RODRIGO ELIAN SANCHEZ

A audiência prévia de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC/2015

Dissertação de Mestrado
Prof. Titular José Rogério Cruz e Tucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020

RODRIGO ELIAN SANCHEZ

A audiência prévia de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC/2015

Dissertação à Banca Examinadora do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração do Direito Processual, sob a orientação do Prof. Titular José Rogério Cruz e Tucci.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Elian Sanchez, Rodrigo
A audiência prévia de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC/2015 ; Rodrigo Elian Sanchez ; orientador José Rogério Cruz e Tucci -- São Paulo, 2020.
135
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015. 2. Audiência de Mediação e Conciliação. 3. Justiça Multiportas. 4. Meios Adequados de Resolução de Conflitos.. I. Cruz e Tucci, José Rogério, orient. II. Título.

Nome: SANCHEZ, Rodrigo Elian
Título: **A audiência prévia de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC/2015**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____
Julgamento:_____Assinatura:_____

Dedico este trabalho aos meus avós Elmasia e Licínio Miguel, aos meus pais Sandra e Horacio, à minha esposa Paula e ao pequeno Rodrigo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a José Rogério Cruz e Tucci, orientador inestimável, pela confiança, acuradas observações e alertas.

A Fábio Tabosa, meu professor da pós-graduação, pela disponibilidade e interesse em ouvir e provocar importantes reflexões, durante e após o exame de qualificação.

Igualmente, à Suzana Henriques da Costa, não somente por provocar reflexão acerca de importantes ajustes, no exame de qualificação, como professora da pós-graduação, ao incentivar seus alunos a novas reflexões sobre o sistema de Justiça.

Não poderia esquecer de Cláudia Malinverni, pela primeira leitura e valiosas percepções externadas.

SANCHEZ, Rodrigo Elian. **A audiência prévia de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC/2015**. 2020. 135 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 reforçou a importância da autocomposição e introduziu um novo paradigma no sistema processual, com a pretensão de retirar ênfase "exagerada" dada ao sistema adversarial fundado na heterocomposição. Tal mudança de mentalidade é visível na regra contida no art. 334 de referido diploma legal, pela qual se introduziu fase prévia de tentativa de autocomposição. Com tão pouco tempo de vigência, porém, diversas dúvidas pairam sobre a interpretação e a aplicação dessa regra, não só em razão do ineditismo de fase prévia de tentativa de autocomposição, mas também por guardar conflito com outra norma recentemente introduzida no sistema pátrio, o art. 27 da Lei da Mediação. O presente trabalho analisa tais conflitos normativos, bem como os principais aspectos acerca dessa nova fase processual: seu funcionamento, seus prazos, sua forma de realização, condutas permitidas e vedadas às partes. Tal análise, ao mesmo tempo em que se pauta por olhar acadêmico e doutrinário, coteja a prática forense, trazendo como exemplos as manifestações judiciais sobre questões controvertidas. A análise crítica da regra da obrigatoriedade da realização da fase prévia autocompositiva e a ausência de triagem dos processos que são direcionados são abordadas na perspectiva do desenvolvimento de sistema judicial équo.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015. Audiência de Mediação e Conciliação. Justiça Multiportas. Meios Adequados de Resolução de Conflitos.

SANCHEZ, Rodrigo Elian. **The prior hearing of conciliation and mediation of article 334 of the 2015 Code of Civil Procedure**. 2020. 135 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

Brazil's 2015 Code of Civil Procedure stresses the importance of self-resolution of conflicts and introduces a new paradigm in our procedural system with aims to removing the "excessive" emphasis on the adversarial system, grounded in third-party mediation. Such mindset shift is clear in the rule contained in art. 334 of said legal device, which introduced a prior phase for an attempt at self-resolution. With so little time in force, however, many doubts still remain regarding the interpretation and applicability of this rule, not only due to the novelty of the prior phase for an attempt at self-resolution, but also because it conflicts with another rule recently introduced into our nation's system, art. 27 of the Mediation Act. This work analyzes such ruling conflicts, as well as the main aspects surrounding this new procedural phase: its functioning, periods, methods, and acts that the parties are allowed to and forbidden from taking. Such analysis, while performed from an academic and doctrine standpoint, involves the forensic practice, bringing as examples the statements of the courts on controversial matters. A critical analysis of the rule of required conduction of a prior self-resolution phase and the lack of some screening for the proceedings presented is performed from the standpoint of the development of an equitable justice system.

KEYWORDS: Article 334 of the 2015 Code of Civil Procedure; Mediation and settlement hearing; Multi-door courthouse system; Appropriate Dispute Resolution.

SANCHEZ, Rodrigo Elian. **La audizione precedente di conciliazione e mediazione dell'articolo 334 del Codice di Procedura Civile del 2015**. 2020. 135 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RIASSUNTO

Il Codice di Procedura Civile del 2015 ha rafforzato l'importanza dell'autocomposizione e ha introdotto nuovo paradigma al sistema processuale con l'intento di togliere enfasi "esagerata" data al sistema avversariale fondato nell'eterocomposizione. Tale cambiamento di mentalità è visibile nella regola contenuta nell'art. 334 di riferito diploma legale, per la quale si è introdotta fase preventiva di tentativo di autocomposizione. Con così poco tempo di vigenza, però, vi sono diversi dubbi sull'interpretazione e applicazione di questa regola, non solo in ragione dell'inedicità di fase preventiva di tentativo di autocomposizione, ma anche per aver conflitto con altra normativa introdotta di recente nel sistema patrio, l'art. 27 della Legge di Mediazione. Il presente lavoro analizza tali conflitti normativi, così come i principali aspetti di questa nuova fase processuale: il suo funzionamento, i suoi termini, il suo modo di realizzazione, le condotte consentite e vietate alle parti. Detta analisi, allo stesso tempo in cui si basa su sguardo accademico e dottrinario, si relaziona con la pratica forense, portando come esempi le manifestazioni giudiziali su questioni controverse. L'analisi critica della regola dell'obbligatorietà della realizzazione della fase preventiva autocompositiva e l'assenza di separazione dei processi che sono direzionati sono affrontate nella prospettiva dello sviluppo di un sistema giudiziale equo.

PAROLE-CHIAVI: Articolo 334 del Codice di Procedura Civile del 2015; Audizione di mediazione e conciliazione; Giustizia multi-porte; Mezzi adeguati di risoluzione di conflitti.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO REVIGORAMENTO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: CRISE DA JUSTIÇA 14

3. HISTÓRICO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL 19

3.1 CONCILIAÇÃO 19
3.2 MEDIAÇÃO 25

4. QUAL A DIFERENÇA ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO? 29

4.1 DISTINÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DOS CONFLITOS E ENCAMINHAMENTO À TÉCNICA AUTOCOMPOSITIVA MAIS APROPRIADA. 34

5. A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO E O CONFLITO NORMATIVO ENTRE O CPC/2015 E A LEI DA MEDIAÇÃO 39

5.1 CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL E MEDIADOR JUDICIAL 50
5.2 POSSIBILIDADE DE AS PARTES ESCOLHEREM O CONCILIADOR OU MEDIADOR OU ATÉ CÂMARA PRIVADA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO 52

6 TEORIA E PRÁTICA 56

6.1 FORMA 56
6.2 PRAZOS DE DESIGNAÇÃO E INTIMAÇÃO DO RÉU 57
6.3 NECESSIDADE DA PRESENÇA DA PARTE SEU ADVOGADO NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO 58
6.4 SANÇÕES E NÃO COMPARECIMENTO 62
6.5. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO 63
6.5.1. O MAGISTRADO PODERÁ SE RECUSAR A HOMOLOGAR A AUTOCOMPOSIÇÃO?..65
6.5.2. POSSIBILIDADE DE O ACORDO A SER HOMOLOGADO ULTRAPASSAR OS LIMITES DA LIDE 65
6.6. PRAZO PARA O RÉU MANIFESTAR DESINTERESSE NA TENTATIVA PRÉVIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO E EVENTUAIS ABUSOS 68
6.7. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA CONTESTAR 75
6.7.1. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA CONTESTAR QUANDO HOUVER LITISCONSÓRCIO PASSIVO 77
6.7.2. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA CONTESTAR, QUANDO HOUVER LITISCONSÓRCIO PASSIVO E O AUTOR DESISTIR DA AÇÃO EM RELAÇÃO A RÉU AINDA NÃO CITADO 81
6.8. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA 81

7 CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS 86

7.1 NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO PARA PROFISSIONALIZAÇÃO DA CARREIRA 86
7.2 VEDAÇÃO AOS ADVOGADOS QUE EXERCEM FUNÇÃO DE MEDIADOR OU CONCILIADOR 89

8 OBRIGATORIEDADE 91

8.1. OBRIGATORIEDADE NOS EUA, INGLATERRA, ESPANHA, ARGENTINA E ITÁLIA..... 92
8.2 CRÍTICAS À REGRA DA OBRIGATORIEDADE 97
8.3 OBRIGATORIEDADE NO DIA A DIA FORENSE 99

9. ADEQUAÇÃO DO USO DE MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS EM LITÍGIOS EM QUE EXISTA GRANDE DISPARIDADE ENTRE AS PARTES 110

10 CONCLUSÃO 119

11. REFERÊNCIAS 126

1. INTRODUÇÃO

Em 2015 foi sancionada a Lei Federal n.° 13.105, que instituiu o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), concedendo grande ênfase à autocomposição. Dispõe, com efeito, o parágrafo 2º do artigo 3º que ao Estado caberá, sempre que possível, promover esforços para a solução consensual dos conflitos. O § 3° do mesmo artigo preceitua: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Nesse esforço de estimular a autocomposição, o artigo 334 do CPC/2015 introduziu uma nova regra no sistema jurídico nacional segundo a qual, se a petição inicial atender aos requisitos legais e não for caso de improcedência liminar do pedido, deverá ser designada audiência de *conciliação* ou de *mediação*. Essa audiência *é de obrigatória realização*, à exceção de duas situações: quando os litigantes (autor e réu), de forma expressa, manifestarem desinteresse e quando o objeto do litígio *não* admitir autocomposição[1].

A manifestação de desinteresse deve ser feita pelo autor já na petição inicial; pelo réu, por meio de petição apresentada até dez dias antes da data designada para a audiência (§ 5º do artigo 334, CPC/2015). Havendo litisconsórcio, é necessária a anuência de todos para a não realização da audiência.

Ademais, o § 8º desse mesmo artigo estabelece, ainda, que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação/mediação deve ser considerado ato atentatório à dignidade da Justiça e sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa. Implica dizer que a tentativa de conciliação/mediação *não* é condição prévia de ingresso em juízo, mas fase processual nos procedimentos civis.

A ênfase que o novo código deu à utilização de métodos de resolução alternativa de conflitos – ou, como prefere a nomenclatura utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça

[1] CRUZ e TUCCI, José Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças na audiência de conciliação. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 6 out. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-audiencia-conciliacao>. Acesso em: 2 ago. 2016.

(CNJ), "Resolução Apropriada de Disputas" (RADs)[2] – foi significativa e está expressa na obrigatoriedade de as partes passar por tal método antes da contenda "ir para as mãos" do magistrado.

Tais normas refletem o movimento que estabeleceu a autocomposição como instrumento prioritário para resolução de conflitos. Nele ganhou relevância a política pública de resolução apropriada de disputas, conduzida, preponderantemente, pelo CNJ, órgão público que visa a aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro.

É importante observar que a entrada em vigor do CPC/2015, em 18 de março de 2016, não dista muitos meses do início da vigência da Lei Federal n° 13.140. Denominada Lei da Mediação, ela entrou em vigência sete meses antes do Código Processual, antecipando a regulação da mediação no direito brasileiro. Em boa medida, porém, as normas contidas nessa lei contrapõem-se às do CPC/2015.

Considerando esse quadro, o objetivo deste trabalho é analisar de forma integral essa nova fase processual, seu funcionamento, seus prazos, sua forma de realização e condutas permitidas e vedadas às partes, debruçando-se sobre as incertezas que circundam tal norma legal em razão de citado conflito normativo.

