

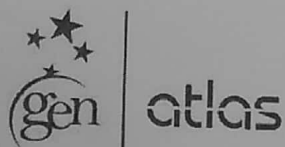
O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Questões controvertidas

Ada Pellegrini Grinover
Antonio Carlos Marcato
Benedito Cerezzo Pereira Filho
Camilo Zufelato
Carlos Alberto Carmona
Carlos Alberto de Salles
Fabio Guidi Tabosa Pessoa
Fernando da Fonseca Gajardoni
Flávio Luiz Yarshell
Giovanni Bonato
Heitor Vitor Mendonça Sica
José Carlos Baptista Puoli
José Roberto dos Santos Bedaque
José Rogério Cruz e Tucci
Marcelo José Magalhães Bonizzi
Paulo Eduardo Alves da Silva
Paulo Henrique dos Santos Lucon
Ricardo de Barros Leonel
Rodolfo de Camargo Mancuso
Susana Henriques da Costa



DPC/DPM
BIBLIOTECA



FD - Faculdade de Direito



2888369-10

Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo
CPCAda Pellegrini Grinover
F5118/18

868 m
23/59/15
2728308

© 2015 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Set-up Time Artes Gráficas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas /
Vários autores. – São Paulo: Atlas, 2015.

Vários autores
Bibliografia.
ISBN 978-85-97-00234-8

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil 3. Processo civil –
Legislação – Brasil. I. Carmona, Carlos Alberto.

15-06930
CDU-347.9(81)(094.4)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código de processo civil 347.9(81)(094.4)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

F 347.918(81)
G 882 m
DPC/DPM
etam 11/6/18

F 5118/18



etam 12/6/18



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CPC

Ada Pellegrini Grinover¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conciliadores e mediadores no novo CPC, coordenado com a Resolução nº 125 do CNJ e a Lei de Mediação – comentários aos arts. 165-175 do novo CPC; 3 A audiência de conciliação/mediação no novo CPC – comentários ao art. 334; 4 Conclusões.

1 Introdução

Os marcos regulatórios. Os marcos regulatórios que regem os métodos consensuais no Brasil são três: (a) a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que – embora em nível de norma administrativa – instituiu e continua regendo a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos; (b) os novos dispositivos do CPC; e (c) as normas sucessivamente promulgadas como a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Em sua grande maioria, as normas dos marcos regulatórios são compatíveis e complementares, aplicando-se suas disposições à matéria. Mas há alguma incompatibilidade entre poucas regras do novo CPC em comparação com as da Lei de Mediação, de modo que, quando entrarem em conflito, as desta última deverão prevalecer (por se tratar de lei posterior, que revoga a anterior, e de lei específica, que derroga a genérica). Apesar disto, pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de

¹ Professora Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogada.

métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução nº 125 do CNJ, pelo CPC e pela Lei de Mediação, naquilo em que não conflitarem.

Os métodos consensuais no novo CPC. O novo Código investe muito nos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação), que utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e à pacificação mais completa. Basta verificar que os coloca num amplo quadro de política judiciária, logo nos parágrafos do art. 3º, quando estabelece como dever do Estado promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo.

Origens e evolução. Nas sociedades primitivas, quando se perceberam os riscos e danos da autotutela, atribuiu-se a solução dos conflitos a terceiros, que atuavam como árbitros ou como facilitadores, para que se atingisse o consenso. Incumbia-se dessa função uma pessoa respeitável da comunidade – sacerdote, ancião, cacique, o próprio rei (como Salomão) – e se obtinha a pacificação, sem necessidade de recorrer à justiça pelas próprias mãos. Assim, os métodos consensuais de solução de conflitos precederam, historicamente, a jurisdição estatal. Só mais tarde, quando o Estado assumiu todo seu poder (ou *potestà*, na denominação italiana) nasceu o processo judicial, que foi orgulhosamente considerado monopólio estatal. Mas esse processo mostrou todas as suas fraquezas. O formalismo, a complicação procedimental, a burocratização, a dificuldade de acesso ao Judiciário, o aumento das causas de litigiosidade numa sociedade cada vez mais complexa e conflituosa, a própria mentalidade dos operadores do direito, tudo contribuiu para demonstrar a insuficiência ou inadequação da exclusividade da tutela estatal. E ressurgiu, em todo o mundo, o interesse pelas chamadas vias alternativas, capazes de encurtar ou evitar o processo.

O Brasil foi de certo modo precursor desse movimento, quando determinou, na Constituição imperial, que nenhuma causa seria submetida ao Poder Judiciário, se antes não se tentasse a conciliação. Mas de duas uma: ou o momento não era oportuno, ou foi infeliz a atribuição do encargo aos juízes de paz, que se transformaram rapidamente em autoridades celebrantes de matrimônios.

De uns anos para cá, os institutos dos meios alternativos foram profundamente analisados, dissecados e difusamente implantados. E o Brasil integra esse movimento.

