

O MINISSISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA CONSENSUAL: COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Ada Pellegrini Grinover

*Professora titular de direito processual penal da Universidade de São Paulo
Professora do Curso de Mestrado e Doutorado da USP e do Curso de Mestrado da
FDV. Coordenadora dos Cursos Pós-graduação - lato sensu - da Rede LFG (cursos
pela TV on line e pela Internet). Diretora dos Cursos de Extensão da Escola Paulista
de Direito. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Vice-Presidente
da International Association of Procedural Law e do Instituto Iberoamericano de
Derecho Procesal. Doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão, Itália*

SUMÁRIO: 1 Os marcos regulatórios dos métodos consensuais; 2 Origens e evolução dos meios ditos “alternativos” de solução de conflitos; 3 Heterocomposição e autocomposição; 4 A justiça conciliativa; 5 Os fundamentos da justiça conciliativa; 6 Conflitos adequados à solução pela Justiça conciliativa; 7 Os principais métodos consensuais de solução de conflitos; 8 Críticas à Justiça conciliativa; 9 A trabalhosa harmonização dos Projetos de Lei de Mediação com o NCPC e a Resolução n. 125; 10 Descrição do minissistema brasileiro: a aplicação integrada das principais disposições do novo CPC e da Lei de Mediação, à luz da Resolução; 11 Novo requisito para a atuação do mediador estabelecido pela Lei de Mediação; 12 Impedimentos do terceiro facilitador. Uma revogação e uma infeliz integração; 13 A grande novidade do CPC de 2015: a audiência prévia e exclusiva dedicada à tentativa de conciliação/mediação; 14 Conclusões.

1 OS MARCOS REGULATÓRIOS DOS MÉTODOS CONSENSUAIS

Os marcos regulatórios que regem hoje os métodos consensuais no Brasil são três: a) a Resolução n. 125/2001 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 e b) os novos dispositivos do CPC; c) as normas sucessivamente promulgadas da Lei de Mediação (Lei n.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 ou da Resolução 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, bem como da prevalência da lei na hierarquia dos atos normativos). Apesar disto, pode-se falar hoje de *um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos*, formado pela Resolução n. 125, pelo CPC de 2015 e pela lei de mediação, naquilo em que não conflitam.

Objetivo deste estudo é apontar as compatibilidades e incompatibilidades dos princípios e regras dos três instrumentos normativos para indicar as principais normas que se complementam e quais as que foram revogadas.

2 ORIGENS E EVOLUÇÃO DOS MEIOS DITOS “ALTERNATIVOS” DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

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 hoje ditos alternativos de solução de conflitos precederam, historicamente, a jurisdição estatal. Só mais tarde, quando o Estado assumiu todo seu poder (ou potestã, 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.

3 HETEROCOMPOSIÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO

Como é sabido, na heterocomposição a decisão do litígio é atribuída a pessoa, que pode ser o juiz estatal, ou órgão ou pessoa neutra e imparcial, estranha ao Poder Judiciário. Neste último caso, trata-se da *arbitragem*, de que se encarregam outro artigo do Código (ver art. 3º, § 1º) e as Leis de Arbitragem). 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*).

4 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, inc. XXXV da Constituição brasileira, (“A lei não retirará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) 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 n. 125/2001 do Conselho Nacional de Justiça.

5 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, no processo estatal, bem como na ação de nulidade do laudo arbitral ou na resistência ao cumprimento da sentença ou do laudo. 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. A arbitragem atenua esse defeito. 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.

6 CONFLITOS ADEQUADOS À SOLUÇÃO PELA JUSTIÇA CONCILIATIVA

Em primeiro lugar, como o próprio Código e a Lei de Mediação se encarregam de afirmar, só os conflitos transacionáveis podem ser submetidos à Justiça conciliativa. Observe-se que as leis evitaram utilizar a expressão “direitos disponíveis”, utilizada nas Leis de Arbitragem, pois mesmos quando o direito é indisponível é possível transacionar sobre o modo, a forma, o prazo para o cumprimento da obrigação. 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 suplantar o processo estatal. É oportuno lembrar a palavra profética de Mauro Cappelletti: a justiça conciliativa é a mais adequada para as relações co-existenciais.

7 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 no Brasil são a *negociação*, a *conciliação* e a *mediação*.

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, no Brasil, 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 encontrada 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 em vigor, na Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais), na Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio).

A *mediação*, por sua vez, é conceituada, no Brasil, 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 e pelo Novo Código de Processo Civil (art.165, §§ 2º e 3º) 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 melhor 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 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 a seu prosseguimento ou para encurtá-lo).

8 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.