Para tanto, apresentamos um breve histórico sobre os institutos da conciliação e mediação no Brasil, buscando compreender sua evolução ao longo do tempo e seu atual momento, marcado por inconteste valorização.

Neste trabalho, a conceituação desses institutos é objeto de detida atenção, de tal distinção é possível compreender as regras e critérios específicos, preconizados pela legislação para distinguir os conflitos que serão direcionados para cada um desses dois mecanismos de resolução de controvérsias.

Aspecto relevante da norma contida no art. 334 é o caráter obrigatório, pelo qual os litigantes têm de percorrer tal fase processual e, portanto, participar de prévia tentativa de autocomposição. Nesse ponto, analisamos não somente as exceções à obrigatoriedade como discutimos a pertinência de tal regra à luz de valores e princípios que foram estabelecidos no sistema autocompositivo inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015.

---

[2]Adotaremos a terminologia RADs seguindo a proposta do *Manual de mediação judicial do CNJ*: "Originalmente, a sigla RADs representava a sigla para 'Resolução Alternativa de Disputas', servindo como denominação conjunta dos métodos alternativos ao julgamento pelo Judiciário. Atualmente, tem se adotado, com mais frequência, a expressão Resolução 'Adequada' (ou mesmo 'Amigável') de Disputas para denotar uma escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa". In: AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. p 7.

Como ponto de reflexão comparada, trazemos exemplos da legislação de outros países.

Ainda, é objeto de reflexão a adequação da conciliação e mediação como método adequado de resolução para todos os conflitos que lhes são direcionados, de acordo com a regra do art. 334.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO REVIGORAMENTO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: CRISE DA JUSTIÇA

Para compreensão exata do atual contexto e do revigoramento da mediação e conciliação, inclusive com a imposição de sua obrigatoriedade, é importante analisarmos o contexto social e judicial e as razões que levaram o legislador a dar nova importância a tais mecanismos.

As dificuldades relacionadas à boa gestão do sistema judicial, considerando o aumento exponencial no número de ações distribuídas, ano a ano, e os reflexos negativos para a prestação de atividade jurisdicional adequada representam imenso desafio ao Poder Judiciário brasileiro. Tal desafio *não* é apenas nacional, mas pode ser verificado, com maior ou menor intensidade, na grande maioria dos países democráticos[3]. O crescimento das demandas judiciais tem como consequência o aumento do volume de trabalho e reflexos no tempo de julgamento dos processos, com prejuízos à eficiência[4]. Ao mesmo tempo, sobretudo nos países adeptos da *Common Law*, questões relativas ao custo e à complexidade do procedimento judicial têm sido objeto de intensa reflexão, com vistas a atenuar obstáculos de acesso à Justiça. Sob esse contexto, configura-se um cenário de morosidade dos sistemas judiciais, perda de eficiência e obstáculos de acesso apontados pela doutrina como fatores preponderantes para a crise da Justiça[5].

---

[3] De acordo com Adrian Zuckerman: *"There is a widespread perception that the administration of civil justice is failing to meet the needs of the community. This perception seems to persist across national and cultural frontiers. It is present in many different countries, both within the common law and civil law systems. Access to justice is so adversely affected by high litigation costs and long delays that in quite a few countries the courts no longer provide an adequate venue for seeking the protection of rights or for resolving disputes. It is no exaggeration to say that many systems of civil justice experience a crisis of some kind*". In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. The dimensions of civil justice. In: _____ (Ed.). **Civil justice in crisis**: comparative perspectives of civil procedure. 1. ed., reimpr. Oxford (UK): Oxford University Press, March 2003.

[4] Para C.H. van Rhee, o problema da demora no processamento das ações não é, porém, totalmente, novo: "*Civil procedure and delay were born together. This is, of course, due to the fact that no lawsuit can be decided fairly without at least some minimum period of time in between first presenting the case to a court and obtaining a final judgement. Manifestly this type of delay is not problematic. Delay becomes a problem, however, if it can be classified as 'undue delay', i.e., when it is felt that too much time has elapsed between the filing of an action and its ultimate decision by the court. Although it is difficult to establish what amount of time can be classified as 'too much time', and also because opinions as regards this issue may differ from country to country and from period to period, it is no secret that undue delay has been part of modern procedure from almost its conception. This becomes evident when one studies the history of the Romano-canonical procedure, the 'mother' of most procedures on the European Continent. Already at the beginning of the thirteenth century and thus at an early stage in the development of the Romano-canonical procedure, a summary procedure was framed in order to decide a designated group of cases more quickly than the ordinary procedure allowed (Clementina Saepe)"*. In: **The law's delay**: essays on undue delay in civil litigation. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia 2004. p. 1.

[5] ZUCKERMAN, op. cit., p. 3-52.

No caso brasileiro, um dos maiores entraves ao bom funcionamento do sistema judicial é o aumento do tempo de tramitação dos processos. Isso ocorre em razão do crescimento do volume de demandas, cuja velocidade é desproporcional ao número de juízes e estruturas judiciais.

Algumas das causas desse aumento de processos decorre do fato de que em sociedades mais complexas, com relações massificadas o aumento de conflitos aumenta, mas também que o desenvolvimento social leva a expansão de juridicidade, em que questões que antes não eram consideradas legítimas pela teoria existente, passaram a ser como por exemplo dano emocional, em razão do abandono afetivo de filhos pelos genitores ou casos de assédio sexual[6]. Outras questões como a difusão de educação, também, implicam que cada vez mais pessoas tenham conhecimento de seus direitos e, portanto, passem a reivindicá-los judicialmente.

No que se refere às relações massificadas, a ausência de instrumentos capazes de oferecer tratamento adequado aos conflitos repetitivos, implica que as ações individuais continuam sendo o instrumento para resolução de direitos homogêneos. Esse excesso de ações compromete a capacidade do sistema judicial de resolver os litígios.

É importante frisar que em nosso país a utilização do Poder Judiciário está concentrada nas classes mais favorecidas e, portanto, o crescimento do volume de demandas judiciais ocorre em contexto social e econômico marcado por desigualdades de oportunidades. Esse recorte de classe representa um paradoxo, uma vez que esse crescimento não representa ampliação do acesso à justiça por todos os brasileiros. Muitos nem sequer têm informações suficientes para identificar a existência de um conflito (violação de seus direitos), tampouco de que maneira poderiam reivindicar eventual reparação ao ato lesivo[7]. Poucos usam **muito** o

---

[6] GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito,** Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

[7] FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. **Law & Society Review**, [S.L.], v. 15, n. 3/4, Special Issue, p. 631-654, 1981.

Poder Judiciário[8] (litigantes habituais, de acordo com a nomenclatura utilizada por Marc Galanter[9]), ao passo que uma maioria ainda utiliza pouco ou nem sequer o utiliza[10], conforme apontam relatórios do CNJ. Em 2012, 40% do total de processos em trâmite no sistema judicial pátrio eram execuções fiscais[11].

Na opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso[12], tornou-se cômodo e interessante para os clientes habituais do Judiciário (v.g., poder público, empresas de seguro-saúde, entidades de crédito ao consumidor, administradoras de cartões de crédito e empresas de telefonia) deixar que as pendências se judicializem e permaneçam *sub judice* o maior tempo possível. Essa estratégia dispensa tais litigantes de investir em recursos humanos e materiais na organização de serviços de atendimento ao público, que, bem manejados, preveniriam pendências e resolveriam aquelas já instaladas.

Considerando que o aumento exponencial de demandas judiciais é uma das principais causas de aumento da morosidade, diversas medidas têm sido apontadas como necessárias. Porém, ao ser afetado pelo crescimento no volume de ações ajuizadas, o Judiciário vem protagonizando medidas que buscam a redução do volume de demandas e recursos (filtro processuais ou pré-processuais), ofertando ao jurisdicionado outros mecanismos de solução de

---

[8] Em levantamento do CNJ, publicado em 2012, na Justiça Estadual "[...] os bancos e o setor público (municipal, estadual e federal), assim como observado anteriormente no consolidado das três justiças, apresentaram o maior percentual de processos novos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 da Justiça Estadual de 1º Grau, com aproximadamente 34,4% do total de processos (...). O setor bancário e o setor público municipal apresentaram os maiores percentuais de processos, com aproximadamente 12,4% do total de processos ingressados no período cada. Quando são observados apenas os Juizados Especiais, os bancos e o setor de telefonia figuram como os setores mais litigantes da Justiça Estadual, com, respectivamente, 14,7% e 8,3% do total de processos ingressados no período (...). Além disso, 99,89% do total de processos novos dos 100 maiores litigantes desta Justiça constam como pólo passivo nos Juizados Especiais". In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes 2012**. Brasília: CNJ, 2012. p. 11. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2018.

[9] GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

[10] "Destaca-se que, de acordo com o IPEA, dos brasileiros que acreditam ter tido um direito subjetivo lesado em 2009, 63% não procuraram o Judiciário. Na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2009 (PNAD), no suplemento de Justiça, das pessoas entrevistadas que tiveram situação de conflito entre 2004 e 2009, 30,8% não procuraram o Poder Judiciário". In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. Brasília: jul. 2011. p. 19 e 20. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2018.

[11] COSTA, Susana Henriques da. STF e os filtros ao acesso à Justiça: gestão processual ou vantagem ao grande litigante? **Estadão**, [s.l.], 18 set. 2014. Disponível em < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17445/STF_e_os_filtros_ao_acesso_%c3%a0_Justi%c3%a7a_gest%c3%a3o_processual_ou_vantagem_ao_grande_litigante.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em: 8 nov. 2018.

[12] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

disputas que não o processo judicial adjudicatório, principalmente os consensuais, como a conciliação e a mediação.

Não obstante, e como alerta Maria Cecilia de Araújo Asperti[13], a utilização de outros meios de solução de disputas, como substituto ou de forma preferencial em relação à função decisória exercida mediante a adjudicação judicial, deve ser vista com cautela. Nos Estados Unidos, conforme descreve Marc Galanter, ocorreu imenso aumento no uso das "Resoluções Apropriadas de Disputas" (RADs), com grande decréscimo no número de julgamentos, de modo que o "[...] meio alternativo de resolução de controvérsias [...]" passou a ser o mecanismo preponderante e a função decisória, exercida por meio da adjudicação judicial, relegada a segundo plano[14].

Também é relevante destacar que o fortalecimento das RADs não pode ter como único desejo desafogar o sistema judiciário da pletora de demandas, mas sim de servir como mecanismo mais adequado para a resolução de alguns tipos de conflitos.

Assim como o Estado, o Poder Judiciário não é agente neutro, mas traz interesses próprios que não necessariamente coincidem com os do processo équo e da ordem jurídica justa. Nessa perspectiva, devemos ter em conta que, para os gestores desse poder, inundado por milhões de processos, talvez o principal objetivo seja o aprimoramento da eficiência do sistema, com a diminuição de feitos, e não a salvaguarda de direitos, com a correta e adequada tutela do direito material.

A preocupação com os interesses do próprio Poder Judiciário, ao incentivar os meios autocompositivos, foi apurada em recente pesquisa encomendada pelo CNJ. Muitos dos entrevistados mencionaram certa precaução em relação aos acordos, por perceberem que o objetivo principal do uso desses meios seria desafogar o judiciário, e não verdadeiros ganhos sociais[15].

---

[13] ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

[14] GALANTER, Marc. The hundred-year decline of trials and the thirty years war. **Stanford Law Review**, [s.l.], v. 57, n. 5, p. 1255-1274, 2005.

[15] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: 2019. p. 180. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

Ainda segundo Asperti[16], se o incentivo à utilização da conciliação, da mediação e de outros mecanismos "alternativos" de solução de disputas for pautado somente por metas quantitativas, com vistas unicamente à redução do acervo de processos e do ingresso de processos judiciais (filtros), sem maiores preocupações com a qualidade do procedimento e de seus resultados, o Judiciário estará de fato privilegiando uma Justiça de segunda classe. E, com isso, abdicando de seu dever de prestação jurisdicional e de viabilização efetiva do acesso à Justiça.