Heterocomposição e autocomposição. Como é sabido, na heterocomposição, a decisão do litígio é atribuída a pessoa, neutra e imparcial, estranha ao Poder Judiciário. Trata-se da arbitragem, de que se encarrega outro artigo do Código (ver art. 3º, § 1º). Na autocomposição, ao contrário, nada se decide. São as próprias partes, por intermédio de um terceiro facilitador, que trabalham o conflito, podendo chegar a um acordo (que normalmente é uma *transação*, em que cada parte cede e ganha algo em relação ao conflito, mas que nada impede seja um *reconhecimento* ou uma *renúncia*).

A justiça conciliativa. A chamada justiça conciliativa corresponde aos métodos consensuais de solução de conflitos aplicados à justiça: negociação, mediação/conciliação e outros institutos que facilitam o consenso entre as partes, como a *avaliação neutra de terceiro* ou a *antecipação da prova fora das situações de urgência* (esta última tratada no

art. 381, II e III, do novo CPC). Conciliativa, porque todos tendem à conciliação. Justiça, porque perderam sua antiga característica negocial, para se enquadrarem no amplo quadro da política judiciária. Trata-se, em última análise, de *acesso à justiça*.

Esta visão exige a releitura do art. 5º, inciso XXXV da CF, pois por acesso ao Poder Judiciário deve entender-se acesso à justiça e aos meios adequados de solução de conflitos, como está muito bem explicitado na Exposição de Motivos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Os fundamentos da justiça conciliativa. O principal fundamento da justiça conciliativa é a *pacificação*. No processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da sociedade), mas certamente não existe para as partes. No chamado *perde-ganha* sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca). E isto é evidenciado por todas as manobras das partes com a utilização dos recursos e dos meios de impugnação, bem como na resistência ao cumprimento da sentença. Além disso, mesmo na pacificação social, apenas uma parte do conflito – a parte levada ao processo judicial – é solucionada, restando à sua base o conflito sociológico, do qual a “lide” é apenas a ponta do *iceberg*. Também é importante o *fundamento político* da justiça participativa, pois não só mediadores e conciliadores, como as próprias partes, *participam* da solução do conflito, o que é característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar. O terceiro fundamento – talvez o mais discutível de todos – é o *funcional*, porque se afirma que a utilização desses instrumentos é capaz de desafogar o acúmulo de trabalho dos tribunais estatais. Mas, como se verá logo adiante, entendemos que para cada conflito existe um meio adequado de solução que, dependendo do caso, pode ser a Justiça estatal ou outros métodos.

Conflitos adequados à solução pela Justiça conciliativa. Em primeiro lugar, como o próprio Código se encarrega de afirmar, só os conflitos transacionáveis podem ser submetidos à Justiça conciliativa. Parece, também, que nem todos os conflitos encontram sua melhor solução pelos meios consensuais. Quando se trata de conflitos complexos, cujo tratamento dependa de perícia ou do exame aprofundado da matéria de direito, a Justiça conciliativa não pode suplantiar o processo estatal. É oportuno lembrar a palavra profética de Mauro Cappelletti: a justiça conciliativa é a mais adequada para as *relações coexistenciais*.

Os principais métodos consensuais de solução de conflitos. Muito embora em outros países, como os Estados Unidos da América, exista um leque de instrumentos utilizados como equivalentes jurisdicionais, aplicados conforme sua maior adequação a cada caso concreto nos chamados *tribunais multiportas*, os métodos consensuais mais utilizados entre nós são a *negociação*, a *mediação* e a *conciliação*.

A *negociação* é o método pelo qual as próprias partes envolvidas chegam a uma solução, sem que seja necessária a intervenção de um terceiro, podendo, entretanto, contar com o auxílio de profissional especialmente capacitado para o desenvolvimento de negociações (*negociação assistida*). A negociação direta apresenta-se como o método

adequado, quando as partes mantêm bom relacionamento e conseguem tratar objetivamente das questões a decidir.

A *conciliação* é conceituada como o método de solução de conflitos, que se dá por intermédio da atividade desenvolvida por um terceiro facilitador, para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a se autocomporem, adotando metodologia que permite a apresentação de propostas, visando à obtenção de um acordo, embora sem forçar as vontades dos participantes. O conciliador investiga, assim, apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando as partes à celebração de um acordo. A conciliação parece ser mais útil para a solução rápida e objetiva de problemas superficiais, que não envolvem relacionamento entre as partes, não tendo a solução encontrado repercussão no futuro das vidas dos envolvidos. Desse modo, diferencia-se da mediação, na medida em que apresenta procedimento mais simplificado, não tendo o conciliador que investigar os verdadeiros interesses e necessidades das partes, subjacentes ao conflito aparente.

Esse método vem sendo utilizado no Brasil há muitos anos, havendo normas regulamentadoras no Código de Processo Civil de 1973, na Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais) e na Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio).

