um “marco regulatório”.

Tais projetos acabaram sendo somados ao PL n. 517/2011 e redundaram no Projeto n. 7.169/2014, para dispor sobre “a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”.

do poder de decisão do juiz. Estas duas lógicas representam, portanto, uma tensão entre as duas pautas distintas da justiça contemporânea: a justiça formal da decisão e a justiça informal da mediação” (FAISTING, André Luiz. O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O sistema de Justiça*, Série Justiça, Idesp. São Paulo: Sumaré, 1999, p. 43-44).

³⁸ Como bem destaca Athos Gusmão Carneiro, “a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide [...]. A doutrina tradicional e majoritária encara a conciliação como um negócio, confiado à autonomia privada: os autores mais modernos inclinam-se em considerá-la como forma de atuação da jurisdição contenciosa, pela analogia funcional entre conciliação e sentença” (A conciliação no novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 11 fev. 2015).

O projeto tinha a propalada intenção “de uniformizar e compatibilizar os dispositivos do Novo CPC e da Resolução n. 125 do CNJ, regulando os pontos que ainda estavam sem tratamento legal”³⁹.

Após a fase de debates legislativos, que ensejou algumas alterações no texto-base, o projeto foi encaminhado à sanção presidencial e deu origem à Lei n. 13.140, que foi promulgada em 26/06 e publicada em 29/06/2015. A Lei, que conta com 48 artigos, é dividida em três capítulos.

O capítulo I trata da mediação, prevendo disposições gerais e regras sobre os mediadores (divididas em seções sobre disposições comuns, mediadores extrajudiciais e mediadores judiciais). Há também previsões sobre o procedimento de mediação distribuídas em seções sobre Disposições Comuns, Mediação Extrajudicial, Mediação Judicial, Confidencialidade e suas Exceções.

O capítulo II versa sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito público, trazendo disposições comuns e regras sobre os conflitos envolvendo a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações.

O capítulo III contempla as disposições finais entre os artigos 41 e 48.

As regras dos capítulos I e II foram parcialmente expostas no capítulo anterior e serão abordadas mais adiante neste capítulo; cumpre-nos, nesse momento, abordar as principais disposições que findam a Lei de Mediação.

Segundo o parágrafo único do art. 42 da Lei n. 13.140/2015, a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

Em versão anterior do projeto constava a menção à possibilidade de realização de mediações trabalhistas. Contudo, por conta de nota técnica encaminhada por sugestão da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra), optou-se por deixar de contemplar expressamente a possibilidade de mediação na seara laboral. A resistência teve o seguinte embasamento:

A pretensão legislativa de aplicação da mediação no âmbito das relações de trabalho é medida que afronta a essência própria do Direito do trabalho, bem como o patamar mínimo de dignidade conferido ao trabalhador. Tal inviabilidade decorre do fato de que as normas de Direito do trabalho são normas de ordem pública, assim consideradas porque estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos

³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Preâmbulo do PL. 7.169/14. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). A nova lei de mediação brasileira: comentários ao Projeto de Lei n. 7.169/14. PINHO, Humberto (org.). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 8, v. esp., ed. eletrônica, Rio de Janeiro, Uerj, 2014.

de Direito, sendo que a ordem pública interna denota a impossibilidade de disponibilidade pela vontade privada⁴⁰.

A assertiva, contudo, não merece prevalecer. A Justiça do Trabalho tem uma forte política conciliatória sobre a qual embasa grande parte de sua atuação, sendo evidente a existência de um certo grau de disponibilidade nos direitos do trabalhador – cujos aspectos pecuniários são claramente negociáveis. Não fosse assim seria inviável a designação de audiências conciliatórias, assim como os projetos e mutirões de conciliação seriam todos eivados de comprometimentos insuperáveis.

Espera-se que haja maior compreensão sobre a mediação e seu potencial de contribuir para a gestão das lides laborais, sendo o tema trabalhado sem preconceito e de modo construtivo em ulterior projeto de lei.

Por fim, é essencial falar da interação entre a Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil.

Dispõe o art. 47 que a Lei de mediação entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial; como esta se deu em 29/06/2015, prevê-se a entrada em vigor da Lei n. 13.140 em 26/12/2015 – no meio do recesso forense, diga-se de passagem.

6.1.5 Interação entre o Novo CPC a Lei n. 13.140/2015

Como destacado, por 17 anos, diversos projetos de lei sobre mediação tramitaram no Congresso brasileiro; considerando a primeira grande iniciativa engendrada em 1998, após muitos movimentos, finalmente, a normatividade tornou-se real.

O Novo Código de Processo Civil, promulgado em 16.03.2015, contempla regras sobre a mediação judicial em diversos dispositivos, estando prevista sua entrada em vigor para março de 2016. O legislador, contudo, não pareceu satisfeito nem disposto a deixar que o Código processual se tornasse o marco legal sobre o tema.

A Lei de Mediação incidirá no ordenamento antes do Novo CPC, que vigorará a partir de março de 2016. Embora haja dispositivos semelhantes, há também diferenças marcantes entre as previsões. Quais merecerão prevalecer? É útil sistematizar dados sobre as leis para compreender seu perfil.

O Novo CPC, promulgado em 16/03/2015, traz regras sobre a mediação judicial em dezenas de dispositivos; sua entrada em vigor se dará em março de 2016.

A Lei de Mediação, promulgada em 29/06/2015, prevê regras sobre a mediação nos âmbitos judicial e extrajudicial, tendo vigor previsto para dezembro de 2015.

Como já apontado, embora as leis contenham previsões semelhantes, também há discrepâncias em relação a algumas de suas regras.