9 A TRABALHOSA HARMONIZAÇÃO DOS PROJETOS DE LEI DE MEDIAÇÃO COM O NCPC E A RESOLUÇÃO N. 125

O CPC de 2015, que se harmoniza perfeitamente com a Resolução n. 125, foi aprovado e promulgado. Mas dois projetos de lei, sobre a mediação, corriam por fora e se encontravam na Câmara revisora, destoando completamente da Resolução e do Código. A história dos dois anteprojetos é curiosa, mas vale salientar que inicialmente o que se

pretendia era apenas regular a mediação comercial, de modo que seus autores só falaram em mediação – e não em conciliação – porque seria muito difícil verter para o inglês o termo conciliação. *Mediation* era palavra mais palatável (sic). Ministério da Justiça e Superior Tribunal de Justiça trabalharam em separado, até que os dois Projetos, no Parlamento, foram fundidos em um único Substitutivo, e nasceu o ...Frankenstein. Na iminência de ser aprovado (pela mesma Câmara dos Deputados que havia aprovado o NCPC), levantaram-se as vozes da comunidade jurídica e das instituições especializadas e foi possível obter o compromisso de redação de um Substitutivo, que os harmonizasse. Mas alguma coisa escapou. Seja como for, a Lei de Mediação finalmente aprovada – depois do Código – e que terá uma *vacatio legis* mais curta – é uma lei que trata parcialmente da matéria. De modo que será complementada pelo NCPC, no que não for incompatível, mas, por ser posterior e específica, revogará o NCPC no que o for.

10 DESCRIÇÃO DO MINISSISTEMA BRASILEIRO: A APLICAÇÃO INTEGRADA DAS PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES DO NOVO CPC E DA LEI DE MEDIAÇÃO, À LUZ DA RESOLUÇÃO

O novo Código investe muito nos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação judiciais), 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. Por outro lado determina aos Tribunais a obrigação de criarem 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 (art. 165). O comando, reproduzido pela Lei de Mediação e oriundo da Resolução n. 125, possibilitou a criação de numerosos Cejuscs, já instalados e plenamente operativos (mais de 150 só no Estado de São Paulo). Sua composição e organização, às quais o NCPC se reporta como atribuição do CNJ (art.163, § 1º), , já foram definidas por este. Conseguiu-se manter a Lei de Mediação na mesma linha.

Destacamos, dentre outros, alguns institutos que também se complementam: a necessidade de capacitação do terceiro facilitador pelos tribunais ou instituições credenciadas, devendo o CNJ estabelecer apenas os parâmetros mínimos curriculares; os cadastros para inscrição dos

conciliadores/mediadores judiciais; seu enquadramento entre os auxiliares de justiça (NCPC, art. 149); os princípios que devem informar sua atuação, complementados pelo Código de Ética anexo à Resolução; mesmo assegurando o respeito à autonomia da vontade dos interessados, inclusive na definição de regras procedimentais, a existência de certos princípios que devem ser observados no procedimento, conforme especificado no novo CPC, reproduzido pela Lei de Mediação e detalhado na Resolução (independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada); as etapas para o bom desenvolvimento do procedimento descritas na Resolução; o acréscimo de previsão da lavratura de um termo inicial e de um termo final do procedimento pela Lei de Mediação; a livre escolha de comum acordo, do conciliador/mediador, mesmo que não cadastrado no tribunal e, não havendo acordo, a distribuição entre os cadastrados, observada a respectiva formação (art. 168 NCPC e art. 4º LM); a possibilidade de Câmaras Privadas de Mediação, a que se refere o art. a previsão da comediação, segundo o NCPC, sempre que recomendável (art. 168 § 2º), mas só com o consentimento das partes, pela LM (art.15); a disciplina dos dados dos conciliadores/mediadores a serem incluídos no cadastro, só pelo NCPC (art. 168 § 3º), integrando as disposições da LM; a previsão de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, com a possibilidade de sua inscrição no Cadastro, mediante uma contrapartida (art. 167, caput e art. 169, § 2º, do NCPC); a previsão de remuneração do trabalho do conciliador/mediador, salvo se integrar quadro próprio de funcionários públicos, permitido pelo art.167, 6º do NCPC, e salvo os casos de assistência aos necessitados, remuneração esta a ser fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, segundo a LM (art.13 c/c art.4º, §2º), preenchendo a omissão do NCPC, que não dava esse encargo às partes, mas omitindo a referência a parâmetros fixados pelo CNJ art. 167, § 6º do NCPC); a possibilidade de atuação voluntária, nos termos da lei e segundo regulamentação do tribunal (art. 169, §1º, do NCPC); as sanções aplicáveis aos conciliadores/mediadores, com algumas pequenas variações do NCPC (art. 173) que prevê para tanto a necessidade de processo administrativo, integrando a disciplina da LM e da Resolução. Finalmente, a LM trata de forma mais completa da mediação envolvendo o Poder Público (arts. 32/40) suplementando o tratamento do Código (art. 174).

11 NOVO REQUISITO PARA A ATUAÇÃO DO MEDIADOR ESTABELECIDO PELA LEI DE MEDIAÇÃO

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. A dúvida é saber se esse requisito também se aplica aos conciliadores judiciais, pois a LM só trata de mediação. Somos pela restrição, até porque a atuação do mediador e do conciliador são distintas, conforme apontado pelo novo CPC, sendo a tarefa do conciliador mais simples e imediata. As situações são diversas e não parece caber aqui a aplicação analógica.