A *mediação*, por sua vez, é conceituada como método consensual de solução de conflitos, pelo qual um terceiro facilitador auxilia as partes em conflito no restabelecimento do diálogo, investigando seus reais interesses, através de técnicas próprias, e fazendo com que se criem opções, até a escolha da melhor, chegando as próprias partes à solução do conflito. Em outras palavras, a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada. Para tanto, exige-se que os participantes sejam plenamente capazes de decidir, pautando-se o processo na livre manifestação da vontade dos participantes, na boa-fé, na livre escolha do mediador, no respeito e cooperação no tratamento do problema e na confidencialidade.

Nessa visão, todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados pela mediação e, se esta não culminar num acordo, pelo menos os participantes terão esclarecido o conflito e aprendido a dialogar entre si de forma respeitosa e produtiva. O verdadeiro objetivo do mediador não é obter um acordo, mas sim restabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que melhorem o relacionamento, para que, por si sós, cheguem às soluções de seus problemas. A mediação representa, assim, uma fusão das teorias e das práticas das disciplinas da psicologia, assistência social, assessoria, direito e outros serviços do campo das relações humanas, sendo interdisciplinar.

Todavia, se assim se podem distinguir teoricamente os dois métodos, na prática muitas vezes eles se confundem e o que poderia aparecer, numa triagem prévia, mais adequado para a conciliação, acaba sendo mais bem resolvido pela mediação, e vice-versa. De modo que conciliador e mediador devem dar-se conta, no caso concreto, de qual a técnica melhor a ser utilizada e, se possível, convocar o outro especialista para dar seguimento ao processo consensual.

Aliás, a distinção acima nasceu da doutrina e da prática tipicamente brasileiras. Nos Estados Unidos da América, a conciliação, como técnica de solução de conflitos, vem absorvida pela mediação. Em outros países, como a França e a Itália, o termo conciliação é utilizado mais amplamente, englobando a mediação.

A *conciliação* e a *mediação*, por sua vez, podem ser extrajudiciais ou judiciais. Quando judiciais, podem ocorrer *antes do processo*, evitando-o, ou *durante o processo* (para obstar o seu prosseguimento ou para encurtá-lo).

Críticas à Justiça conciliativa. Totalmente irrelevante, a nosso ver, é a crítica de que, pela aceitação dos meios consensuais de solução de conflito, o Estado abre mão de parcela de seu poder: a jurisdição. Mais uma vez, trata-se de uma questão de adequação: jamais a função jurisdicional estatal poderá ser totalmente suplantada por outros meios adequados de solução de conflitos.

Mais consistente é a crítica de que os métodos consensuais só podem funcionar devidamente em situações de equilíbrio entre as partes, pois o terceiro facilitador terá mais dificuldades do que o juiz para superar as diferenças econômicas, sociais, psicológicas, de modo a que o consenso obtido seja realmente livre e devidamente informado. E, sem dúvida, sempre que o conciliador/mediador perceber dificuldades intransponíveis para superar o desequilíbrio, deverá interromper o processo consensual.

2 Conciliadores e mediadores no novo CPC, coordenado com a Resolução nº 125 do CNJ e a Lei de Mediação – comentários aos arts. 165-175 do novo CPC

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

O dispositivo segue os ditames da Seção II, art. 8º, da Resolução nº 125/2010 do CNJ, com apenas uma diferença de nomenclatura, pois esta fala de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – uma vez que aos hoje já implantados CEJUSCs é também atribuída a função de atendimento e orientação do cidadão. Mas a omissão é irrelevante, como se verá logo adiante. Tampouco importa que o CPC não mencione os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Resolução, Cap. III, art. 7º), órgãos judiciários com atribuições políticas e gestoras, já criados em todos os Estados do país.

O art. 24 da Lei de Mediação tem a mesma redação do art. 165 do CPC.

Importante, ao contrário, é a disposição do art. 10 da Resolução, que determina que cada unidade dos CEJUSCs deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos *processual* e setor de solução de conflitos *pré-processual*, bem como setor de *cidadania*. Essa regra sem dúvida integra a disciplina do CPC. E, seja como for, a relevante tarefa atribuída ao setor de cidadania não ficará perdida, pois é implícito que,

na triagem para encaminhamento aos métodos de solução consensual de conflitos, os Centros atenderão e orientarão o cidadão dirigindo-o para qualquer órgão competente, onde poderá resolver seus problemas, nem sempre jurídicos ou conflituosos.

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

O parágrafo único do art. 24 da Lei de Mediação segue o texto do § 1º do art. 165 do CPC.

Já existem regras específicas da Resolução (parágrafos do art. 8º) a serem observadas em relação à composição e organização dos Centros.

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

§ 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.

Nesses dois parágrafos, o Código adota a distinção corrente no Brasil entre conciliação e mediação, separando-as pelo tipo de conflito para o qual cada método seria mais adequado e pelo uso de técnicas diferenciadas, conforme visto acima, na Introdução. A Lei de Mediação é omissa nesse ponto, pois trata só da mediação. E, com relação ao mediador, esclarece, no § 1º do art. 4, que conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito. Na verdade, isso remete mais à atuação do conciliador.