Para entender como pode se dar a interação entre as leis, será preciso analisar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: o Decreto-Lei n. 4.657/1942 contempla relevantes critérios de hermenêutica jurídica a serem cotejados pelo interprete caso, no momento de aplicação das normas, constate imperfeições⁴¹.

Seu artigo 2.^o⁴² consagra o princípio da continuidade da lei: a norma, a partir de sua entrada em vigor, tem eficácia contínua até vir outra que a modifique ou revogue⁴³.

Tal diretriz trabalha com o referencial de vigor das leis. Sob tal prisma, uma primeira questão a ser respondida é: qual é a lei posterior? Se considerarmos a publicação, lei posterior é a Lei de Mediação, que adveio três meses depois do Novo CPC. Contudo, como ela integrará o ordenamento jurídico antes (por sua *vacatio legis* ser mais curta), em termos de vigor o Novo CPC virá ao ordenamento depois.

De todo modo, a tendência não é falar pura e simplesmente em revogação. Como já apontado, a apresentação do Projeto de Lei n. 517 em 2011 (que reduziu na Lei n. 13.140/2015) foi justificada pela necessidade de criar um sistema de mediação afinado com o Novo CPC e a Resolução n. 125 do CNJ⁴⁴. Nessa linha, se fosse interesse dos legisladores revogar previsões do Novo CPC, a Lei de Mediação o teria feito expressamente.

No mais, vale lembrar como se opera a revogação segundo a Lei de Introdução: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (art. 2.^o, § 1.^o); contudo, se a lei nova vier a estabelecer disposições gerais ou especiais diversas das já existentes, não revogará nem modificará a lei anterior (§ 2.^o).

Eis um exercício para testar a aplicabilidade de tais previsões em relação ao Novo CPC e a Lei de Mediação.

Se considerarmos, no cotejo entre ambas, que a Lei de Mediação é a lei posterior, é forçoso reconhecer que não há em seu teor qualquer declaração expressa sobre revogação. É ela incompatível com o Novo CPC? Não: apesar de haver regras

⁴¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 1. São Paulo: Método, 2013, p. 14.

⁴² Decreto-Lei n. 4.657/1942, art. 2.^o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1.^o A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2.^o A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

⁴³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, cit., p. 14.

⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *O marco legal da mediação no Direito brasileiro*, cit.

⁴⁰ Mediação de conflitos que inclui relações trabalhistas aguarda parecer na CCJ. Disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/index.php/anamatra-na-midia/mediacao-de-conflitos-que-inclui-relacoes-trabalhistas-aguarda-parecer-na-ccj>. Acesso em: 12 jul. 2015.

norma mais recente (em relação ao vigor) e de índole geral, enquanto a segunda configura norma mais antiga (porquanto incidente antes) e mais específica. O critério hierárquico em nada interfere, já que nesse quesito ambas ocupam o mesmo patamar.

Conforme já apontado, como há diferenças entre a publicação da norma e sua entrada em vigor, a depender do referencial, o Novo CPC ou a Lei de Mediação poderá ser reputado(a) como lei posterior.

É essencial verificar o critério da especialidade; afinal, ante um conflito ele deverá prevalecer sobre o critério cronológico por força do princípio constitucional da isonomia⁵⁰ (que enseja a necessidade de prover tratamento peculiar a situações diferenciadas). Como bem pondera Norberto Bobbio,

A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta gradual, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar este desenvolvimento⁵¹.

No ponto, vale perquirir: a Lei de Mediação pode ser considerada lei especial? A resposta é positiva: a Lei n. 13.140/2015, apresentada para compor o marco legal regulatório sobre o tema no Brasil, cumpre tal papel.

Como bem explana Maria Helena Diniz,

Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta [...]. O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.
⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Campos. Rev. téc. João Ferreira. Brasília: UnB, 1991, p. 96.

pontuais diferenciadas, a estrutura de princípios e diretrizes é similar. Pode-se dizer que a Lei de Mediação regula inteiramente a matéria de que trata o Novo CPC? Tampouco: como este se dedica a disciplinar a atuação dos sujeitos processuais em juízo, traz mais regras detalhadas do que a Lei de Mediação em relação a certos temas – por exemplo, ao dispor sobre a adoção da via consensual em conflitos familiares e em demandas possessórias. Assim, pode-se conceber que a Lei de Mediação, considerada lei nova que prevê disposições gerais e especiais diferentes das que constam no Novo CPC, não o revoga nem modifica.

Consideremos agora o Novo CPC como lei nova (posterior). Não há, obviamente, regra sobre a revogação da Lei de Mediação (que ainda nem existia quando do advento do novo código). É ele incompatível com a Lei de Mediação? Não: apesar de haver regras pontuais diversas, a estrutura de princípios é em sua maior parte similar. Pode-se dizer que o Novo CPC regula inteiramente a matéria objeto da Lei de Mediação? Não: esta é mais detalhada em alguns temas (como a confidencialidade e a mediação extrajudicial). Assim, pode-se conceber que o Novo CPC, considerado lei nova contempladora de disposições gerais e especiais diferentes das que constam na Lei de Mediação, não a revoga nem modifica.

Por tais vertentes, percebe-se que a resposta não será simples em termos de considerar verificada a derrogação de certas previsões legais. Quem, porém, entender que há revogação tácita precisará examinar as disposições das leis (anterior e posterior) para verificar eventual incompatibilidade entre elas, dizendo quais prevalecem.

O advento de novas normas traz à tona a temática da antinomia, situação de incompatibilidade entre leis válidas e emanadas da autoridade competente.