É nesse contexto de uma imensa crise no funcionamento da Justiça que os meios autocompositivos foram revigorados. Contemporaneamente eles são vistos, por parte dos agentes sociais, como alternativa à solução adjudicada e como instrumento para a superação da crise da Justiça, e não como porta de entrada para o ingresso de novas disputas (litigiosidade contida) ou de conflitos outrora não reconhecidos como disputas passíveis de postulação por quaisquer vias[17].

Visões antagônicas sobre a adequação dos litigantes à busca da autocomposição prévia têm se revelado. Enquanto críticas são endereçadas à utilização maciça das RADs, de outro lado vozes autorizadas também destacam que a introdução de tentativa prévia de autocomposição visa a estimular a "cultura da paz[18]", ou seja, uma mudança de mentalidade demandista.[19,20]

---

[16] ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

[17] ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

[18] Para Kazuo Watanabe, existe um excesso de judicialização dos conflitos, o que pode ser explicado pela grande quantidade de advogados que entram todos os anos no mercado de trabalho. A judicialização seria necessária para manter esse mercado em funcionamento. Mas outra justificativa para o grande número de processos, é cultural: "As faculdades de Direito ensinam a litigar, mas não a conciliar, mediar e negociar. É preciso mudar a mentalidade dos bancos da universidade para o advogado entrar no mercado de trabalho preparado para a conciliação. O próprio jurisdicionado não tem essa cultura, que deve ser ensinada desde o ensino fundamental. Vivemos em uma cultura tensa. Temos que aprender a viver na cultura da paz". TRT9: Kazuo Watanabe defende mais conciliações pré-processuais. In: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO – PARANÁ. **Jurista defende mais conciliações pré-processuais**. [s.l.], 25 out. 2013. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/noticias.xhtml?id=3422296>. Acesso em: 2 nov. 2019.

[19] Nesse sentido, o então ministro Cezar Peluso observou: "Pesquisas recentes e confiáveis mostram que 43% dos brasileiros, ao sentirem seus direitos desrespeitados, procuram soluções por conta própria. Só 10% vão diretamente à Justiça. Os outros dividem-se na busca de mediação de advogados, no recurso à polícia, na renúncia ao interesse e, pasmem, até no uso da força. É verdade que, entre os que recorrem ao Judiciário, 46% se declaram satisfeitos e apenas 23%, inconformados. Mas está claro que isso não pode consolar-nos. Ora, as rápidas transformações por que vem passando, sobretudo nas últimas décadas, a sociedade brasileira, têm agravado esse quadro lastimável, em virtude da simultânea e natural expansão da conflitualidade de interesses que, desaguando no Poder Judiciário, o confronta com sobrecarga insuportável de processos, em todas as latitudes do seu aparato burocrático". PELUSO, Antonio Cesar. **Discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

3 HISTÓRICO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL

3.1 CONCILIAÇÃO

A conciliação como técnica de resolução de conflitos é conhecida no Brasil e prevista na legislação desde o período colonial. Na legislação portuguesa, era prevista especialmente nas *Ordenações Afonsinas* (L. 3 tit. 20 § 5) e também nas *Ordenações Manuelinas*. Tal instituto foi revigorado nas *Ordenações Filipinas* (L. 3. tit. 20 § 1), tendo permanecido em vigor no país em matéria civil até 1916.

O texto contido no L. 3. tit. 20 § 1 das *Ordenações Filipinas* é emblemático:

> E no começo da demanda dirá o Juiz à ambas as partes, que antes que façam despezas, e se sigam entre elles os odios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes à concordia, não he de necessidade, mas sómente de honestidade nos casos, em que o bem podérem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem taes, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar.

É importante notar que, nessa época, a audiência de conciliação *não* era obrigatória nem necessária, mas apenas recomendável que os juízes a estimulassem como "dever de honestidade".

Com o advento da Constituição Política do Império do Brasil, em 1824, e a previsão contida em seu artigo 161, o cenário mudou. O instituto passou a ser condição para propositura de processo judicial, com comprovação, pré-processual, de tentativa de conciliação: "Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum".

A função de conciliar cabia aos juízes de paz, como explicita o art. 162: "[...] serão electivos pelo mesmo tempo e maneira, que se elegem os vereadores das câmaras. Suas attribuições e districtos serão reguladas por ley".

---

[20] Igualmente, Rodolfo de Camargo Mancuso pontua: "Uma questão premonitória, quando se trata da crise judiciária brasileira — mas que não tem sido suficientemente elaborada — consiste nisso que, desde o último quartel do século passado até esta parte, as sucessivas intervenções pontuais na lei processual têm se pautado pelo propósito de diminuir a qualquer custo a crescente crise numérica de processos, não se notando, porém, igual empenho na identificação do problema onde ele começa, a saber, na cultura demandista, insuflada pelo expandido vezo de se levar à justiça todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito". In: **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 169.

A regra de colocar a tentativa pré-processual de autocomposição como condição de acesso aos tribunais foi inspirada no código do processo civil francês, especificamente em seu art. 48 e seguintes[21]. Ao proibir que se iniciasse qualquer processo sem que se houvesse tentado a conciliação das partes, esse ordenamento propugnava a nulidade absoluta dos processos tramitados com tal "vício".

Na Consolidação das Leis do Processo Civil de 1876[22] encontramos, entre os comentários do Conselheiro Ribas, as seguintes afirmações:

> Entretanto, cumpre-nos aceitar a solução afirmativa de Berriat St. Prix; maximé atendendo-se a que, entre nós, a necessidade da conciliação não é uma disposição da lei do processo, mas um preceito constitucional. Na verdade, este preceito não é destinado a salvaguardar direitos dos litigantes; é sim inspirado por uma grande ideia de interesse público – a de evitar litígios e manter harmonia entre os cidadãos. Sendo a conciliação uma instituição de ordem pública, segue-se que a falta della importa; 1° Nullidade absoluta. 2° Que não pode ser suprida. 3° Nem renuncida; e, por tanto, deve ser julgada pelo Juiz, ainda quando não seja alegada pelas partes.[23]

No primeiro diploma processual civil brasileiro – o Regulamento n° 737, de 1850 (antes restrito às causas comerciais, cuja aplicação foi ampliada, posteriormente, às causas

---

21 A verdade é que, no final do século XIX, não era uma singularidade brasileira, mas sim uma verdadeira "onda" o ideal privatista e liberal, que tinha como seu exemplo mais acabado o *Code de Procédure* francês. Ele influenciou, entre outros, o código de processo civil italiano, de 1865, bem como o ZPO (código de processo civil alemão), especialmente em seu texto original, de 1877. In: BENEDUZI, Renato Resende. **Introdução ao processo civil alemão**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 22-23.

22 Tendo em vista que o Regulamento 737/1850 fora projetado para regulamentar as relações mercantis, os procedimentos envolvendo questões de natureza civil continuavam a ser regulados pelo Livro III das *Ordenações Filipinas* e por legislações esparsas, sendo evidente a falta de sistematização. Visando à organização do conjunto de leis, em 1871 o governo imperial brasileiro incumbiu Antonio Joaquim Ribas de reunir e compilar todo o arcabouço legal existente no Brasil referente ao processo civil. Por meio de Resolução Imperial, de 28 de dezembro de 1876, concedeu-se força de lei à chamada Consolidação das Leis do Processo Civil. O que Ribas compilou (e reescreveu, de acordo seu entendimento próprio) é uma síntese de teses legislativas, trechos das Ordenações e leis extravagantes. A *Consolidação Ribas* teve vida curta, mas eis que, com a instauração da República, o Regulamento 737/1850 passou a ser aplicado também nas causas cíveis, mediante o Decreto nº 763, de 16 de setembro de 1890.

23 RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das leis do processo civil comentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas**. Rio de Janeiro: Dias da Silva Júnior, 1879. v. 1, p. 150.

cíveis, por conta do Decreto 763, de 1890) –, a tentativa pré-processual de conciliação foi mantida como condição para ingresso em juízo, conforme a regra contida em seu artigo 23.[24]

A conciliação manteve-se como requisito essencial do processo, implicando a sua ausência na nulidade, em razão de sanção cominada em seu art. 673: "São formulas e termos essenciaes do processo comercial: § 1º A conciliação (art. 23, título único)".

No decorrer do período monárquico e nos primórdios da República, a conciliação tinha caráter de juízo prévio. Seu exercício se realizava perante o juiz de paz, como pressuposto para o próprio exercício do direito à ação.

Juliana Demarchi[25] observa que a instância conciliatória era estabelecida pela reclamação do autor, que desencadeava a citação do réu para comparecimento à audiência já aprazada. Segundo a autora, ocorreram interessantes debates acerca do comparecimento obrigatório do réu, sob vara, e possível sanção à sua ausência. Por fim, decidiu-se interpretar a ausência do réu como indicativo de falta de interesse na conciliação. "O réu que não comparecesse à tentativa de conciliação, contudo, era considerado revel, e a revelia trazia como consequência a responsabilidade pelas custas da tentativa conciliatória.[26]"

Por outro lado, acrescenta Demarchi, se o réu comparecesse à sessão conciliatória mas o autor não, este responderia pelas custas, sem possibilidade de reembolso de tal despesa: "Nesse caso, o autor poderia promover novo pedido de citação para a conciliação, que ficava condicionado, contudo, ao pagamento das custas do pedido anterior"[27].

Quando ambas as partes compareciam à sessão conciliatória, era realizada uma exposição oral de suas razões, bem como apresentados documentos que poderiam ser analisados pelo juiz de paz. A ele competia informar às partes os custos e riscos da demanda, tentando persuadi-las à composição para evitar a via contenciosa.

---

[24] O artigo 23 tinha a seguinte redação: "Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntário das partes. Exceptuão-se: § 1. As causas procedentes de papeis de credito commerciais, que se acharem endossados. (Art. 23 do TitulounicoCodigo); § 2. As causas em que as partes não podem transigir (cit. Art. 23), como os Curadores fiscais dos fallidos durante o processo da declaração da quebra (Art. 838 Codigo), os administradores dos negociantes fallidos (Art. 856 Codigo), ou fallecidos (Art. 309 e 310 Codigo), os procuradores publicos, tutores, curadores e testamenteiro; § 3. Os actos de declaração da quebra (cit. Art. 23); §4 As causas arbitraes, as de simples oficio do Juiz, as execuções, comprehendidas as preferencias e embargos de terceiro: e em geral só he necessaria a conciliação para a ação principal, e não para as preparatorias ou incidentes. (Tit. 7° Codigo); Art. 24° Pode intentar-se a conciliação perante qualquer Juiz de Paz, onde o reo for encontrado, ainda que não seja a freguezia do seu domicilio".

[25] DEMARCHI, Juliana. **Mediação**: proposta de implementação no processo civil brasileiro. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

[26] Ibidem, p. 50.

[27] Ibidem, p. 50.

> Para esclarecer as partes e criar circunstâncias favoráveis à composição dos litígios, poderia haver a redesignação da tentativa conciliatória, tanto para as partes se consultarem com seus advogados ou pessoas que lhes pudessem auxiliar, como para possibilitar maior reflexão e possibilidade de persuasão ao acordo. Presentes as partes à sessão de conciliação, instaurados os debates e restando a causa conciliada, redigia-se o termo conciliatório, do qual era lavrada certidão pelo escrivão, subscrita pelo juiz de paz, e que valia como sentença.[28]

Não obstante, com o advento da República foi promulgado o Decreto n° 359, em abril de 1890, tendo sido revogadas as leis que exigiam a tentativa de conciliação prévia como condição de ingresso em juízo. Tal alteração legislativa teve como principal justificativa o fato de que, na prática, tal condição teria revelado-se onerosa e inútil como instrumento de composição dos litígios.[29]

Kazuo Watanabe, ao tratar do histórico da conciliação como técnica de resolução de conflitos no Brasil, afirma: "[...] a generosa ideia de uma abrangente política pública de tratamento de conflitos de interesses adotada pela nossa primeira Carta Política, fruto da inteligência e sabedoria dos homens de visão que então detinham o poder, sucumbiu por razões políticas e pela falta de critério adequado em sua implementação".[30]

Posteriormente, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, a conciliação não foi prevista como condição para ingresso em juízo, nem mesmo como procedimento a ser realizado ao longo do percurso processual, tendo sido regelada, praticamente, ao esquecimento. A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, porém, retomou a tradição de prever e incentivar a conciliação como forma de resolução de conflitos. Em seu texto, ele delegava ao juiz o papel de estimular as partes a conciliar-se, antes de indicar a instrução.