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.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

A Lei de Mediação inclui um capítulo sobre “Confidencialidade e suas exceções” (arts. 30-31) que complementa a disciplina da Resolução e do CPC.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

A lei não alude à negociação, que evidentemente não poderá deixar de ser aplicada. A admissão de técnicas negociais significa que o conciliador-mediador pode permitir a negociação direta entre as partes, ou a negociação assistida, já examinadas.

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

Os princípios enumerados neste dispositivo têm sua origem no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais anexo à Resolução nº 125/2010 e que foi alterado aos 04/02/2013 pelo atual Anexo 3, de que se transcreve parte do conteúdo:

CÓDIGO DE ÉTICA DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

Art. 1º – São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I – Confidencialidade – dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II – Decisão informada – dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III – Competência – dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

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;

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 inexecutável;

VI – Respeito à ordem pública e às leis vigentes – dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

VII – Empoderamento – dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII – Validação – dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

Vê-se daí que os princípios que o Código de Ética da Resolução impõe aos conciliadores/mediadores judiciais são praticamente os mesmos enumerados no CPC, mas mais detalhados e autoexplicativos. A novidade está no *respeito à ordem pública* (que evidentemente se impõe a qualquer atividade ligada à Justiça) e às leis vigentes. Mas essa última expressão deve ser interpretada com bom senso, pois à conciliação e mediação não se aplica o juízo de legalidade estrita, mas sim o de *equidade*. O que significa atuar sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal.

A Lei de Mediação, no art. 2º, refere-se aos princípios, que devem ser integrados pelos mais detalhados da Resolução e do CPC.

Mesmo assegurando o respeito à autonomia da vontade dos interessados, inclusive na definição de regras procedimentais, há certos princípios e regras que devem ser observados no procedimento, conforme especificado no já mencionado Anexo 3 da Resolução nº 125. Transcreva-se o que fica integrado ao CPC:

Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I – Informação – dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II – Autonomia da vontade – dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

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;

IV – Desvinculação da profissão de origem – dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V – Compreensão quanto à conciliação e à mediação – Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

A Lei de Mediação, nos arts. 14 a 20, dita algumas regras procedimentais: prevê-se que a mediação se considere iniciada na primeira reunião, bem como que seja lavrado um termo final, quando celebrado o acordo ou quando novos esforços não se justificarem. Determina-se também a suspensão do prazo prescricional quando o

processo judicial ou arbitral é suspenso, para que as partes se submetam à mediação, ressalvadas as medidas de urgência. Todas essas regras são complementares.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Eis uma obrigação do CPC imposta ao CNJ (cadastro nacional) e aos tribunais (cadastros regionais). A Resolução nº 125 não trata do assunto. O art. 167, § 3º do CPC (*infra*) indica os dados que devem constar dos cadastros dos tribunais. Mas seria interessante que o CNJ estabelecesse um modelo, a ser seguido pelos Tribunais, de modo a facilitar a comunicação de dados destes para o CNJ.

Observe-se que, pela primeira vez, o CPC trata das Câmaras privadas de conciliação e mediação. Entendemos que sua inscrição no cadastro é facultativa, pois exige uma contrapartida (*infra*, comentário ao art. 169, § 2º), mas é necessária para que, de comum acordo, as partes possam escolher a câmara privada de mediação, neste caso obrigatoriamente credenciada (*infra*, comentário ao art. 168, § 1º).

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Os Módulos I, II e III do Anexo I da Resolução editada em 2010 regulavam os cursos de capacitação, estabelecendo o *currículum* teórico-prático para conciliadores e mediadores e também estabelecendo o conteúdo dos cursos para magistrados e servidores. Mas em 2013 houve uma alteração da Resolução e o Anexo I foi revogado, substituído pelo Anexo III, que remete o estabelecimento dos currículos ao Portal da Conciliação do CNJ (criado pela Resolução). A experiência foi péssima, no entender dos especialistas. O Portal ateve-se a um único modelo de capacitação (a chamada *mediação facilitativa*, que na verdade não passa de uma conciliação) inspirado em uma escola determinada, engessando-a e dificultando capacitações mais abertas e flexíveis, capazes de respeitar as diferenças socioculturais existentes no país. Também foi criticada a redução das exigências do currículo e o descaso com a formação prática. Por outro lado, criou-se a figura do instrutor, incumbido de transmitir as técnicas de conciliação/mediação aos inscritos nos cursos, cuja preparação foi centralizada no Distrito Federal e feita a toque de caixa.

O Código vem mudar essa realidade. O CNJ – em conjunto com o Ministério da Justiça – só vai definir o *parâmetro curricular*, ficando a capacitação mínima a cargo das entidades credenciadas pelos tribunais. Maior abertura, portanto, e maior flexibilização.

A Lei de Mediação também alude ao cadastro e a requisitos mínimos de capacitação a serem fixados pelo CNJ (art. 12). Mas omite a referência às câmaras privadas de conciliação. As leis complementam-se, com uma diferença de nomenclatura: o CPC fala em *parâmetro curricular* e a Lei em *requisitos mínimos* de capacitação, como função do CNJ. Em última análise, parece tratar-se da mesma coisa.