Inicialmente, vale esclarecer que o conflito aqui tratado pode ser sido aparente: enquanto as antinomias reais conduzem a uma situação sem saída, nos conflitos aparentes é possível, a partir da adequada interpretação e utilização de critérios apropriados, distinguir qual previsão tem precedência sobre a outra⁴⁵. Via de regra, os critérios invocados⁴⁶ para a solução das antinomias entre normas costumam ser de três ordens: cronológico⁴⁷, hierárquico⁴⁸ e de especialidade⁴⁹.

Consideremos, exemplificativamente, um conflito de previsões entre o Novo CPC e a Lei de Mediação; pelos critérios recém-apontados temos o primeiro como

⁴⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 313.
⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 9. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 91-110, *passim*.
⁴⁷ *Lex posterior derogat priori*.
⁴⁸ *Lex superior prevalece sobre a lex inferiori*.
⁴⁹ *Lex specialis derogat generali*.

relevância jurídica dos elementos contidos na lei especial que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica⁵².

E como fica o Novo CPC nesse cenário? Segundo seu art. 1.046, § 2º, “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

Sendo a Lei de Mediação uma norma especial, pode-se afirmar que ela regula um procedimento? Sim: embora reconheça ser a informalidade um dos princípios inerentes a tal meio consensual, a lei traz um detalhamento consistente sobre a sequência de atos a ser observada na mediação – referindo-se, por exemplo, à necessidade de advertência sobre confidencialidade logo no início do procedimento. Pode-se concluir, portanto, que o Novo CPC deve ter reconhecida sua aplicação supletiva no que tange às regras de mediação judicial.

Vale ainda destacar a proposta contemporânea (formulada pelos partidários da teoria do diálogo das fontes) no sentido de promover a substituição da análise estrita desses clássicos critérios.

A tese do diálogo das fontes, desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme e trazida ao Brasil pela jurista Claudia Lima Marques, preconiza, em essência, que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se percebe, tal marco teórico contempla a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico⁵³. Como bem expõe Claudia Lima Marques,

Nestes tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação [...]. Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico; há um “diálogo das fontes” especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto⁵⁴.

A primeira justificativa para a aplicação do diálogo das fontes refere-se à funcionalidade: como vivenciamos uma explosão de leis (um “Big Bang Legislativo”,

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro interpretada*, cit., p. 96.

⁵³ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito civil*. São Paulo: Método, 2015, p. 59.

⁵⁴ “A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à decodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo do nosso Direito contemporâneo; deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 62-63).

na feliz expressão de Ricardo Lorenzetti), nesse mundo pós-moderno, globalizado e complexo abunda a quantidade de normas jurídicas – a ponto de deixar o aplicador do Direito desorientado⁵⁵, diga-se de passagem.

Por força do diálogo das fontes⁵⁶ é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação; afinal, os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns ao expressar ter como pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade.

Em casos de dúvida quanto à aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação. Tal análise será feita oportunamente quando da apreciação de diversas ocorrências normativas e do perfil de sua aplicação prática.

6.1.6 Audiências ou sessões de mediação?

A expressão audiência é apropriada para se referir ao encontro consensual de mediação?

Sua utilização é compreensível no Código de Processo Civil, *locus* de contemplação da atuação em juízo e que tem tradição no uso do termo. Considerando-se a gênese do exercício do direito de ação, perante o “juiz” realizava-se um ato audível; como ele era realizado por meio da troca oral de palavras, a expressão audiência começou a ser usada para retratar o ato processual durante o qual se fala e se ouve⁵⁶. A análise do teor da expressão audiência retrata que ela efetivamente

[...] exprime ou possui o sentido de *escuta, atenção, audição*. É, pois, o ato de receber alguém a fim de escutar ou de atender sobre o que fala ou sobre o que alega. E assim se diz que a pessoa, *recebida em audiência* por outra, foi admitida à presença dela para lhe falar acerca de assuntos de seu interesse. O escutante é quem dá audiência. O locutor é quem é recebido⁵⁷.

Com a evolução da prática e dos estudos processuais a expressão passou a ser utilizada com maior requinte, sendo hoje identificada com uma lógica em que um magistrado preside o ato; nessa medida, a audiência é considerada o ato processual solene realizado na sede do juízo que se presta para que o juiz possa colher prova

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito civil*. cit., p. 59.

⁵⁶ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. Das provas em audiência. *Revista EPD*, v. 3, p. 354, 2006.

⁵⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

no registro do tribunal, observada a respectiva formação (Lei n. 13.105/2015, art. 168, § 2º).

Na mesma linha, o art. 4º da Lei de Mediação afirma que o mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

As previsões reconhecem a primazia da autonomia privada, sinalizando a litigantes e advogados a importância da comunicação para entabular saídas produtivas para os impasses; a escolha conjunta do facilitador do diálogo promove confiança e prestigia a vontade dos envolvidos, sendo apta a viabilizar um bom começo para as tratativas por demonstrar ser o ambiente judicial um local adequado a respeitar suas opções¹²⁴.

Como bem aponta Daniel Amorim Assumpção Neves, é natural que a vontade das partes seja prestigiada desde o momento da escolha do terceiro responsável pela intermediação consensual¹²⁵.

O mediador escolhido pelas partes pode ou não estar cadastrado junto ao tribunal; afinal, o fator preponderante para sua escolha é a confiança das partes, já que elas conjuntamente o escolheram. Sob o prisma prático, é imperioso reconhecer que há no Brasil mediadores experientes que não fizeram cursos de capacitação recentemente oferecidos; por atuarem com êxito há anos, são reputados tecnicamente aptos, contando com a confiança das partes e de seus advogados. Exigir desses profissionais a realização de cursos apenas para obter o cadastramento soa desproporcional e burocratiza a prática consensual, contrariando a promessa facilitadora do Código¹²⁶.