Os seguintes artigos tratavam do instituto:

> Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.
> Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.
> Art. 448. *Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes*. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

---

[28] Ibidem, p. 50.

[29] CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 95-101, abr./jun. 1976.

[30] WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado do conflito de interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, 2001. p. 381-389.

> Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença (grifos nossos).

Com a alteração do CPC/1973, por meio da Lei Federal nº 8.952, de 13.12.1994, foi instituída a audiência preliminar, de tríplice conteúdo (conciliação, saneamento e organização), inspirada no modelo traçado pelo Código-tipo da América Latina.

Tal alteração, decorrente de influência das novas tendências do processo civil, especialmente dos resultados conciliatórios favoráveis dos Juizados Informais de Conciliação e dos Juizados de Pequenas Causas, culminou na seguinte redação do art. 331, incisos 1º e 2º:

> Se não verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a 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.

Carlos Alberto Carmona, ao comentar a introdução de norma pela qual o magistrado não apenas deveria designar audiência de conciliação mas era obrigado a promover a atividade conciliatória, afirma: "A reforma foi um retumbante desastre: os advogados não se preparavam para tentar seriamente uma composição do litígio e os magistrados igualmente não liam os autos e nada sabiam sobre o conflito, de modo que aportavam pouca (ou nenhuma) colaboração".[31]

Esperava-se que a realização da audiência revolucionasse o processo, trazendo-lhe efetividade e celeridade. As esperanças, entretanto, caminharam lado a lado com a resistência à novidade, especialmente dos próprios magistrados – que desprestigiavam a conciliação como instrumento de resolução de controvérsias, sob a alegação de que essas audiências lhes atravancavam as pautas, e evitavam designá-las –, mas também por parte dos advogados, que não utilizavam tal momento processual para explorar os potenciais do ato da audiência[32].

---

[31] CARMONA, Carlos Alberto. O novo Código de Processo Civil e o juiz hiperativo. In: BONATO, Giovanni (Org.). **O novo Código de processo civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65.

[32] Ibidem.

Passado o primeiro momento, e sobrevindo o entendimento jurisprudencial de que a falta da audiência não comportaria nulidade do processo[33], muitos magistrados passaram a ignorar a regra do art. 331 do CPC/1973. O requisito da conciliação era "remendado" por meio de uma proposta no início da audiência de instrução, debates e julgamento, conforme previsão original do art. 448 do código, que não havia sofrido alteração com a reforma.

Uma das grandes frustrações dos operadores do direito com relação às audiências preliminares foi o baixo índice de acordos. Estudo realizado por Fernando da Fonseca Gajardoni, no Judiciário paulista, em 2001, verificou que 28,9% dos processos levados à conciliação na fase do art. 331 do CPC resultaram em composições, o que foi considerado pelo autor "muito pouco".[34]

As audiências foram objeto de intenso desprestígio por parte dos operadores do direito. Não poucas vezes o rito sumário – no qual a tentativa de conciliação ocorre logo no início – era substituído pelo rito ordinário, por iniciativa da parte ou do juiz, e, ainda mais frequentemente, a audiência preliminar do rito ordinário deixava de ser designada. Quando realizadas, não era incomum que fossem desenvolvidas de forma mecânica, sem exploração de seu verdadeiro potencial para a pacificação e o diálogo.

Para que a audiência de conciliação resultasse em número mais expressivo de acordos, seria necessário que tanto os juízes como os advogados estivessem mais bem preparados para a atividade de conciliar.

Finalmente, o anseio por uma reforma da regra que desobrigasse os juízes de designar a audiência foi acolhido com a Lei Federal nº 10.444, de 7 de maio de 2002. O novo ordenamento alterou a redação do art. 331 do CPC e incluiu o § 3°, pelo qual o magistrado poderia dispensar a tentativa de conciliação *se as circunstâncias da causa evidenciassem sua improvável obtenção*.

Assim, até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a legislação processual não obrigava os magistrados a designar audiência de conciliação na esfera cível. Caso o juiz tivesse o indício de que seria improvável a autocomposição, poderia suprir tal audiência.

---

[33] Podemos citar como exemplo desse entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, recurso especial nº 252.400/AM; STJ; Min. José Arnaldo da Fonseca; 13/9/2000; un.; REsp nº 242.322/SP; STJ; Min. Eduardo Ribeiro; 21/2/2000; un. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=72289&num_registro=200000270474&data=20001023&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2020.

[34] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve análise estatística de alguns pontos da 1ª fase das reformas processuais civis no âmbito da justiça estadual paulista. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, Ano 5, n. 1, p. 51-53, jan./jun. 2004.

É importante destacar, porém, que no âmbito dos juizados especiais, tanto cíveis como criminais, mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015, a audiência de conciliação consiste em fase inicial obrigatória dos procedimentos (artigos 21 e 73 da Lei Federal n° 9.099/1995). Já no âmbito trabalhista, a Lei Federal nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, instituiu as comissões de conciliação prévia. Esse quadro nos permite dizer que a conciliação é instituto historicamente relevante em nossa legislação desde tempos coloniais. Entre idas e vindas, sua utilização teve caráter obrigatório, tendo sido inclusive condição de ingresso em juízo.

Nesse sentido, a regra contida no art. 334 do CPC/2015 caracteriza-se como mais um momento histórico em que se revigora a conciliação, agora como fase processual obrigatória nos procedimentos civis, sujeitos ao procedimento comum (nas ações de família, tal previsão vem regulada no artigo 695 do CPC/2015).

3.2 MEDIAÇÃO

De outro lado, no Brasil, a previsão legal do uso da mediação nos procedimentos civis é recente, tendo ocorrido, como já mencionado, apenas em 2015, com a promulgação da Lei n° 13.140.

A exceção refere-se à área trabalhista, em que a mediação já estava desenvolvida do ponto de vista institucional e legislativo[35]. A Lei Federal nº 1.572/1995, em seu art. 2°, prevê que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão escolher um mediador de comum acordo para a solução do conflito. Já a Lei Federal nº 10.192/2001 dispõe, em seu art. 11, sobre a realização de negociações prévias antes do ajuizamento da ação de dissídio coletivo, sendo prevista a possibilidade da atuação de mediador para facilitar a comunicação entre as partes.

Não obstante, nos procedimentos regulados pelo Código de Processo Civil a carência de marco regulatório e de institucionalização da mediação era a tônica.

É importante também destacar a existência de esforços localizados, tais como a Lei n.° 2.348/2001, do Mato Grosso do Sul, que instituiu a justiça comunitária no Poder Judiciário estadual, com vistas a propiciar mais informações e orientação jurídica ao jurisdicionado, bem como intermediar conflitos sociais na comunidade. No mesmo ordenamento legal, foi criada a figura do agente comunitário de justiça, que deveria atuar como mediador de conflitos comunitários, entre outras atribuições.

---

[35] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. p. 284.

No âmbito federal, antes da entrada em vigor da Lei da Mediação, alguns diplomas legais também já mencionavam esse instituto como técnica a ser utilizada na resolução de conflitos. O II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo, assinado em 13 de abril de 2009 pelos três poderes da República[36], estabeleceu o compromisso de fortalecer a mediação e conciliação, "[...] estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização".

Marco relevante no impulso da mediação no país deu-se com edição da Resolução nº 125[37], de 29 de novembro de 2010, pelo Conselho Nacional de Justiça. O seu objetivo foi incentivar a implementação de mecanismos adequados de solução de conflitos como forma de melhorar a Justiça brasileira. Tal resolução instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, incumbindo seus órgãos de oferecer mecanismos de solução de controvérsias, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como de prestar orientação e atendimento aos jurisdicionados. Determinou aos tribunais, ainda, o dever de criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), unidades do Poder Judiciário preferencialmente responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo atendimento e pela orientação ao cidadão.

Sem embargo, a realidade é que faltava à mediação regulamentação adequada, lacuna coberta com a sanção da Lei da Mediação. Divisor de águas no que se refere à institucionalização da mediação no país, esse diploma impôs a obrigatoriedade da realização de audiências de mediação em *todos os tipos de processos judiciais* em que a controvérsia envolva direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3°).

Tal obrigatoriedade existe, portanto, desde 26 de dezembro de 2015, quando a Lei da Mediação entrou em vigor. A sessão de mediação como fase inicial e incidental do processo judicial apenas *não* será realizada no caso de improcedência liminar do pedido e quando a petição inicial for inepta (art. 27).

A lei é dividida em três capítulos. O primeiro trata da mediação e traz as regras gerais sobre os princípios que a norteiam a mediação, regulando e disciplinando a figura dos

---

[36] BRASIL. II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo. Brasília, 13 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

[37] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 29 nov. 2010. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

mediadores, tanto os extrajudiciais quanto os judiciais. Dispõe também sobre o procedimento que deve ser observado, bem como sobre a confidencialidade de que se reveste tal procedimento e suas exceções. O segundo capítulo versa sobre a autocomposição de conflitos em que é parte pessoa jurídica de direito público, trazendo disposições comuns e regras sobre conflitos envolvendo a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações. O terceiro capítulo contempla as disposições finais entre os arts. 41 e 48, em que estão inclusas regras sobre a aplicabilidade da legislação (é consignado que a Lei da Mediação se aplica a mediações comunitárias e escolares e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, porém não se aplica aos conflitos trabalhistas), entrada em vigência, possibilidade de uso de internet ou outro meio de comunicação a distância, possibilidade de aplicação da lei para parte residente no exterior e alterações dos artigos da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997 (no que se refere à administração pública).

A mediação pode ser utilizada tanto em conflitos *entre particulares* como no *âmbito da administração pública*. Nesse caso, é usada para dirimir conflitos entre órgãos e entidades públicas ou controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público (art. 1° e 32).

A lei, apesar de reforçar o caráter obrigatório da cláusula de mediação ao vincular seu descumprimento a sanções, deixa margem para que as partes exerçam a autonomia, quando se trata da mediação extrajudicial. Isso porque o art. 22 da lei deixa para as partes a definição do prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação; o local onde ela ocorrerá; os critérios para escolha do mediador ou equipe de mediação; bem como a penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião. Na ausência de previsão contratual, o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação implicará o pagamento de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior que envolva o objeto da mediação.

O artigo 23 da Lei de Mediação vincula as partes ao procedimento autocompositivo, caso ajustado consensualmente em contrato:

> [...] se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Implica dizer que a lei veda o prosseguimento do processo litigioso durante o período pelo qual as partes convencionaram buscar a via consensual, obrigando-as a cumprir tal ajuste. Evidentemente, a obrigação deve ser a de comparecer à primeira reunião de mediação, e não de a parte convidada ser obrigada a permanecer no procedimento de mediação, em razão do princípio da autonomia da vontade das partes, encampado no art. 2º, V e § 2º.

É importante ainda destacar que a Lei da Mediação *não* se aplica aos *processos trabalhistas*, que deverão ser regulamentados por legislação própria[38] (art. 42, parágrafo único).

[38] No âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, a regulamentação dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de disputas está prevista na Resolução CSJT n.º 174, de 30 de setembro de 2016, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses. In: BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Resolução CSJT nº 174, de 30 de setembro de 2016. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023>. Acesso em: 5 jan. 2020.

4. QUAL A DIFERENÇA ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO?

A diferenciação entre os institutos da conciliação e da mediação é uma questão que aflige boa parte dos operadores do direito, possivelmente em razão de ser recente a institucionalização da mediação em nosso país e, portanto, ser ainda desconhecida de boa parte da população. Segundo recente pesquisa empírica realizada pela Universidade de São Paulo (USP), a pedido do Conselho Nacional de Justiça, pouco mais da metade dos conciliadores (cerca de 55%) entendem que os servidores da Justiça não conhecem as diferenças entre mediação e conciliação[39]. O que causa maior perplexidade é o fato de que muitos dos próprios conciliadores entrevistados pelo estudo não têm ideia das diferenças entre os dois institutos, sendo evidente a carência na formação desses profissionais[40].