No entanto, existe um requisito novo para a atuação do mediador judicial, previsto pela Lei de Mediação: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior (art. 11). Trata-se de uma restrição irrazoável, que contraria toda a filosofia que está à base das técnicas de mediação. Existem excelentes mediadores, devidamente capacitados, que não se enquadram na exigência. Mas é ela coercitiva, enquanto estiver em vigor.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

A menção ao concurso público objetiva preservar situações já existentes em que os tribunais de alguns Estados efetivaram, como servidores, conciliadores e mediadores (conforme agora expressamente permitido pelo § 6º do art. 167 do CPC), além de possibilitar a seleção entre os candidatos, independentemente de seu ingresso no serviço público.

Prevê-se a comunicação ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador dos dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista. E cuida-se da observância de distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. A mesma área de atuação profissional tanto pode indicar a origem do terceiro facilitador (direito, psicologia, economia, engenharia, assistência social etc.), como sua especialidade (área de família, empresarial, previdenciária, securitária, bancária etc.).

A distribuição alternada e aleatória é excluída quando os interessados, de comum acordo, escolhem um conciliador/mediador ou uma câmara privada credenciada para a solução do conflito (*infra*, art. 168).

A lei de mediação não trata da matéria, que será regida pelo CPC.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

Ver *supra*, comentário ao *caput* do art. 166. Sugere-se que a esses dados, preponderantemente quantitativos, se acrescentem os qualitativos, com informações sobre o

eventual retorno dos interessados aos meios consensuais, ou o ajuizamento de demandas derivadas de acordos não cumpridos.

Sem referência na Lei, aplica-se aqui o CPC.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

A classificação e publicação dos dados não constituem apenas obrigação dos tribunais, mas também do CNJ, nos termos do art. 14 da Resolução.

Sem referência na Lei, aplica-se aqui o CPC.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Curiosamente, a primeira redação do Anteprojeto reservava a função de conciliador/mediador a advogados. Em face de críticas, eliminou-se a chamada “reserva de mercado”. Em contrapartida surgiu o impedimento para que o terceiro facilitador exerça a advocacia em todo o território de jurisdição do tribunal. Finalmente, o impedimento ficou circunscrito aos juízos em que desempenha as funções de conciliador/mediador. Há aqui uma presunção absoluta de que o advogado possa aliciar clientela entre os participantes do processo consensual. Isso parece absolutamente insensato, pois a regulamentação da conduta ética e das sanções que podem ser impostas ao terceiro facilitador é mais que suficiente para desencorajar qualquer iniciativa nesse sentido. Parece, também, insultuoso para a classe dos advogados. Desencoraja os advogados a exercerem as funções de conciliador/mediador. E é de duvidosa aplicabilidade, pois o Estatuto da OAB não prevê o impedimento. Cumpre notar que no âmbito dos Juizados Especiais a mesma regra não vem sendo aplicada quando o trabalho do conciliador é voluntário.

O impedimento não está previsto na Lei de Mediação, mas não houve sua revogação expressa. Como a Lei trata dos mediadores judiciais e de seus impedimentos nos arts. 4º a 8º, poderia se sustentar que houve revogação tácita do impedimento.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Ver comentário ao § 2º desse artigo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

65118/18

DPC/DPM
BIBLIOTECA

A escolha do conciliador ou mediador é inteiramente livre, mas em relação às câmaras privadas exige-se seu cadastro no tribunal (ver *supra*, comentário ao *caput* do art. 167).

A Lei de Mediação, no art. 4º, prevê que o mediador seja designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes, o que se coaduna com o CPC.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

Volta-se, nesse caso, ao sistema de distribuição do § 2º do art. 167.

Aplicável a regra do CPC, pois a Lei de Mediação é omissa.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

A mediação ou conciliação conjunta são particularmente indicadas para matérias interdisciplinares, como ocorre, por exemplo, com questões envolvendo direito de família ou conflitos agrários, ou em casos em que a economia e a contabilidade, o direito e a engenharia sejam importantes para o entendimento do conflito.

O art. 15 da Lei de Mediação prevê a possibilidade de mediação, a requerimento das partes ou do mediador, desde que as partes consintam. É, portanto, mais restritiva do que o CPC.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Eis um grande avanço do Código: a previsão de remuneração do trabalho do conciliador/mediador, até agora desempenhado na maioria dos casos voluntariamente, o que impedia a profissionalização dos terceiros-facilitadores que enfrentam custos não só para a capacitação mas sobretudo para o necessário aperfeiçoamento constante.

E aqui a Lei avança mais; prevê que a remuneração seja fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, ressalvada a gratuidade assegurada aos necessitados (art. 13 c/c art. 4º, § 2º). Não se contemplam mais os parâmetros a serem estabelecidos pelo CNJ.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

Espera-se que esse parágrafo não constitua uma válvula de escape para a conciliação e mediação judiciais, pelos motivos expostos no comentário anterior, mas que a voluntariedade seja reservada para alguns tipos específicos de técnicas consensuais, como a mediação comunitária, por exemplo.