Caso os advogados e/ou as partes não tenham se comunicado para indicar um facilitador, ou tenham tentado fazê-lo sem lograr êxito, caberá ao tribunal promover seu encaminhamento a um mediador cadastrado na lista do tribunal, sendo considerada a respectiva formação.

No ponto, vale destacar que podem as partes buscar interferir nesse aspecto, destacando, por exemplo, qual área de formação entende mais apropriada para a condução do caso. Um advogado de família, por exemplo, pode entender pertinente, em causa em que as partes mostram certa necessidade de escuta qualificada

¹²⁴ A escolha do mediador usualmente leva em conta fatores como honestidade, idoneidade técnica e respeitabilidade (TARTUCE, Fernanda. Comentário ao art. 168. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 534).

¹²⁵ NEVES, Daniel Assumpção. *Novo CPC: Código de Processo Civil*. Lei 13.105/2015, cit., item 3.2.7.

¹²⁶ TARTUCE, Fernanda. Comentário ao art. 168. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 534.

e paciente sobre aspectos não só jurídicos mas também psicológicos, indicar a pertinência de atuar um mediador com formação em psicologia; por outro lado, se o conflito é empresarial e as partes mostram-se dispostas a trabalhar propostas com viés mais pontual e objetivo, pode sinalizar a pertinência da atuação de conciliador/mediador da área jurídica¹²⁷.

Os mediadores judiciais não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes (Lei n. 13.140/2015, art. 25); assim, não tendo havido escolha, uma vez sorteado o terceiro facilitador não será preciso haver sua expressa aceitação pelas partes.

6.3.2.4 Mediação judicial obrigatória

6.3.2.4.1 Visão geral

Há um grande questionamento sobre a maneira apropriada de inserir a mediação no contexto geral de tratamento de conflitos. Deve a legislação exigir que as partes se submetam ao procedimento ou compete ao juiz, caso a caso, incentivar sua adoção, respeitando sempre a liberdade das partes?

O tema passa a gravitar sobre a institucionalização do instituto, podendo esta ser discutida em seu aspecto bifronte: ao mesmo tempo que a compulsoriedade é apontada por alguns especialistas como o meio mais propício para o desenvolvimento da mediação, ela também pode gerar um desvirtuamento das características essenciais do método pela falta de sua consagração empírica representada pela imposição legal de um modelo¹²⁸.

Em diversos ordenamentos jurídicos, há a previsão de obrigatoriedade, exigindo-se dos envolvidos em conflitos que esgotem todas as tentativas de acordo antes de submeter sua pretensão à decisão do magistrado.

Na Argentina, a Lei de Mediação e Conciliação parcialmente revogada (Lei n. 24.573, de 04.10.1995) instituiu a obrigatoriedade de que as partes, antes de ter sua pretensão examinada em juízo, dirijam-se ao setor de mediação (público, organizado pelo Ministério da Justiça) para a tentativa de composição do conflito. As partes apenas se isentam de tal obrigação se provarem já ter tentado a mediação perante os mediadores registrados no Ministério da Justiça¹²⁹. A atual Lei de Mediação e Conciliação (Lei n. 26.589/2010) segue exigindo como requisito de admissão da demanda ata expedida e firmada por mediador interveniente.

¹²⁷ *Idem*, p. 534-535.

¹²⁸ BARBADO, Michelle Tonon. *Reflexões sobre a institucionalização da mediação no Direito positivo brasileiro*, cit., p. 207.

¹²⁹ CUNHA, J. S. Fagundes. *Da mediação e da arbitragem endoprocessual*, cit.

É possível, porém, entender de modo diverso: a obrigatoriedade não se revela consentânea com a autodeterminação de que são titulares as partes.

Há dúvidas quanto à eficácia da mediação compulsória: havendo obrigatoriedade, as partes não têm motivação suficiente para chegar a uma solução negociada, sendo a fase consensual apenas mais uma etapa a ser superada; a partir do momento em que há voluntariedade, as partes acham a mediação atrativa por poderem controlar o procedimento e assumir a responsabilidade pessoal de resolver os próprios problemas¹³⁰.

A voluntariedade é nota essencial da mediação, dado que esta só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; eles devem escolher o caminho, aderindo com disposição à mediação do início ao fim do procedimento.

Em Portugal, a Lei de Mediação contempla expressamente o princípio da voluntariedade¹³¹, que se desdobra em quatro dimensões de liberdade: de escolha do método, de abandono da mediação, de conformação de eventual acordo e de escolha do mediador¹³².

Mesmo nos sistemas jurídicos no quais se exige passar por uma sessão de mediação (ou pré-mediação), como requisito para a apreciação da demanda, a obrigatoriedade não ultrapassa a primeira sessão: nesta, as partes podem manifestar sua negativa em iniciar a mediação ou optar por interrompê-la sempre que desejarem¹³³.

Nesse ponto andou bem a Lei de Mediação brasileira (Lei n. 13.140/2015) ao versar que na mediação extrajudicial o compromisso de comparecer diz respeito à primeira sessão. Nos termos do art. 2º, § 1º, havendo previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação; contudo, ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação (art. 2º, § 2º).

¹³⁰ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014 (edição eletrônica – comentário ao art. 4º).

¹³¹ “Artigo 4º Princípio da voluntariedade. 1 – O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento. 2 – Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento. 3 – A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil”. (Lei n. 29/2013, de 19 de abril. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tab=leis. Acesso em: 5 ago. 2015).

¹³² LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014 (edição eletrônica – comentário ao art. 4º).

¹³³ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática*, cit., p. 89.

Nem poderia, aliás, ser diferente: sendo a mediação um procedimento para viabilizar conversações, não é possível obrigar alguém a falar e/ou a negociar.