Essa confusão decorre, também, das similaridades entre eles, já que a mediação e a conciliação, bem como a negociação, representam formas de autocomposição de conflitos em que não está presente a figura de um terceiro capaz de impor sua decisão final, como ocorre na arbitragem e na solução adjudicada estatal.

A mediação e a conciliação diferem da negociação pela participação de um terceiro no processo de resolução consensual (mediador ou conciliador)[41]. Na negociação, por outro lado, existe interlocução direta entre os conflitantes na busca de solução consensual, que pode ser realizada por meio de transação (art. 840, CC/2002), de renúncia ao direito que fundamenta a pretensão ou o reconhecimento jurídico do pleito da outra parte (art. 487, III, CPC/2015).

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 165, §2° e §3°, distinguiu tais técnicas de forma individualizada:

> § 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

[39] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: 2019. p. 180. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

[40] Ibidem.

[41] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, nov. 2018.

> 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.

Por sua vez, a Lei da Mediação, em seu art. 1°, § único, define mediação como "[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

Antes de tratarmos da distinção entre a conciliação e a mediação, apontamos diversos aspectos comuns[42] a essas duas técnicas de resolução de conflitos:

1. a participação de um terceiro imparcial e que não julga;
2. a promoção da comunicação entre os envolvidos;
3. a não imposição de resultados;
4. o estímulo à busca de saídas pelos envolvidos; e
5. o exercício da autonomia privada na elaboração de opções para os impasses.

A distinção entre tais técnicas é sutil; a forma com que serão elaboradas as propostas de solução para o conflito é diversa. O mediador não deve sugerir proposta, enquanto ao conciliador é lícito fazê-lo. Outra distinção refere-se à profundidade da abordagem: enquanto na mediação aspectos subjetivos costumam ter maior relevância, porque as relações são continuadas, na conciliação o foco é a obtenção de solução para pôr fim ao conflito, já que a relação entre as partes é episódica.

É necessário, porém, ter cuidado na utilização de conceitos de conciliação e mediação provenientes do direito comparado, já que as definições não são idênticas às adotadas no Brasil. Em alguns países, a distinção entre os dois institutos não é clara, conforme Linda Singer esclarece:

> […] *in earlier usage, "conciliation" was used simply as a synonym for "mediation". The Federal Mediation and Conciliation Service got its name when one house of congress wanted a "mediation" and the other a "conciliation" service. In statesmanlike tradition the agency continues to use both names. "Conciliation" fell out of favor in the United States because separating spouses, sometimes forced into court-sponsored efforts to reconcile them to staying married, disliked the connotation of "reconciliation". During the civil rights movement, "conciliation" sounded too much like minimizing conflict (as opposed to resolving the issues underlying it) to be an acceptable term. It gradually was replaced by*

[42] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 200-201.

> *"mediation". In Great Britain, New Zealand, and Australia "conciliation" still is used to mean "mediation".*[43]

De acordo com Ada Pellegrini Grinover[44], a distinção entre mediação e conciliação nasceu da doutrina e da prática tipicamente brasileiras. Nos Estados Unidos, a conciliação como técnica de solução de conflitos vem absorvida pela mediação. Em outros países, como França e Itália, o termo conciliação é utilizado mais amplamente, englobando também a mediação.

Nesse sentido, ao definir tais institutos, a autora[45] faz questão de enfatizar que tal conceituação é restrita ao nosso país:

> 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 (grifos nossos).

No Brasil, aponta Lília Maia de Moraes Sales, os institutos da mediação e da conciliação correlacionam-se com a mediação facilitativa e a mediação avaliativa, de acordo com critérios estabelecidos pela doutrina norte-americana[46].

Há quem, inclusive, questione a distinção brasileira entre a mediação e a conciliação, como aponta Fernanda Tartuce:

> [...] sobre o polêmico tema da diferenciação entre os dois principais meios consensuais, o Novo Código se posiciona positivamente expressando termos para a distinção. (...) Embora contemple os principais diferenciais apontados

---

[43] SINGER, Linda. **Settling disputes**: conflict resolution in business, families, and the legal system. New York: Routledge, 2018. p. 24.

[44] GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, v. 8, n. 1 jan./mar. 2016, p. 15-36, 2016.

[45] Ibidem, p. 3.

[46] SALES, Lília Maia de Morais**.** Mediação facilitativa e "mediação" avaliativa – **e**stabelecendo diferença e discutindo riscos. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 16, n. 1, p. 20-32, 2011 Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>. Acesso em: 26 set. 2019.

> pela doutrina sobre a distinção entre os mecanismos, sobreleva destacar que a diferenciação não é unânime e encontra variadas percepções a partir da distinção feita em algumas escolas [norte-]americanas entre as modalidades facilitativa e avaliativa de mediação.[47]

A doutrina majoritária, porém, entende que a legislação segregou a conciliação e a mediação como institutos distintos. De acordo com Daniel Colnago Rodrigues[48], na conciliação, após ouvir os contendores, o conciliador sugere uma solução para pôr fim ao conflito, enquanto na mediação o mediador trabalha com o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem, por si só, à prevenção ou solução da controvérsia. Por tal razão, a mediação destina-se, com maior relevo, a causas em que as partes mantêm relações continuadas ou em que houve vínculo anterior.

José Rogério Cruz e Tucci[49], por sua vez, afirma que a mediação constitui um mecanismo de solução de conflitos em que uma terceira pessoa, tomada como neutra e imparcial, estimula o diálogo entre as partes, de modo que elas mesmas construam, de modo autônomo e solidário, a melhor solução para o conflito. Para o autor, com frequência a mediação é recomendada para litígios mais complexos, que envolvem diversas questões entre as partes.

Na visão de Juliana Demarchi[50], a conciliação diferencia-se da mediação por apresentar procedimento mais simplificado, quando as perquirições acerca das motivações subjacentes ao conflito não despontam como objetivos trabalhados pelo conciliador. Por isso mesmo, a conciliação é a técnica mais adequada à resolução de conflitos objetivos, como os que surgem em decorrência de acidentes de trânsito, por exemplo. As partes não se conheciam anteriormente, e o único vínculo existente entre elas é a necessidade de estabelecer a forma de reparação dos danos causados. Os esclarecimentos sobre o problema, então, não envolvem questões subjetivas que dependem de investigação e reflexão. A discussão volta-se

---

[47] TARTUCE, Fernanda. **Mediação no novo CPC**: questionamentos reflexivos. Fernanda Tartuce – Processo Civil, [s.l.; s.d.] [blog]. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019. p. 9.

[48] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, Nov. 2018.

[49] CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume VII (arts 318 a 368).** GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175.

[50] DEMARCHI, Juliana. **Mediação**: proposta de implementação no processo civil brasileiro. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 134.

diretamente ao problema – e não primeiramente às pessoas, como na mediação –, permitindo ao conciliador sugerir diversas propostas de acordo.

Em linhas gerais, enquanto a mediação visa a resolver o conflito de forma abrangente, a conciliação volta-se para a resolução do litígio, como apresentado pelas partes. Para Daniel Colnago Rodrigues[51], enquanto método, na mediação o papel do terceiro é ajudar na comunicação por meio da neutralização das emoções, da formação de opções e da intermediação de acordos, funcionando como catalisador de disputas. Ele, contudo, não deve interferir na substância dos acordos[52].

Lília Maia de Moraes Sales estabelece uma diferença fundamental entre a mediação e a conciliação: ela reside no conteúdo de cada instituto.

> Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência real da comunicação entre as partes. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.[53]

Sobre as distinções entre os dois institutos, Daniela Monteiro Gabbay[54] afirma que elas residem na forma de atuação e na capacitação do terceiro, no controle exercido sobre o processo, no tipo de conflito e na relação entre as partes. Quanto à atuação, na conciliação o terceiro conduz o processo de modo mais ativo e diretivo, podendo propor ideais de acordo, enquanto na mediação ele busca trabalhar de forma mais profunda o conflito, os interesses, as emoções e o relacionamento dos litigantes. Justamente por isso, a mediação seria procedimento mais demorado e complexo, enquanto a conciliação, por não entrar tão profundamente no conflito, realizar-se-ia em menor número de sessões e mediante procedimento mais singelo.

Essa atuação do terceiro, pontua a autora, também assume faceta diversa em termos do lugar de poder avocado pelo conciliador. Este, embora não possa impor uma decisão às partes,

---

[51] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, nov. 2018.

[52] O papel do mediador é ser um facilitador da comunicação. Apenas na mediação avaliativa (que difere da mediação pura) ele pode apreciar as propostas e os argumentos substanciais das partes e recomendar termos de acordo, em vez de simplesmente administrar o processo de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

[53] SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 38.

[54] GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 47-50.

utilizaria técnicas para conduzi-las a um acordo, enquanto na mediação recai sobre as partes o protagonismo e a responsabilidade pela resolução do conflito.

4.1 DISTINÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DOS CONFLITOS E ENCAMINHAMENTO À TÉCNICA AUTOCOMPOSITIVA MAIS APROPRIADA

Ao invés de estabelecer a obrigatoriedade das técnicas de mediação ou conciliação em razão da existência ou não de vínculo anterior entre as partes, o Código de Processo Civil de 2015 preferiu apontar que a alocação da mediação não é compulsória, e sim preferencial. Isso significa dizer que a lei permitiu flexibilidade na alocação dos institutos, com a ciência de que podem existir situações em que, mesmo que exista relação anterior e continuada, o objetivo seja resolver o litígio como apresentado pelas partes, e não necessariamente melhorar o diálogo e permitir reflexão sobre o relacionamento. Essa perspectiva, portanto, torna lícito direcionar tal conflito para a conciliação.

Segundo Fernanda Tartuce[55], nas situações em que há vínculos continuados, como nos conflitos familiares, ainda que a mediação tenda a ser uma alternativa interessante, a conciliação pode ser pertinente "[...] quando partes resistentes a formularem propostas precisarem contar com uma pessoa criativa para sugerir opções". A autora, então, propõe um hipotético cenário de disputa judicial pela guarda dos filhos, no qual a mãe e o pai disputam a guarda unilateral. Diz a autora:

> Pelo critério de continuidade do vínculo, a mediação seria interessante, já que a dupla parental teve (e segue tendo) um vínculo. Pode ocorrer, porém, que os advogados percebam que a mediação encontra limites no perfil das partes, que se recusam teimosamente a formular opções alternativas até que a outra dê o primeiro passo, fator que gera estagnação na negociação direta. Nesse caso, pode ser indicada a preferência pela atuação de uma conciliadora que traga sugestões para que o conflito seja dirimido – por exemplo, provocando as partes a cogitarem sobre guarda compartilhada por um certo período experimental (proposta que talvez não tenha surgido inicialmente).[56]

---

[55] TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 77-91. p. 88. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

[56] TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 77-91. p.88. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

Por outro lado, o CPC/2015 também permite o uso inverso do instituto. Ou seja, em litígio em que não exista vínculo anterior, podem ser aplicadas técnicas de mediação, com vistas a facilitar o diálogo e auxiliar os interessados a compreender os interesses em conflito. Desse modo eles podem, por si próprios, encontrar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos[57]. É importante destacar, porém, que o código traz tais possibilidades como excepcionalidade, devendo, consequentemente, ser justificadas para que sejam enquadradas em exceção ao modelo legal.

Cabe ainda destacar que na doutrina estrangeira é comum encontrar menção de que não existem regras taxativas sobre quando se deve aplicar a mediação ou conciliação (distinguidas muitas vezes como formas de mediação mais "restritas" ou mais "amplas"). Nelas são postuladas apenas orientações para que o mediador/conciliador possa adotar uma ou outra técnica, dependendo do contexto fático da disputa e do objeto do litígio, bem como de sua orientação pessoal (percepção do mediador quanto ao seu papel) ou formação técnica[58].