A lei não prevê a voluntariedade do trabalho de mediadores judiciais.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Trata-se aqui da contrapartida mencionada no comentário ao *caput* do art. 167.

Omissa aqui a Lei de Mediação, que não trata das câmaras privadas de conciliação. A estas, vão se aplicar os dispositivos específicos do Código.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Embora a Lei de Mediação trate dos impedimentos (art. 5º), a disciplina do CPC é aplicável, por ser mais completa.

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

A Lei de Mediação repete o impedimento de um ano, repetindo o que está no CPC (art. 6º).

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II – atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

Os dispositivos *supra* coadunam-se em sua quase totalidade com os do Código de Ética do Anexo III da Resolução nº 125 do CNJ, devendo ser lidos em conjunto. Transcrevam-se as disposições do Código de Ética.

Art. 4º. O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitando os princípios e regras deste Código, assinando, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submetendo-se às orientações do juiz coordenador da unidade a que vinculado.

Art. 5º. Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e sua substituição.

Art. 6º. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador/mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição na condução das sessões.

Art. 7º. O conciliador/mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

Art. 8º. O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

A grande diferença está no prazo de impedimento do art. 172 do CPC (um ano) e do art. 7º do Anexo III (dois anos), podendo entender-se que este foi revogado por aquele.

Como a Lei de Mediação restringe o impedimento a um ano (art. 6), assim como o CPC, fica certamente derogado o prazo maior previsto na Resolução. O restante continua aplicável.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

Temos aqui uma garantia expressa do CPC, que em relação à Resolução nº 125 só poderia se extrair da Constituição (art. 5º, inciso LV).

Omissa a Lei de Mediação, o dispositivo do CPC é aplicável, complementando a Resolução e a Lei.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Trata-se, aqui, de uma inovação do Código, complementar à Resolução e à Lei.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O Código busca incentivar a solução consensual de conflitos na área administrativa, ainda incipiente entre nós, com exceção do termo de ajustamento de conduta, muito utilizado na área da defesa de interesses ou direitos coletivos (em sentido amplo), regulado pela Lei da Ação Civil Pública. Em relação à conciliação/mediação públicas, a Lei de Mediação contém disciplina mais completa, que passa a integrar o minissistema brasileiro de conciliação/mediação (arts. 32 a 40).

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

A Lei de Mediação contém dispositivos mais específicos sobre os métodos consensuais extrajudiciais, que passam a integrar o minissistema brasileiro de conciliação/mediação (arts. 9º-10 e 21 a 23).

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

As câmaras privadas de conciliação e mediação sujeitam-se aos dispositivos da Seção, com exceção das regras *supra* comentadas, que a elas se referem especificamente. Sem paralelo na Lei de Mediação.

3 A audiência de conciliação/mediação no novo CPC – comentários ao art. 334

Estímulo à conciliação/mediação judiciais. O Código inova profundamente em relação ao regime anterior, instituindo uma audiência prévia, anterior à contestação, destinada exclusivamente à tentativa de conciliação/mediação, conduzida por terceiros facilitadores devidamente capacitados (*supra*, comentários aos arts. 165-175).

Linhas evolutivas da conciliação judicial no Brasil. Diversas foram as tentativas do legislador no sentido de incentivar a conciliação judicial no processo brasileiro. Tomando como marco inicial a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), verificou-se que os êxitos colhidos em vários Estados da federação com essa experiência inovadora foram reconhecidos pela Assembleia Constituinte, que a consagrou em dois dispositivos da Constituição de 1988 (arts. 24, X, e 98, I).

Com base no inciso I do art. 98 da Constituição foi promulgada, em setembro de 1995, a Lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Na parte cível, a Lei nº 9.099 acolheu, com pequenas modificações e acréscimos, as ideias contidas na Lei nº 7.244/84. A alteração mais significativa consistiu na ampliação da competência dos Juizados e na denominação, pois se passou a chamar de “causas de menor complexidade” o que a lei anterior denominava de “pequenas causas”. O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, reforçou o ideário do acesso individual dos consumidores à Justiça pela via dos Juizados Especiais e a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, institucionalizou a política dos meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, reforçando a atuação dos Juizados Especiais.

A ideia motriz da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, ao lado da facilitação do acesso à justiça, é centrada exatamente na conciliação (pré-processual e processual) e, apesar de defeitos apontados nas falhas das técnicas utilizadas – pois os conciliadores

ção precipuamente estudantes de direito não capacitados –, a conciliação tornou-se uma realidade para as chamadas causas de menor complexidade.

Mas na Justiça comum, salvo raras exceções, a conciliação judicial ainda não conseguiu se firmar.