Como o consenso é essencial para a tentativa de estabelecer tratativas eficientes, é incompatível com a mediação qualquer tipo de imposição. A inclusão da mediação no sistema judicial e em seus respectivos procedimentos só operará de forma positiva após a criação de uma cultura social sobre o método autocompositivo; o aproveitamento da técnica exige tal requisito subjetivo, sob pena de desvirtuar a mediação, convertendo-a em um mecanismo híbrido ou em mais uma tentativa de conciliação no feito¹³⁴.

É interessante ainda colher a experiência de outros sistemas jurídicos em que se prioriza, como fator determinante, a vontade das partes de aderir à mediação. Nesse contexto, merecem destaque as experiências francesa e canadense.

Na França, o *Code de Procedure Civil*, em sua versão consolidada em 1.º de abril de 2015, diz que o juiz incumbido de proceder a uma tentativa prévia de conciliação ou mediação pode ordenar que as partes procurem um conciliador nos termos do art. 22 da Lei n. 95-125, de 09.01.1995 (ou seja, que preencha as condições previstas pela norma pertinente – decreto do Conselho de Estado) para informá-los sobre a finalidade e processo de conciliação (art. 129, com redação dada pelo Decreto n. 2015-282, de 11.03.2015).

Em Quebec, no Canadá, foi instituído um serviço de pré-mediação obrigatório na apreciação dos conflitos familiares. Por meio de uma palestra, que dura menos de uma hora, a atividade de pré-mediação provê aos interessados informações sobre tal técnica conciliatória e seu respectivo procedimento. Após certo prazo, as partes optam por utilizar ou não tal mecanismo com plena liberdade¹³⁵.

A previsão canadense configura, sem dúvida, o melhor sistema. Possibilitar informação sobre a mediação por um breve período de tempo, exigindo conhecimento e opção pelas partes quanto à técnica, soa condizente com uma apropriada gestão do conflito. Diferentemente, impor às partes o comparecimento compul-

¹³⁴ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática*, p. 109-110.

¹³⁵ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática*, cit., p. 110. “Marie-Claire Belleau e Aldo Moroni, mediadores de Québec, esclareceram o polêmico caráter obrigatório da mediação prevista na Lei canadense. Trata-se de prática de objetivo meramente informativo, e a Lei prevê, com minúcias, as várias hipóteses de compor esta sessão inaugural. Este primeiro encontro com a mediação pode ser realizado de modo individual ou em grupo, de acordo com a escolha do casal. Quando os cônjuges ou companheiros optam por participações individuais e, simultaneamente, escolhem grupos diferentes, cada qual pode se inscrever no serviço de mediação de sua preferência, exclusivamente para a sessão de informação, com outro critério para as sessões sucessivas” (Barbosa, Ágida Arruda. Fim do silêncio. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/artigos>. Acesso em: 12 jul. 2015).

sório às sessões não se revela pertinente ao instituto, visto que comprometerá a autonomia privada regentes da espécie.

Nos ordenamentos em que a obrigatoriedade foi definida de forma mais intensa o resultado tem sido menos efetivo. Na cidade de Buenos Aires, a compulsória submissão à mediação (aliada à falta de preparação de alguns mediadores e à baixa remuneração por eles percebida) tem gerado um baixo índice de acordos¹³⁶.

Segundo Fátima Nancy Andriighi, muitos óbices deverão ser removidos para que se chegue à situação ideal de adoção e coexistência entre os vários meios de composição de conflitos, incluindo-se a necessidade de uma mutação constitucional para superar a questão da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário. Afirma, então, que no quadro vivenciado atualmente

[...] a decisão de adotar procedimento alternativo ou o *design* de novo método depende, de maneira exclusiva, do consenso das partes. Todavia, é necessária a mediação no sentido de adoção compulsória, ainda que se constitua em desafio constitucional, porque é válido em prol do resgate da eficácia da dignidade do Poder Judiciário, considerando que não se pode ter nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais a solução de todos os problemas da justiça¹³⁷.

Seu raciocínio guarda certa pertinência com a experiência angariada em outros países em que a mediação prévia obrigatória foi adotada. Embora tenha havido resistência inicial à sua adoção, a experiência acumulada ao longo dos anos consolida a adesão das partes e de seus procuradores à utilização de tal mecanismo compositivo. Todavia, ainda que acordos estejam sendo celebrados, seu número é muito menor do que o verificado nos países em que as partes têm maior liberdade de participação na mediação e já contam com uma mentalidade diferenciada sobre a abordagem da controvérsia pela via consensual.

Muito se questiona sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais que condicionam o acesso ao Poder Judiciário à demonstração da prévia tentativa de consenso entre as partes. Afirma-se que tal imposição viola o direito constitucional de ação, que deve se traduzir pela ampla concepção de inafastabilidade do controle jurisdicional sobre lesões ou ameaças a direito.

Segundo Carlos Alberto de Salles, eventual norma nesse sentido não ensejaria tal violação, visto que se trataria apenas de mais um requisito, entre outros, a ser exigido junto às partes; não lhe parecem as exigências relativas às condições da ação ou dos pressupostos processuais ontologicamente diversas da eventual previsão

¹³⁶ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática*, cit., p. 110.
¹³⁷ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A arbitragem: solução alternativa de conflitos*, cit.

de utilização prévia dos mecanismos alternativos de composição de controvérsias para ter acesso à jurisdição estatal¹³⁸.