No ordenamento brasileiro, porém, a lei fixou rol taxativo, aberto à flexibilização. Assim, a questão que remanesce é sobre quem desempenhará o papel de analisar os casos e fazer tal triagem, o que permitiria, inclusive, não seguir o modelo preferencial definido nos parágrafos 2º e 3° do art. 165, CPC/2015.

4.2 POSSIBILIDADE DE ESCOLHA, PELAS PARTES, DO MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO E DE ALTERAÇÃO DO MÉTODO PELO TERCEIRO IMPARCIAL

É importante destacar que o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 168, permite que as partes, de comum acordo, escolham mediador ou conciliador, inclusive sendo facultada a escolha de profissional que não esteja cadastrado no tribunal. A Lei da Mediação, em seu art. 4°, também permite que as partes escolham o mediador. Se cabe a elas eleger o terceiro, seria razoável inferir que também lhes assiste o direito de assentir sobre o meio autocompositivo a que desejam se submeter?

A norma contida do *caput* do art. 334, CPC/2015 apenas e tão somente enuncia que o magistrado deve designar audiência de conciliação ou de mediação, sem adentrar as questões

---

[57] Idem. Comentário ao art. 165, § 2º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

[58] RISKIN, Leonard. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. **Estudos de arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

que envolvem a possibilidade de as partes indicarem se preferem submeter-se a um ou outro método e de o conciliador/mediador alterar a abordagem diante de necessidades práticas.

Nesse sentido, a lacuna legal deveria ser preenchida com a criação de norma no caso concreto que mais atenda aos princípios que norteiam as RADs e de acordo com normas de ordem pública que fixam parâmetros e garantias na esfera processual (devido processual legal).

Em relação à possibilidade de as partes manifestarem interesse por uma técnica e justificarem tal escolha (caso ela divirja do modelo preferencial instituído no art. 165 do diploma processual), entendo que tal manifestação de vontade deve ser considerada, já que os métodos autocompositivos têm como característica principal a voluntariedade e a autonomia da vontade.

É evidente que, ao prestigiar a escolha e preferência das partes pela conciliação ou pela mediação, intensifica-se a adesão ao procedimento, e, portanto, aumentarão as chances de êxito na autocomposição. O engajamento é o que permite desenvolver de modo harmonioso as tratativas com as partes; sem isso, a ideia da ação como sinônimo de conflito acaba prevalecendo, e a possibilidade de um resultado negativo passa a ser muito grande.

Ao juiz caberia apenas negar tal pedido em casos de impossibilidade material de atender à eleição das partes, por falta de profissionais qualificados etc., sendo necessário inclusive fundamentar o não acolhimento do pedido (art. 10, CPC/2015).

É importante destacar também que, em razão de a mediação e a conciliação serem marcadas pela flexibilidade, muitos defendem que o terceiro facilitador possui a liberdade de flexibilizar o procedimento em casos que demandem abordagens específicas, visando a retirar o "máximo" do método autocompositivo. Nesse sentido, seria permitido alterar a abordagem facilitadora de diálogo (característica da mediação) por atitude mais propositiva (própria da conciliação)[59].

Ada Pellegrini Grinover afirma ser possível ao conciliador ou mediador decidir no caso concreto qual a melhor técnica a ser utilizada:

> [...] na prática muitas vezes eles se confundem e o que poderia parecer, 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

[59] AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

> utilizada e, se possível, convocar o outro especialista para dar seguimento ao processo consensual.[60]

É possível que ao iniciar o procedimento, e pelo transcorrer da sessão, em razão do perfil dos litigantes e características do conflito, se observe que a técnica eleita não é a mais adequada.

Tal situação pode ocorrer nos casos em que a eleição do método tenha sido realizada pelas partes ou automaticamente, de acordo com o modelo do art. 165, §2° e §3°, CPC/2015 (cenário em que as partes podem ter expectativas legítimas de se submeter a um tipo de abordagem), sendo que o mais adequado, antes de alterar a abordagem, é o facilitador informar sua recomendação e as razões para tanto, para que as partes possam decidir por acatá-la ou não. É dizer que o mediador ou conciliador não tem o poder de alterar a técnica sem a anuência das partes, mas deveria alertá-las sobre o fato de que a técnica escolhida não é a mais apropriada.

Outra situação é quando o próprio magistrado entende que o caso deve ser direcionado para técnica diversa da preceituada pelo rol preferencial, sendo que, antes de alterar a técnica autocompositiva para a qual o conflito será direcionado, deve informar as partes de sua intenção e abrir prazo para que elas possam manifestar eventual oposição. No caso de a oposição ser considerada fundamentada, o juiz poderia evitar direcionar o conflito para um método sem adesão das partes.

É importante destacar que os princípios que norteiam a autocomposição são diversos dos que compõem o processo adjudicatório e, portanto, torna-se necessária a ampliação de diálogo entre partes e julgador, sem que o magistrado sinta que desse diálogo sua autoridade esteja sendo minada, já que nessa fase processual os protagonistas da resolução do conflito são os próprios litigantes.

Em síntese, a legislação permite a alteração da alocação das técnicas de mediação ou conciliação, sendo que tal triagem poderia ser realizada pelas partes de comum acordo, pelo magistrado e também pelo conciliador ou mediador[61], quando em contato com as partes e litígio, sendo que a anuência das partes em tal alteração é recomendável, especialmente

---

[60] GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, v. 8, n. 1, jan./mar. 2016, p. 15-36, 2016. p. 4.

[61] Em algumas comarcas, em razão da ausência de quadros de conciliadores e mediadores, ao juiz cabe a tarefa de presidir tal audiência, o que não é o ideal, tanto em razão de faltar ao magistrado formação específica para isso como, e especialmente, em razão de ser quebrada a garantia da confidencialidade do procedimento. As partes cientes de que o juiz é quem julgará a causa, caso inexista autocomposição, estarão menos suscetíveis de expor dados e informações que entendam que possam prejudicá-las futuramente.

porque a utilização de tais mecanismos e técnicas visa necessariamente aumentar o protagonismo dos contendedores.

5 A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO E O CONFLITO NORMATIVO ENTRE O CPC/2015 E A LEI DA MEDIAÇÃO

Chama atenção que, apesar de os projetos legislativos que redundaram no Código de Processo Civil, de 2015, e na Lei da Mediação, terem tramitado quase simultaneamente no Congresso Nacional – sendo aprovados com pequena diferença temporal –, por fim os dois ordenamentos contêm normas conflitantes.

É relevante destacar que, durante a tramitação de tais projetos, o legislador preocupou-se em harmonizar ambos os diplomas normativos. É o que se depreende de alguns trechos do parecer sobre o projeto que se tornaria a futura Lei da Mediação:

> A inserção do Capítulo I – Sessão III – Subseção III, entre os artigos 24 e 31, tem por objetivo contemplar a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse, instituída pela Resolução 125/2010 do CNJ. O texto *agora proposto também está em consonância com o art. 166 do Projeto de novo Código de Processo Civil*[62] (grifos nossos).

Ao final, porém, a uniformidade *não* foi obtida de forma plena, o que pode ser percebido pela análise da obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação/mediação (art. 27 da Lei da Mediação e artigos 334, 565 e 695 do CPC/2015) e dos requisitos para a habilitação do mediador judicial (art. 11 da Lei da Mediação e art. 167, § 1°, do CPC/2015). Essa situação, que poderia ter sido evitada pelo legislador, exige grande exercício interpretativo por parte dos operadores do direito.

Em relação aos requisitos necessários para ser um mediador judicial[63], a Lei da Mediação exige que, além de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) ou pelos tribunais, a pessoa também deve comprovar ser graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação. Já o CPC/2015, em seu art. 167, § 1°, exige apenas capacitação mínima em curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

---

[62] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Projeto de Lei nº 7169, de 2014. Relator: Deputado Sergio Zveiter, datado de 18/12/2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1294523&filename=Tramitacao-SBT+2+CCJC+%3D%3E+PL+7169/2014>. Acesso em: 28 set. 2019.

[63] A Lei da Mediação faz distinção entre o mediador extrajudicial, que pode ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja apto para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação (art. 9° de referida Lei) do mediador judicial, cujos requisitos estão previstos no art. 11.

No que diz respeito à audiência (sessão), de acordo com o CPC/2015, sua realização é prevista no art. 334 para as ações do procedimento comum, no art. 695 para as ações de família e no art. 565 para conflito coletivo de posse velha.

Se restringirmos a análise à regra contida no art. 334 do CPC/2015, verificamos que a audiência de conciliação ou mediação é de obrigatória realização, orientada por quatro requisitos: (1) ser a petição inicial apta; (2) *não* for caso de improcedência liminar do pedido; (3) o objeto do litígio admitir autocomposição; e (4) *não* ter ocorrido manifestação expressa de todos os litigantes (réu e autor) de desinteresse. No caso de litisconsórcio, todos os litisconsortes devem se manifestar (§ 6°).

Ademais, o § 8º desse mesmo artigo estabelece, ainda, que o *não* comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação deve ser considerado ato atentatório à dignidade da Justiça, sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

No que concerne ao CPC/2015, cabe consignar, ainda, que na regra vigente em relação às ações de família (artigo 695), a designação de audiência de conciliação ou mediação é obrigatória, não cabendo flexibilização. Já no conflito coletivo de posse velha (artigo 565), além de não caber flexibilização, a audiência será de *mediação*.

Nas demandas de família, o mandado de citação deverá conter apenas os dados necessários para a audiência. Isso implica dizer que o réu *não* recebe cópia da petição inicial. O objetivo é estimular a autocomposição, já que nesse tipo de ação as petições contêm, com grande frequência, acusações desnecessárias e exageradas, o que acirra os ânimos e dificulta o diálogo entre as partes.

Por outro lado, a Lei da Mediação, em seu art. 27, foi além, prevendo a *obrigatoriedade da audiência* de mediação *em todos os tipos de processo* que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação (art. 3°) nos casos em que **não** seja a petição inicial inepta ou de improcedência liminar do pedido.

Resta evidente o conflito normativo! Como o foco deste estudo é a audiência de conciliação ou mediação no procedimento comum civil, concentramo-nos no conflito entre o art. 334 do CPC/2015 e o art. 27 da Lei da Mediação. Assim, deixamos de lado a análise do conflito entre a Lei da Mediação e os arts. 565 e 695 do CPC/2015.

Como dirimir o eventual conflito normativo entre o art. 334 do CPC/2015 e o art. 27 da Lei da Mediação?

Daniel Colnago Rodrigues observa que, apesar da Lei da Mediação não ter repetido a possibilidade de oposição à realização da audiência, ela não teria revogado o Código de

Processo Civil nesse ponto. Isso porque o art. 27 da Lei da Mediação continuaria fazendo referência à necessidade de preenchimento dos requisitos da *petição inicial, um dos quais seria informar se há ou não interesse das partes na realização da audiência*. *E também* porque a convergência de vontades quanto à não realização da audiência configura, em todo caso, negócio jurídico processual (art. 190, CPC/2015), apto a afastar a incidência da conciliação/mediação obrigatória[64].

Não obstante, tal entendimento não parece acertado[65], pois, para que seja possível, o negócio jurídico processual deve situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não sendo lícito autorregular situações alcançadas por normas cogentes[66]. Assim, resta evidente que o art. 334 do Código de Processo Civil permitiu às partes realizar negócio jurídico processual dispensando a fase inicial do procedimento civil.

De outro lado, a norma contida no art. 27 da Lei da Mediação, inspirada por interesse público e pelo bom funcionamento da Justiça, tendo como objetivo evitar litígios e manter a harmonia entre os cidadãos, vedou tal possibilidade. Nesse sentido, descabe negócio processual para dispensar a realização da audiência de conciliação fora das hipóteses previstas em lei.

O art. 166, VI, do código civil, que versa sobre o direito material, traz regra pela qual é cominado com nulidade o negócio que tiver por objetivo fraudar a lei imperativa. Nesse caso, concordemos ou não com o caráter obrigatório que a Lei da Mediação atribuiu a tal fase processual, fica evidente que, ao permitir que as partes dispensem a sua realização, estar-se-ia esvaziando o seu conteúdo normativo.