O Código de 1973, no art. 331, previu uma audiência única, aglutinando a tentativa de conciliação e a instrução e julgamento da causa. A tentativa de conciliação, conduzida pelo juiz – salvo raríssimas exceções –, tornou-se uma mera formalidade, em que o juiz se limitava a perguntar se havia possibilidade de acordo e, à resposta negativa das partes, dava início à instrução.

Objetivando maior atenção à tentativa de conciliação, o art. 331 (já reformulado pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994) instituiu, pela Lei nº 10.444, de 7 de agosto de 2002, uma audiência, chamada de *preliminar*, com a seguinte redação:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

No entanto, a praxe forense deturpou inteiramente a intenção do legislador, sendo a audiência dispensada no caso de julgamento conforme o estado do processo (art. 130, *in fine* e art. 330 do CPC de 1973). Ademais, a tentativa de conciliação só se entendeu exigível quando, presentes seus pressupostos, o julgamento do pedido também dependesse da prévia produção de provas, instaurando-se imediatamente – se infrutífera a conciliação – a fase instrutória, sem qualquer atenção do juiz para a fixação dos pontos controvertidos e decisão das questões processuais pendentes. E disseminou-se, na prática, a dispensa da audiência, nos termos do permissivo do § 3º, procedendo o juiz ao saneamento por escrito e à ordenação da produção da prova. Na prática, a audiência preliminar acabou não sendo realizada, sendo considerada uma formalidade inútil. E a tentativa de conciliação ficou reduzida a uma pergunta vazia no início da audiência de instrução e julgamento (art. 447 do CPC de 1973).

Em relação ao procedimento sumário, o CPC de 1973 também previa que, na conciliação, o juiz pudesse ser auxiliado por conciliadores (art. 275, § 1º, *in fine*), mas o dispositivo foi aplicado muito esporadicamente, podendo citar-se a experiência bem-sucedida no Distrito Federal, impulsionada pela ora Ministra do STJ, Nancy

Andrighi. E, com a extinção do procedimento sumário, pelo novo CPC, nada restou do dispositivo.

A audiência de conciliação ou mediação no novo CPC. Em compensação, o novo Código prevê uma audiência própria e autônoma, destinada à tentativa de conciliação/mediação, anterior à apresentação da contestação pelo réu (art. 335, I) e ao saneamento do processo (que poderá ser feito em audiência, conforme previsto no art. 357, § 3º). Passa-se a comentar os novos dispositivos.

CAPÍTULO V DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

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.

A audiência, evidentemente, não será realizada se, antes da citação do réu, o juiz verificar não preencher a petição inicial os requisitos essenciais, hipótese em que haverá possibilidade de emenda (arts. 319 e 321), ou houver decretação de improcedência liminar do pedido (art. 332, *caput*, e § 1º).

Caso contrário, é determinada a citação do réu. O prazo de antecedência fixado pela lei é só o mínimo, tendo sido oportuno que o dispositivo também indicasse o prazo máximo.

§ 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.*

Sobre a atuação do conciliador ou mediador, vide *supra*, comentários aos arts 165-175. Além das disposições do Código e da Lei de Organização Judiciária, como se viu na introdução aos comentários dos artigos mencionados, a conciliação e a mediação judiciais também são regidas pela Resolução nº 125 do CNJ e pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Se não houver conciliadores/mediadores judiciais disponíveis, a audiência será conduzida pelo próprio juiz. Mas, nesse caso, é vital que ele se porte como terceiro facilitador, utilizando as técnicas já examinadas nos comentários aos arts. 165-175. O juiz não poderá limitar-se a perguntar se há possibilidade de acordo mas deverá atuar segundo as disposições da Resolução nº 125, cabendo às partes exigir que se instaure o diálogo, para se possa chegar à decisão informada.

Um problema que se coloca é saber se o mesmo juiz que presidiu a audiência, como terceiro facilitador, no caso de insucesso do acordo, poderá continuar atuando nos atos sucessivos do processo. Tudo indica que deveria se tratar de outro magistrado, pois a atuação do juiz como terceiro facilitador envolve o dever de confidencialidade

supra, comentário ao § 1º do art. 166). De qualquer modo, nada do que foi conversado ou tratado na tentativa de conciliação/mediação poderá ser levado em consideração pelo juiz. Difícil, porém, que sua imparcialidade como julgador não fique contaminada.

§ 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.*

Sobretudo na mediação (ver a distinção entre conciliação e mediação *supra*, no comentário ao art. 165, §§ 2º e 3º), será frequentemente necessária mais de uma sessão. Embora o prazo máximo fixado pela lei seja de dois meses, contado a partir da data da primeira sessão, as partes, de comum acordo, poderão pedir a dilação do prazo, com base no princípio da autonomia da vontade que rege a justiça conciliativa (art. 166, § 4º) e no disposto no art. 190, que permite às partes estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

A Lei de Mediação, no art. 28, também fixa o prazo de 60 dias, salvo pedido de prorrogação das partes, de comum acordo.

§ 3º *A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.*

Trata-se de esclarecimento salutar que resguarda o princípio da duração razoável do processo.