Como já visto, sobre tal questão houve manifestação do Supremo Tribunal Federal do Brasil em pelo menos uma relevante oportunidade. A Medida Provisória 1.053, de 30.06.1995, previu, entre outras providências, a necessária prévia submissão de demandas trabalhistas a um mediador (art. 11)¹³⁹. Pela presença do vocábulo “obrigatoriamente”, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade¹⁴⁰ pedindo que tal dispositivo fosse declarado inconstitucional. O então Presidente do STF, Ministro Sepúlveda Pertence, deferiu o pedido, suspendendo o *caput* do art. 11 e seu § 4.º, assim fundamentando:

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

Após essa decisão, expirou o prazo de trinta dias de vigência da medida provisória, que não foi reeditada nos exatos termos originais, mas modificada de acordo com o teor da decisão. Assim, nem o pedido nem a decisão foram apreciados pelo Plenário do Tribunal em decorrência da perda do objeto de tal demanda e a

¹³⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça, cit., p. 782-783. O autor compara tal exigência à previsão do pressuposto processual da capacidade postulatória mediante representação por advogado; embora possa haver óbices no acesso à justiça por seus custos, não se cogita de violação à ubiquidade da justiça. Afirma que “o mesmo parece ocorrer no caso de condicionar-se o acesso ao Judiciário à prévia realização de uma mediação, à avaliação de um terceiro neutro ou outro instrumento alternativo. Está em jogo matéria de política a ser definida pelo legislador, que deverá dizer se e em que casos medidas como essas serão adequadas” (p. 783).

¹³⁹ Art. 11. “Frustrada a negociação direta, as partes deverão, obrigatoriamente, antes do ajuizamento do dissídio coletivo, solicitar ao Ministério do Trabalho que designe mediador para o prosseguimento do processo de negociação coletiva. § 1.º A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de mediador. § 2.º A designação recairá em pessoa indicada de comum acordo pelas partes, ou, na falta de acordo, em mediador indicado na forma da regulamentação de que trata o § 5.º deste artigo. § 3.º O mediador designado terá prazo de até trinta dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresse com as partes interessadas. § 4.º Não alcançado o entendimento entre as partes, o mediador lavrará, no prazo de cinco dias, laudo conclusivo sobre as reivindicações de natureza econômica, que obrigatoriamente instituirá a representação para instauração da instância.”

¹⁴⁰ ADIn 1.309-2, do Distrito Federal.

ação direta de inconstitucionalidade foi julgada prejudicada pelo relator Ministro Carlos Mário Velloso¹⁴¹.

Soa adequado esse entendimento; no estado atual, à luz da garantia de acesso à justiça efetivamente se revela inadequada a previsão de prévia submissão a instâncias consensuais para o esgotamento das tentativas de acordo entre as partes.

Os métodos autocompositivos exigem, como pressuposto de sua implementação, a intenção de participar de conversações; para que elas sejam proveitosas, devem ocorrer de forma não impositiva, sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção de consensos reais.

O caminho mais pertinente e condizente com a técnica consensual é disponibilizar e divulgar, ao máximo, iniciativas profícuas de mediação e incentivar as partes e os advogados a conhecer o método por meio de palestras informativas ou sessões de pré-mediação. Embora o caminho possa se apresentar mais longo e mais demorado em termos de adesão generalizada à mediação, esta tem sido a experiência mais produtiva em outros ordenamentos.

Como bem destaca José Carlos Barbosa Moreira, embora os Estados Unidos tenham a fama de ser uma nação litigiosa, seu povo se vale com crescente intensidade da negociação, da mediação, da arbitragem e de diversas formas de combinação entre essas figuras,

[...] florescendo no país uma quantidade surpreendente, para nós, de órgãos e instituições que se encarregam de exercer extrajudicialmente tais atividades. Enquanto isso, no Brasil, setores doutrinários conseguem, sim, que o legislador se mova no sentido de prestigiar os métodos alternativos, mas até agora nem a doutrina nem as leis vêm obtendo êxito em desviar para esse canal um volume de litígios comparável, mesmo de longe, à torrente dos que deságuam na Justiça¹⁴².

Costuma-se afirmar que uma das principais funções da criação de normas sobre mediação no Brasil é contribuir para a mudança de cultura do jurisdicio-

¹⁴¹ O relato histórico sobre o trâmite de tal demanda foi feito pelo Ministro do TST Orlando Teixeira da Costa, que assim se manifestou sobre o tema: “[...] foi uma pena que o STF não tivesse dado a sua decisão a respeito da fundamentação que foi expressa pelo Ministro-Presidente, pois seria muito interessante que nós conhecêssemos o que o Colegiado – e não apenas o seu Presidente –, pensa a respeito dessa problemática de alta relevância” (COSTA, Orlando Teixeira da. A mediação e a arbitragem como solução dos conflitos trabalhistas. Disponível em: <http://www.arbitragem santos.com.br/conteudo/artigos/029.htm>. Acesso em: 13 set. 2006).

¹⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito processual civil: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51-52.

nado e/ou de seu advogado. Para Kazuo Watanabe, grassa entre nós a cultura da sentença, quando na verdade o que se deve buscar é a cultura da pacificação¹⁴³.

Considerando-se a cultura “o conjunto de vivências de ordem espiritual e material que singularizam determinada época de uma sociedade¹⁴⁴”, cabe questionar: o advento de leis sobre mediação tem efetivamente o condão de mudar a concepção cultural vigente?

Se o jurisdicionado e/ou seu advogado entendem apropriado buscar prioritariamente na Justiça a definição de suas crises atribuindo a um ente estatal o poder de decidir imperativamente, basta haver uma “lei de mediação” para mudar tal olhar, gerando plena adesão à pauta consensual?

A resposta tende a ser negativa. Como bem lembra Michele Tonon, pelas características intrínsecas à mediação, que tem aspectos inovadores e interdisciplinares, não há como concluir que seu autêntico desenvolvimento irá se concretizar com a mera institucionalização pelo Direito positivo no plano estritamente jurídico-legal¹⁴⁵.