12 IMPEDIMENTOS DO TERCEIRO FACILITADOR

Uma revogação e uma infeliz integração. A revogação diz respeito ao prazo de dois anos de duração do impedimento do conciliador e mediador, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (art. 7º do Código de Ética anexo à Resolução n. 125). O art. 6º da LM e o art. 172 do NCPC reduzem o prazo de impedimento a um ano, prevalecendo.

A infeliz integração ao minissistema é representada pelo § 5º do art. 167 do NCPC: 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 de CPC 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 exercesse 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 – que tem nível de lei complementar – 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. Mas evidentemente essa posição não se coaduna com a técnica de integração que defendemos.

13 A GRANDE NOVIDADE DO CPC DE 2015: A AUDIÊNCIA PRÉVIA E EXCLUSIVA DEDICADA À TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO

Deixamos propositamente para o final a análise de uma profunda inovação do CPC de 2015 em relação ao regime anterior: a instituição de uma audiência prévia, anterior à contestação, destinada exclusivamente à tentativa de conciliação/mediação, conduzida por terceiros facilitadores devidamente capacitados.

Diversas foram as tentativas do legislador brasileiro no sentido de incentivar a conciliação judicial no processo. Tomando como marco inicial a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/03/84), verificou-se que os êxitos colhidos em vários Estados da federação com essa experiência inovadora foram reconhecidos pela Assembléia Constituinte, que a consagrou em dois dispositivos da Constituição de 1988 (arts. 24, n. X, e 98, n. I).

Com base no inciso I do artigo 98 da Constituição foi promulgada, em setembro de 1995, a Lei n. 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Na parte cível, a Lei n. 9.099 acolheu, com pequenas modificações e acréscimos, as idéias contidas na Lei n. 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 n. 125/2011, 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 idéia 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 são 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 1974, 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 reformulada pela Lei n. 8.952, de 13.12.94) instituiu, pela Lei n. 10.444, de 7.8.2002, 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). 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).

Em relação ao procedimento sumário, o CPC 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 Andrichi. E, com a extinção do procedimento sumário, pelo novo CPC, nada restou do dispositivo.

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.

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 (art. 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, mas teria 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/mediação judiciais também são regidas pela Resolução n. 125 do CNJ e pela Lei de Mediação (Lei n. 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. O juiz não poderá limitar-se a perguntar se há possibilidade de acordo mas deverá atuar segundo as disposições da Resolução n. 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, como visto, o dever de confidencialidade. 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, 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 idéia de que, mesmo a parte que não concorda em tese com a tentativa de autocomposição, poderá ser levado a aceitá-la quando tiver contato efetivo com os métodos consensuais e for informado sobre suas técnicas e benefícios pelo terceiro facilitador.

Vem aqui a pelo um esclarecimento importante da Lei de Mediação: ninguém pode ser obrigado a permanecer em procedimento de mediação (art. 2, par.2). 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.3, Par.1).

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. 3), o que dá na mesma. Mas, com relação aos direitos indisponíveis, transigíveis, exige oitiva do Ministério Público e homologação pelo juiz (par.2). 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 (art. 113 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 n. 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 n. 125 e nas leis.

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).

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 n. 125. 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 distintas das demais audiências.

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 (art. 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/mediação judiciais também são regidas pela Resolução n. 125 do CNJ e pela Lei de Mediação (Lei n. 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 art. 165/175. O juiz não poderá limitar-se a perguntar se há possibilidade de acordo mas deverá atuar segundo as disposições da Resolução n. 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 distinção 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 idéia de que, mesmo a parte que não concorda em tese com a tentativa de autocomposição, poderá ser levado a aceitá-la quando tiver contato efetivo com os métodos consensuais e for informado sobre suas técnicas e benefícios pelo terceiro facilitador.

Vem aqui a pelo um esclarecimento importante da Lei de Mediação: ninguém pode ser obrigado a permanecer em procedimento de mediação (art. 2, par.2). 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.3, Par. 1).

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. 3), o que dá na mesma. Mas, com relação aos direitos indisponíveis, transigíveis, exige oitiva do Ministério Público e homologação pelo juiz (par.2). 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 (art. 113 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 n. 11.900/2009 introduziu a possibilidade de interrogatório por videoconferência do réu preso, mas a prática também tem sido adotada também 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-as 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 n. 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 n. 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 distintas das demais audiências.

13 CONCLUSÕES

A aplicação integrada de três diplomas normativos (Resolução n. 125, CPC de 2015 e Lei de Mediação) não será muito fácil para os operadores do direito. Mas não vemos outra solução, em face da existência de um instrumento administrativo histórico, que instituiu uma política pública, de um tratamento completo da conciliação/mediação judiciais por um Código e de uma Lei parcial posterior e específica, que, aliás, chama de mediação o que – segundo os critérios do art. 165 e parágrafos do NCPC – seria uma conciliação. O estrago poderia ter sido maior, mas melhor fora que a Lei de Mediação cuidasse apenas da mediação extrajudicial, incluindo a que envolve órgãos públicos, deixando a judicial para a sede correta, constituída pelo novo CPC.