Nessa perspectiva, entendemos que o conflito normativo entre o art. 27 da Lei da Mediação e o art. 334, I, do CPC/2015 existe, e que o caminho mais prudente para dirimi-lo é recorrer às regras para a solução de antinomias normativas.

A LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) estabelece em seu art. 2°, critérios para resolução de antinomias, sendo apontados alguns critérios, como o cronológico e da especialidade:

---

[64] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, nov. 2018.

[65] Em sentido contrário, ou seja, pela possibilidade de negócio processual entre as partes justamente para que a audiência seja dispensada, ver o enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). Disponível em: < https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

[66] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
>
> § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
>
> § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.
>
> § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Se buscássemos analisar esse conflito normativo por critério cronológico, o primeiro passo seria identificar a lei anterior e, neste caso, surgiram novas dúvidas. Isso ocorre em razão do Código de Processo Civil ter sido promulgado em 16 de março de 2015, mas só ter entrado em vigor em março de 2016, em razão da *vacatio legis*. Já a Lei da Mediação foi promulgada posteriormente, em 29 de junho de 2015, porém sua vigência foi iniciada em dezembro de 2015 – antes, portanto, do Código de Processo Civil.

Como as leis podem ter datas diversas para sua promulgação e entrada em vigência, de qual de tais marcos temporais deve-se analisar a anterioridade de um diploma legal em relação a outro?

Segundo Ada Pellegini Grinover[67], independentemente da ocasião da entrada em vigor, a data da promulgação do diploma é o marco temporal de seu surgimento no mundo jurídico. Por esse motivo, a Lei da Mediação seria posterior ao CPC/2015.

Segundo o art. 1° da LINDB, uma lei apenas começa a viger após 45 dias de sua publicação no Diário Oficial. Implica dizer que a vigência temporal é uma qualidade da norma relativa ao tempo de sua atuação, quando são exigíveis os comportamentos prescritos. Apesar de estar ligada à sua validade, com ela não se confunde, pois uma norma pode ser válida[68] mas não estar ainda em vigor. A vigência implica obrigatoriedade da norma jurídica, enquanto sua promulgação lhe dá existência, mas não necessariamente a torna obrigatória[69].

---

[67] A autora afirma que, pela aplicação automática dos critérios cronológico e da especialidade, a Lei da Mediação (por ser posterior e especial) prevaleceria em face do CPC/2015 no que fossem contrários. Grinover, porém, defende a tese de que a lei, o CPC e a Resolução 125 do CNJ formam um minissistema de meios consensuais de solução de controvérsias. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, v. 8, n. 1, jan./mar. 2016, p. 15-36, 2016. p. 5.

[68] A validade da norma diz respeito à observância dos requisitos para sua produção, em conformidade com o próprio ordenamento. Segundo Miguel Reale, para que uma lei seja válida ela deve ser emanada de um órgão que tenha competência *ratione materiae*, devendo o procedimento de elaboração da lei obedecer aos ditames legais. In: **Lições preliminares de direito**. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

[69] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio**. Introdução a estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

Segundo a LINDB, em seus artigos 1°, § 3° e §4°, se antes de uma lei entrar em vigor ocorrer nova publicação destinada à correção de seu texto, tais alterações não serão consideradas nova lei. No entanto, se no momento das correções do texto o diploma já estiver em vigor, considera-se que uma nova norma ingressou no mundo jurídico para alterar o texto da primeira.

Nesse sentido, podemos depreender que o sistema jurídico brasileiro apenas considera a possibilidade de uma lei posterior revogar a anterior quando a norma a ser revogada já estiver em vigor. Dessa observação podemos extrair a seguinte regra: norma (de vigência) posterior revoga a norma (de vigência) anterior.

Assim, verifica-se que, embora a Lei de Mediação tenha entrado em vigor em 29 de dezembro de 2015, o CPC/2015 teve seu início de vigência em 18 de março de 2016. Então, pelo critério cronológico, a regra do art. 334 do Código de Processo Civil teria revogado a regra do art. 27 da lei mediativa. Se analisarmos, contudo, a questão pelo critério da especialidade outras dúvidas surgem. A Lei de Mediação é legislação especial no que se refere a tal meio autocompositivo? Se tomarmos tal hipótese como verdadeira, teríamos conflito entre critérios de resolução de antinomias normativas: cronológico *versus* especialidade. No caso de conflito entre tais critérios prevalece o da especialidade, de acordo com a *regra lex posterior non derogat priori specialli*[70] (Art. 2°, §2º, da LINDB), e, portanto, a norma posterior (CPC/2015) não teria revogado a anterior especial (Lei de Mediação).

Em relação ao critério da hierarquia, maiores análises neste caso são desnecessárias, pois é claro que ambas as normas legais têm mesmo grau hierárquico (leis federais). É importante também destacar que a Lei de Mediação não trouxe menção expressa sobre a revogação das normas do CPC/2015 ou vice-versa.

De outro lado, o Código de Processo Civil, em seu art. 1.046, § 2º, estabeleceu que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, sendo o CPC aplicado supletivamente em tais situações.

De outra parte, importante ressaltar que se focarmos a análise do conflito das normas contidas no art. 334 do CPC/2015 e no art. 27 da Lei de Mediação, observamos que a primeira trata da designação tanto das audiências de *mediação* quanto das de *conciliação*, em procedimentos *judiciais*. Cabe ressaltar que, *a priori*, o art. 27 da Lei da Mediação trata apenas das audiências de *mediação* em procedimentos judiciais. Logo, a norma do art. 27 da

---

[70] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Campos. Rev. Téc. Cláudio de Cicco. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

Lei de Medição não tutela os casos de designação de sessões de conciliação, sendo que tal situação é inequivocamente tutelada, exclusivamente, pelo art. 334 do CPC/2015.

Diante das diversas questões acima mencionadas, a doutrina diverge sobre tal conflito normativo, existindo, hoje, quatro correntes sobre qual norma deve prevalecer, assim resumidos por Paula Lovato Pagnano e Fernando da Fonseca Gajardoni[71]:

> 1° Corrente: Os dispositivos relativos ao mediador e à mediação judicial, constantes na Lei de Mediação (arts. 2° a 8°, 11 a 13 e 24 a 29), prevalecem por conta do princípio da especialidade (Art. 2°, da LINDB), de modo que as referências do CPC/2015 (art. 165 e ss. e 334) a respeito do tema estão superadas.
>
> 2° Corrente: Afirma que *não* há propriamente especialidade da Lei de Mediação em relação ao CPC/2015, que, embora, trate de diversos temas, também cuida de mediação/conciliação de modo especial, estabelecendo um marco legal na temática. Prevaleceria, assim, o disposto no art. 2°. §1°, da LINDB: a lei (de vigência) posterior (CPC) revoga a lei (de vigência) anterior (Lei de Mediação), sendo eficaz, portanto, a partir de sua vigência, o regramento do CPC/2015 sobre mediação/conciliação judicial. Em relação à mediação extrajudicial como o CPC/2015 não trata do tema, a Lei de Mediação continua hígida.
>
> 3° Corrente: A Lei de Mediação apenas se aplica às mediações, nesta parte estando revogado o CPC/2015, por conta do princípio da especialidade. Permaneceriam hígidas, todavia, todas as regras do CPC/2015 a respeito da conciliação, uma vez que são distintos institutos. Haveria, então, dois sistemas normativos, um para disciplinar integralmente a mediação judicial e extrajudicial (Lei de Mediação) e outro a disciplinar a conciliação judicial (CPC/2015).
>
> 4° Corrente: Afirma existir microssistema normativo de mediação/conciliação no Brasil, havendo, em realidade, a necessidade de uma leitura integrada das normas a respeito do tema constantes na Lei de Mediação e CPC/2015, extraindo de ambas aquilo que se compatibilizar de modo mais adequado com os institutos da mediação/conciliação. Assim, em casos de dúvidas quanto à aplicação de uma ou outra norma, o intérprete deveria fazer a interpretação que mais se coadune com os princípios da mediação.

Para esses autores[72], a quarta posição seria a mais acertada, pois se encontra em consonância com a regra contida no art. 3° do CPC/2015, que busca fomentar a prática da

---

[71] PAGNANO, Paula Lovato; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação no processo civil brasileiro e italiano. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 44, n. 287, p. 509-530, jan. 2019. p. 513-514.

[72] PAGNANO, Paula Lovato; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação no processo civil brasileiro e italiano. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 44, n. 287, p. 509-530, jan. 2019. p. 514.

autocomposição. São adeptos dessa corrente Ada Pellegrini Grinover[73], Fernanda Tartuce[74] e Gustavo Garcia[75].

Para Tartuce, a funcionalidade é a primeira justificativa para a aplicação do diálogo das fontes:

> [...] como vivenciamos uma explosão de lei (um "Big Bang Legislativo", na feliz expressão de Ricardo Lorenzetti), nesse mundo pós-moderno, globalizado e complexo abunda a quantidade de normas jurídicas – a ponto de deixar o aplicador do Direito desnorteado, diga-se de passagem. Por força do diálogo das fontes, é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação; afinal, os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns ao expressar ter como pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade. Em casos de dúvida quanto à aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação. Tal análise será feita oportunamente, quando da apreciação de diversas ocorrências normativas e do perfil de sua aplicação prática[76].

A despeito do brilhantismo dos autores que sustentam a tese da não revogação de normas do CPC/2015 pela Lei da Mediação ou vice-versa, e que advogam pela tese da existência de um microssistema normativo de mediação/conciliação e do objetivo louvável de trazer maior coerência ao sistema, tais argumentos não convencem. Ao defender que tanto a regra contida no art. 27 da Lei da Mediação estaria em vigor como a do art. 334 do CPC/2015, fica evidente a insegurança jurídica. Ambas as normas estabelecem a obrigatoriedade da designação da sessão de tentativa de autocomposição na fase inicial do processo, tendo fixado com rol taxativo com hipóteses diversas para sua não realização.

Se adotarmos a orientação de que ambas normas estão em vigor (art. 334/CPC/2015 e art. 27/Lei da Mediação) e que caberá ao magistrado, à luz do caso concreto, avaliar qual norma irá aplicar, admitimos que cabe ao juiz designar, por exemplo, audiência de mediação, mesmo com expressa manifestação das partes sobre desinteresse em sua realização e, em outro caso, diante da manifestação do desinteresse das partes, dispensá-la.

Tal situação resta mais incoerente quando se observa que o legislador não desejou delegar ao magistrado a análise de oportunidade e conveniência para designar ou não tal

---

[73] GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, v. 8, n. ja/mar. 2016, p. 15-36, 2016.p. 5-6.

[74] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 299.

[75] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Mediação e autocomposição: considerações sobre a Lei n.° 13.140/2015 e o Novo CPC. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v. 13, n. 97, Ed. Especial, set/out de 2015. P. 161

[76] TARTUCE, op. cit., p. 299.

audiência. Pelo contrário, a regra estabeleceu critério objetivo e taxativo para permitir a sua não realização.

Podemos criticar a escolha do legislador, pois talvez o mais oportuno e adequado fosse permitir encaminhar para sessões de mediação e conciliação os casos em que tais mecanismos de resolução de controvérsias fossem, pelo menos aparentemente, adequados para tratamento do litígio, e não de forma automática. Não obstante, essa não foi a opção do legislador, que preferiu criar regra inflexível e não sujeita a ponderações subjetivas. De outro lado, podemos mencionar que duas normas antinômicas permanecerão em vigor, e caberá ao intérprete aplicar uma ou outra conforme critérios de conveniência e adequação – o que implica afrontar o princípio geral da segurança jurídica.