No ponto, vale lembrar as premissas que ainda dominam o pensamento de práticos e teóricos do Direito: 1. As partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. As disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro¹⁴⁶.

Como é fácil constatar, esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida¹⁴⁷.

Para que mudanças significativas possam ocorrer em termos qualitativos, a existência da lei é insuficiente: é essencial que o profissional do Direito entenda que suas principais funções são não só representar e patrocinar o cliente (como advogado, defensor e conselheiro), mas também conceber o *design* de um novo quadro que dê lugar a esforços colaborativos¹⁴⁸.

Vale ainda lembrar que a boa-fé é essencial na mediação; se um dos contendores não crê que o outro esteja imbuído de probidade e lealdade, dificilmente vai

¹⁴³ WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, cit., p. 684-690, *passim*.

¹⁴⁴ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. III, p. 75. São Paulo, Saraiva, 1961.

¹⁴⁵ BARBADO, Michelle Tonon. *Reflexões sobre a institucionalização da mediação no Direito positivo brasileiro*, cit., p. 206.

¹⁴⁶ RISKIN, Leonard L. *Mediation and Lawyers* (1982). In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. 2. ed. Saint Paul: West Group, 2004, p. 56-57.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*, cit., p. 402.

apresentada até dez dias antes da data agendada¹⁵². Por outros motivos menos ligados à vontade da parte, a sessão também não será realizada se os direitos em jogo não admitirem composição¹⁵³.

O CPC/2015, por outro lado, não deixou de prever sanções para “estimular” que as partes compareçam à audiência conciliatória: a ausência de uma das partes à audiência já designada é considerada ato atentatório à dignidade da justiça e acarreta multa de até 2% da vantagem econômica pretendida no processo ou do valor da causa¹⁵⁴.

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

Como bem aponta Djaniira Radamés de Sá, ao criar a modalidade de mediação incidental obrigatória no processo de conhecimento, a lei se afasta da premissa básica da voluntariedade e acaba concorrendo para criar mais uma fase processual, procrastinando os feitos judiciais e contrariando a missão de promover a justiça de forma célere e segura. Afinal, para intentar a mediação incidental, promover-se-ia a suspensão do processo para sua realização; apenas após encerrados os trâmites pertinentes¹⁵⁵ é que o processo teria seguimento. Ademais, mantida a previsão de audiência preliminar de conciliação, “ter-se-ia duplicado o momento de tentativa de autocomposição das partes, com evidente prejuízo para a celeridade processual”¹⁵⁶.

Para Carlos Alberto de Salles, a mediação ou qualquer outro mecanismo processual serão inconstitucionais se ensejarem demasiada demora do processo; pondera, todavia, que “as desvantagens do atraso, fatalmente ocorrente, não pode-

¹⁵² CPC/2015, art. 334, § 2º, I, e § 5º.

¹⁵³ CPC/2015, art. 334, § 4º, II.

¹⁵⁴ CPC/2015, art. 334, § 8º.

¹⁵⁵ Em suas palavras, “ajuizada a petição inicial, caberia ao juiz distribuidor remetê-la ao mediador judicial sorteado, a quem incumbiria intimar as partes, designar audiência, lavrar termo, encaminhá-lo acompanhado da petição inicial ao distribuidor para, só então, ser remetida ao juiz encarregado do feito que providenciaria a retomada do processo judicial, na hipótese de frustração da transação, ou do arquivamento da inicial, se bem-sucedida a transação”.

¹⁵⁶ Sá, Djaniira Radamés de. Mediação no processo de conhecimento. Disponível em: http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=183&id_categoria=68. Acesso em: 14 jul. 2012.

querer dedicar tempo e recursos para negociar com quem não merece confiança – e quem poderá criticá-lo por isso? Eis apenas um dos obstáculos à mudança de paradigma por parte dos jurisdicionados.

Assim, com todo respeito aos que pensam em contrário, dificilmente o advento de uma lei sobre mediação terá o condão de, por si só, levar advogados e jurisdicionados a buscar esse interessante mecanismo consensual.

Não bastam alterações legislativas ou institucionais. Para que a mediação seja utilizada e prestigiada pelos operadores do Direito e pelos litigantes, o caminho a ser percorrido passa por conscientização, informação, disponibilização de iniciativas e gradual instauração de uma nova mentalidade sobre a condução e composição dos conflitos.

Não obstante – como já visto –, tanto o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) quanto a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) preveem que, no processo judicial, ocorre obrigatoriamente uma sessão consensual antes do oferecimento da defesa.

O legislador andou bem, contudo, em não condicionar o ingresso no Poder Judiciário ou o prosseguimento à realização da audiência para tentativa de autocomposição. Nas duas leis prevê-se que, após a propositura da ação, o juiz, verificando que estão presentes os seus requisitos essenciais e se não for caso de improcedência liminar do pedido, mandará citar o réu para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação¹⁴⁹.

Por outro lado, a leitura integral do CPC/2015 revela que o nosso sistema adotou uma “obrigatoriedade” branda no que tange à realização da sessão consensual. O Novo CPC fala em opção¹⁵⁰ quanto à autocomposição e destaca como princípio a autonomia da vontade¹⁵¹. Ademais, há exceções à designação de audiência prévia, sendo uma delas a manifestação expressa, por *ambas* as partes, de seu desinteresse: o autor deve fazê-lo na petição inicial, e o réu, em petição específica

¹⁴⁹ É o previsto nos seguintes dispositivos: CPC/2015, 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.” Lei n. 13.140/2015, art. 27: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.”