§ 4º *A audiência não será realizada:*

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

É suficiente a vontade de uma das partes para que a audiência se realize. Para dispensá-la, é necessária a manifestação expressa de ambas, feita em consonância com o disposto no § 5º. A regra tem como fundamento a ideia de que, mesmo a parte que não concorda em tese com a tentativa de autocomposição, poderá ser levada a aceitá-la quando tiver contato efetivo com os métodos consensuais e for informada sobre suas técnicas e benefícios pelo terceiro facilitador.

Vem aqui a interessar um esclarecimento importante da Lei de Mediação: ninguém pode ser obrigado a permanecer em procedimento de mediação (art. 2º, § 2º). Assim, a audiência pode até ser obrigatória para uma das partes, mas o método pode ser abandonado a qualquer momento, pela vontade de qualquer uma delas.

Também releva salientar que, nos termos da Lei, a mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele (art. 3º, § 1º).

II – quando não se admitir a autocomposição.

Andou bem o legislador em evitar a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, pois mesmo nestes há possibilidade de autocomposição em relação às

modalidades e prazos do cumprimento da obrigação. Por outro lado, é possível que o acordo seja parcial, cobrindo apenas a parte disponível do objeto do litígio.

A Lei de Mediação preferiu falar em “direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação” (art. 3º), o que dá na mesma. Mas, com relação aos direitos indisponíveis, transigíveis, exige oitiva do Ministério Público e homologação pelo juiz (§ 2º). A preocupação pode trazer demora, mas prevalece.

§ 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.

Ver comentário supra, § 4º, I.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Oportuno o esclarecimento, que se aplica a qualquer tipo de litisconsórcio (arts. 113 e ss.).

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Para o processo penal, a Lei nº 11.900/2009 introduziu a possibilidade de interrogatório por videoconferência do réu preso, mas a prática também tem sido adotada em relação ao processo civil, com o apoio da jurisprudência. Especificamente com relação à audiência de conciliação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem realizando-a por videoconferência.

§ 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.

Mais uma regra que incentiva a autocomposição, prevendo sanções para o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de mediação/conciliação (é evidente a irrelevância da omissão da palavra “mediação” no dispositivo). A autocomposição não é obrigatória, dependendo exclusivamente da vontade das partes, mas o é a tentativa, nas condições *supra* indicadas. No entanto, nos termos do § 10, autor e réu podem fazer-se representar por procurador com mandato específico, contendo os poderes para negociar e transigir.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

Diversamente do que ocorre na Lei dos Juizados Especiais, que dispensa – salvo exceções – a presença do advogado ou defensor, aqui ela se faz necessária, o que

prestigia a atuação da assistência técnica e se coaduna com a Constituição (art. 133) e o Estatuto da OAB.

A Lei de Mediação também contempla a necessidade da presença do advogado ou do defensor na mediação judicial, excepcionando, porém, em relação aos Juizados Especiais (art. 26). Na mediação extrajudicial, a assistência técnica é facultativa mas, se uma das partes estiver acompanhada de advogado ou defensor, o procedimento deverá ser interrompido até a parte desacompanhada ser assistida (art. 10 e parágrafo único).

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Ver supra, § 8º.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

O termo de acordo, devidamente homologado por sentença, constituirá título executivo judicial (art. 515, II). Em relação à recusa de homologação pelo juiz, não só deverá ela ser motivada, como basear-se exclusivamente na violação de qualquer dos princípios previstos na Resolução nº 125 (*supra*, comentários aos arts. 165-175).

A Lei de Mediação, no entanto, não obriga a levar o termo de acordo à homologação: nesse caso, ele constituirá título executivo extrajudicial (art. 20, parágrafo único). Realmente incompreensível que o acordo judicial não seja levado à homologação.

Importante lembrar que a Lei de Mediação prevê, em caso de acordo antes da citação do réu, dispensa das custas judiciais finais (art. 29).

§ 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 a seguinte.

O dispositivo assegura um intervalo mínimo entre as audiências de conciliação ou mediação, sem dúvida insuficiente para a realização de uma verdadeira sessão, mas que poderá ser utilizado ao menos para a primeira etapa do processo: a informação pelo terceiro facilitador sobre os métodos alternativos, prevista no art. 2º, I, do Anexo III da Resolução nº 125 (ver comentário ao art. 166, § 4º). Oportuno lembrar que, pelo § 2º deste artigo, poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação (ver comentário *supra*), de modo que, se as partes concordarem com a utilização dos métodos consensuais, outras sessões serão designadas. O dispositivo em comento também indica que as pautas de audiências de conciliação/mediação terão organização distinta das demais audiências.

4 Conclusões

Espera-se que o novo CPC contribua de maneira decisiva para a necessária mudança de cultura, implantando uma nova mentalidade, capaz de realçar as vantagens – conforme o tipo de conflito – da solução consensual sobre a adjudicada, de modo a assegurar a mais ampla pacificação possível, juntamente com uma nova modalidade de acesso à justiça, mais econômica em tempo e custos. E a Lei de Mediação reforça essa expectativa.