¹⁵⁰ CPC/2015, art. 319. A petição inicial indicará: [...] VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

¹⁵¹ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...] § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

rão ser superiores à vantagem de alcançar uma solução do caso por via consensual mais rápida e barata”¹⁵⁷.

Em nosso sistema, como já visto, a Lei foi omissa em estabelecer um prazo mínimo para que a audiência seja agendada. Contudo, previu que, caso iniciada a tentativa de autocomposição, outras sessões podem acontecer, não sendo possível que o tempo total do procedimento a partir da primeira sessão exceda dois meses (CPC/2015) ou sessenta dias (Lei n. 13.140/2015)¹⁵⁸.

Em ambas as leis, o prazo pode ser prorrogado. No Código de Processo Civil, o prazo será prorrogado “caso seja necessário para a composição das partes”, omitindo-se sobre quem decidiria a respeito. Poderia, então, o conciliador agendar mais uma sessão, que extrapole o prazo permitido pela lei, por seu entendimento particular de que as partes deveriam se autocompor? Não nos parece ser adequado tal cenário.

A Lei de Mediação traz previsão mais adequada, segundo a qual o prazo pode ser prorrogado, mas apenas mediante concordância de ambas as partes. Em nosso entendimento, tal previsão é a mais correta e deve ser aplicada também nas audiências de conciliação regidas pelo CPC/2015. Não apenas pelo critério da especialidade (a Lei se dedica exclusivamente à mediação) e pelo critério da lei mais recente (foi aprovada posteriormente), mas também por ser a solução mais consentânea com um dos principais princípios regentes da autocomposição: a autonomia das partes.

Um segundo argumento diz respeito à compulsoriedade; tal nota absolutamente não se coaduna com a técnica consensual em questão. Por essa razão, interessam-nos as hipóteses colhidas no Direito estrangeiro, em que só há o encaminhamento das partes se houver acordo sobre a pertinência da mediação. Merecem destaque, nesse contexto, a já mencionada experiência canadense e o sistema francês.

Na França há tal previsão desde 1995¹⁵⁹ e o magistrado costuma fixar um prazo inicial para sua realização¹⁶⁰. Jean-François Six, porém, destaca a importância de

¹⁵⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça*, cit., p. 790.

¹⁵⁸ CPC/2015, art. 334, § 2º; Lei n. 13.140/2015, art. 28.

¹⁵⁹ A Lei n. 95-125, de 08.02.1995, refere-se à organização das jurisdições e ao processo civil, penal e administrativo; em seu art. 21 assim consta: “o juiz pode, depois de ter obtido o acordo das partes, designar uma terceira pessoa que preencha as condições fixadas pelo decreto do Conselho do Estado para proceder: 1) seja às tentativas prévias de conciliação prescritas pela lei, salvo em matéria de divórcio e separação de corpos; 2) seja a uma mediação, em qualquer tempo do processo, compreendido em recurso de urgência, para tentar o acordo entre as partes” (SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*, cit., p. 143).

¹⁶⁰ Lei n. 95-125, de 08.02.1995, art. 23: “A duração da missão de conciliação ou de mediação é inicialmente fixada pelo juiz sem que possa exceder um prazo fixado por decreto

que o acordo para a passagem pela mediação seja genuíno; afinal, ante a sobrecarga dos tribunais, é “tentador” para o juiz enviar as partes autoritariamente à saída da mediação – essa situação é preocupante, uma vez que é necessário um real acordo para que a mediação se encaminhe¹⁶¹.

Diferentemente, há ordenamentos como o americano, o argentino e o colombiano, nos quais a mediação judicial costuma ter a nota da obrigatoriedade, sendo realizada após a distribuição da petição inicial por iniciativa do magistrado, que tem a prerrogativa de indicar o mediador da questão; em conflitos familiares há, até, a tendência de adotar a mediação (com psiquiatra, psicólogo ou assistente social)¹⁶².

A imposição da obrigatoriedade pode se revelar indevida e inadequada diante de nossa situação cultural e da necessária voluntariedade que deve reger a adesão aos mecanismos consensuais.

6.3.2.4.2 Obrigatoriedade da sessão informativa consensual na recente experiência judicial da Romênia

Em instigante artigo¹⁶³, mediadores romenos comentam a evolução e a derrocada da mediação judicial em seu país por força do advento de recentes normas sobre a obrigatoriedade de sessão informativa sobre benefícios da mediação e sanção pelo não comparecimento a ela. O relato é muito interessante e pode ser útil para fomentar reflexões importantes sobre a experiência brasileira.

Os autores iniciam sua abordagem identificando que muito se tem falado sobre a aparente falha da mediação em cumprir seu potencial. Afinal, ante o enorme número de litígios em juízo e o baixo montante de mediações em curso, a via consensual parece ter perdido a oportunidade de se tornar uma tendência dominante. Reportam então que para muitos especialistas o futuro da mediação será sombrio até que medidas sejam tomadas para tornar obrigatória sua utilização prévia à instauração de processos; compelir pessoas a escolher a mediação, ou pelo menos a ir a uma primeira sessão consensual, tem se tornado uma bandeira para muitos mediadores que buscam melhores políticas para o meio consensual.

do Conselho do Estado. O juiz pode, no entanto, renovar a missão de conciliação ou de mediação. Ele pode igualmente encerrá-la antes da expiração do prazo que fixou, de ofício ou a pedido do conciliador, do mediador ou de uma parte” (SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*, cit. p. 144).

¹⁶¹ *Idem*, p. 145-146.

¹⁶² BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos e legislação brasileira*, cit.

¹⁶³ CHEREJI, Christian-Radu; GAVRILA, Constantin-Adi. Don't rush. Disponível em: <http://kluwermediationblog.com/2015/03/02/dont-rush/>. Acesso em: 6 mar. 2015.