Para que se possa falar em segurança jurídica, é necessário que o ordenamento jurídico tenha coerência interna e consistência (congruência e harmonia entre as proposições normativas). Dessa forma, o cidadão poderá conhecer com clareza e determinação as normas jurídicas, possibilitando a antecipação das consequências dos atos que venha a praticar. Ademais, a necessidade de certeza é imanente à própria ideia de direito. Nas palavras de Humberto Ávila: "Segurança jurídica é um valor constitutivo do Direito, visto que sem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico. A função primeira do Direito é asseguradora".[77]

Ainda segundo esse autor, a exigência de não contradição entre normas (dever de consistência ou coerência formal), tanto na fase de sua edição pelo Poder Legislativo quanto na fase de sua aplicação, contribui para a cognoscibilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico. Dito de outro modo, saber que as normas não podem entrar em desacordo umas com as outras faz parte do princípio da segurança jurídica, pois o cidadão, ao conhecer as consequências normativas atribuídas a atos ou fatos análogos, poderá antecipar a imposição da mesma consequência jurídica para atos similares que venha a praticar[78].

Nesse sentido, apesar de ser tentadora a adoção da teoria do diálogo das fontes e do reconhecimento da possibilidade de subsunção concomitante do CPC e da Lei de Mediação – com a possibilidade de aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo –, tal solução atenta contra a necessidade de coerência sistêmica e, portanto, contra o valor essencial da segurança jurídica.

Se afastarmos tal corrente, ainda nos restará a primeira, a segunda e a terceira correntes delineadas por Paula Lovato Pagnano e Fernando da Fonseca Gajardoni.

---

[77] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 354 e 355.
[78] Ibidem.

Enquanto a primeira corrente afirma que dispositivos relativos ao mediador e à mediação judicial constantes na Lei de Mediação prevalecem em face do CPC/2015 (art. 165 e ss. e 334) por conta do princípio da especialidade, a segunda afirma que não haveria especialidade da Lei de Mediação em relação ao CPC/2015 e, portanto, a lei (de vigência) posterior (CPC) revogaria a lei (de vigência) anterior (Lei de Mediação). Por fim, e de acordo com a terceira corrente, a Lei de Mediação apenas se aplicaria às mediações, nessa parte estando revogado o CPC/2015, por conta do princípio da especialidade. Permaneceriam hígidas, contudo, todas as regras do CPC/2015 a respeito da conciliação, uma vez que esta é instituto distinto da mediação, de modo que existiriam dois sistemas normativos, um para disciplinar integralmente a mediação judicial e extrajudicial (Lei de Mediação) e outro a disciplinar a conciliação judicial (CPC/2015).

O que diferencia essas três correntes são dois pontos: a Lei de Mediação como norma especial em relação ao CPC/2015 e a ênfase na distinção da mediação e da conciliação como institutos diversos.

Em relação à defesa da prevalência do diploma mediativo sobre o CPC/2015, por conta do princípio da especialidade (Art. 2°, da LINDB), entendemos que tal ponto de vista é equivocado.

Tal equívoco pode ser identificado através da ponderação da seguinte premissa: normas especiais se aplicam sem prejuízo das gerais e pressupõem campos distintos de incidência, porém, em leitura atenta do art. 27 da Lei de Mediação, não se consegue verificar campo distinto de incidência em relação à esfera de aplicação do art. 334 do diploma processual.

Em contrapartida, para que se possa falar de regra especial, tal regra deve regular uma espécie, enquanto a regra geral trata de um gênero. A prevalência da regra especial em detrimento da geral, aliás, corresponde a um processo natural de diferenciação de categorias, com fito na igualdade e, portanto, no tratamento legal diferenciado às situações ou pessoas que pertencem a categorias diferentes[79].

O mesmo podemos dizer da regra contida no art. 11 da Lei de Mediação em cotejo ao art. 167 do Código de Processo Civil, já que o grau de generalidade com que ambos tratam dos requisitos para atuar como mediador judicial são similares.

---

[79] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Campos. Rev. Téc. Cláudio de Cicco. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

Nesse sentido, se tais normas são autoexcludentes, deve ser reconhecida a hipótese de derrogação, a ser resolvida em termos cronológicos. Consequentemente, a lei (de vigência) posterior (CPC/2015) revoga a lei (de vigência) anterior (Lei de Mediação).

Uma observação que não altera a conclusão acima esposada é que, se existe algum grau de diferenciação entre o campo de incidência da norma contida no art. 334 do CPC/2015 e da contida no art. 27 da Lei de Mediação, a especialidade seria da norma contida no diploma processual, que regula exclusivamente o procedimento mediativo e conciliatório nas ações cíveis sujeitas ao procedimento comum. De outra banda, a norma do art. 27 da Lei de Mediação incide em todos os litígios que admitam mediação (com exclusão de ações trabalhistas).

Por outro lado, e enfrentando a questão da diferenciação dos institutos, se é verdade que a Lei n° 13.140/2015 trata exclusivamente da mediação, em suas vertentes extrajudicial e judicial, o CPC/2015, por sua vez, regula a mediação e conciliação *judicial.* Assim, a conciliação extrajudicial não é regulada por nenhum dos dois diplomas, cabendo ao intérprete aplicar à conciliação extrajudicial, por analogia, as regras que se referem à mediação extrajudicial, no que for compatível (art. 4°, LINDB).

Ao defender a corrente de que não há propriamente especialidade da Lei de Mediação em relação ao CPC/2015 e que o diploma processual, por ser a lei (de vigência) posterior revogou a Lei de Mediação, no que eles forem conflitantes obtém-se ganho de coerência ao ordenamento jurídico – pois, em sentido contrário, e se tratarmos as normas da Lei de Mediação como especiais e considerando que esse diploma não incide sobre a conciliação, as hipóteses de dispensa da realização da audiência de tentativa de autocomposição seriam diversas conforme o caso fosse direcionado a um ou outro mecanismo, já que em um caso seria aplicável o art. 27 da Lei de Mediação e, em outro, o art. 334 do Código Processual.

Tal disparidade de tratamento, inclusive, traria discussão em relação à eventual ofensa à garantia da igualdade (art. 5, caput da CF/88), que no plano processual está prevista no art. 7° do Código de Processo Civil.

Outra questão que poderia surgir diz respeito à possibilidade de as partes ou o juiz poderem escolher ou alterar a alocação do meio autocompositivo para o qual serão direcionados. Se entendermos que são diversas as hipóteses de eximir-se a realização da primeira sessão de tentativa de autocomposição, inferimos que o juiz ou as partes poderiam criar a possibilidade de dispensar a realização da audiência prévia de mediação ao elegerem a conciliação como técnica, pois, com a alteração, a regra aplicável passaria a ser a do art. 334

do CPC/2015, que admite a sua não realização desde que todas as partes, de forma expressa, manifestem desinteresse.

Daí decorre um paradoxo: a admissão de que as partes podem eleger o mecanismo autocompositivo fundamenta-se no princípio da autonomia da vontade, o que aumenta a adesão ao procedimento consensual, e não na possibilidade de autorregular situações alcançadas por normas cogentes.

Podemos imaginar hipótese em que, apesar da existência de vínculo anterior, as partes elegessem a conciliação como meio de resolução da controvérsia, para que, subsequentemente, elas manifestem de forma conjunta desinteresse na realização da audiência prévia. Nesta situação, o desvio de finalidade estaria caracterizado, posto que a eleição do método teve como único objetivo não se submeter à tentativa prévia de autocomposição.

A despeito das críticas que possam existir em relação à obrigatoriedade, que são muitas, tal conduta (de as partes escolherem a conciliação nos casos em que o conflito seria direcionado para tentativa de mediação, para em seguida protestarem pela supressão de tal fase processual) poderia ser resolvida com a figura do exercício abusivo de faculdade processual. O abuso ocorre quando é utilizado instrumento que a lei prevê para determinada situação processual (fato que confere a aparência de legalidade ao ato), mas de forma a atingir finalidade diversa daquela buscada pelo legislador. Essa é a lição de Helena Najjar Abdo:

> Entretanto, há abuso do processo toda vez que a decisão entre praticar ou não o ato estiver ligada a finalidades estranhas à própria prática do ato, ou seja, quando ocorrer o tantas vezes aludido desvio de finalidade. Em outras palavras, pode-se dizer que o sujeito age abusivamente quando opta por utilizar-se de determinado mecanismo processual para alcançar outros fins que não aqueles normalmente previstos para o respectivo meio ou instrumento utilizado.[80]

Na ausência de regra contida no CPC/2015 para identificar o exercício abusivo de uma conduta processual, o paralelo que pode ser feito é com a lei material e os parâmetros que ela fixa para classificar o exercício de um direito como abusivo. De acordo com a regra contida no art. 187 do Código Civil, comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É evidente que uma conduta que vise a desrespeitar as finalidades institucionais do processo (os escopos sociais, políticos) não pode ser admitida. Tampouco é aceitável violar os

---

[80] ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

princípios da boa-fé (art. 5° do CPC/2015), devendo as partes agir em juízo com lealdade, cooperando entre si e com o juiz no exercício justo da atividade jurisdicional, bem como no da cooperação (art. 6°, do CPC/2015) – o que envolve a atribuição de diversos deveres comportamentais aos sujeitos do processo, cabendo às partes os deveres de esclarecimento, de lealdade e de proteção. Nessa perspectiva, entendemos que as partes podem eleger o meio autocompositivo. Essa eleição pelas partes, porém, não poderá implicar alteração das hipóteses da obrigatoriedade da realização da audiência (sessão) prévia de autocomposição, sob pena de insegurança jurídica ou de abuso na utilização de faculdades jurídicas.

No entanto, todas essas questões se veem superadas ao compreendermos que as regras do CPC/2015 e da Lei de Mediação têm exatamente o mesmo grau de generalidade, e, portanto, o critério da especialidade não é o adequado para a resolução desta antinomia jurídica, mas sim o cronológico.

5.1 CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL E MEDIADOR JUDICIAL

Questão que merece ser tratada com maior profundidade é o conflito entre os dois diplomas legais em relação às exigências de que alguém possa atuar como mediador judicial (art. 11 da Lei de Mediação e art. 167, § 1º, CPC/2015).

Enquanto o Código de Processo Civil exige como requisito 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, a Lei de Mediação exige, além do requisito mencionado no diploma processual, que o pretendente seja graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior por instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Em relação ao cadastro, as leis também divergem. Por um lado, o CPC/2015 estabelece a necessidade de o mediador estar inscrito no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal perante o qual pretende atuar, ao passo que a Lei de Mediação (art. 12, § 1°) exige a inscrição apenas e tão somente perante o tribunal com jurisdição na área em que o interessado pretende exercer a mediação.

Conforme entendimento já mencionado, inexiste especialidade entre tais normas, sendo que a norma regra contida no art. 167 do Código de Processo Civil prevalece, sendo aplicável tanto aos conciliadores como aos mediadores judiciais e portanto se dispensaria ao conciliador ou mediador judicial, serem graduados há pelo menos dois anos em curso superior

reconhecido pelo Ministério da Educação, bastando apenas estarem capacitados por escola ou instituição de formação credenciada.

Não obstante, e considerando ausência de previsão no CPC/2015 sobre os requisitos para alguém ser conciliador extrajudicial, aplicam-se, por analogia, os mesmos critérios que a Lei de Mediação exige para o mediador extrajudicial (art. 9°). Em outras palavras, poderá funcionar como conciliador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer conciliação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Do ponto de vista científico e hermenêutico, não nos parece que exista outra solução a não ser a anunciada acima.

Devemos destacar, porém, a existência de outras posições. Fernanda Tartuce propõe solução diversa, admitindo o cadastramento nos tribunais de todos os mediadores judiciais que tenham capacitação reconhecida mas que não cumpram o requisito da formação universitária concluída há mais de dois anos. Segundo a autora, os tribunais deveriam dar publicidade ao fato de os mediadores não terem cumprido tal requisito, e as partes dariam o valor que entendessem apropriado a essa característica do mediador judicial.[81]

O CNJ, por sua vez, em resposta à consulta formulada pelo núcleo permanente de métodos consensuais de solução de conflitos do Tribunal Regional Federal da 4° Região[82], assim se manifestou:

> (a) Para ser conciliador, não há necessidade de ser graduado no ensino superior há mais de dois anos;
> (b) Estudantes universitários que tenham passado por capacitação conforme o Anexo I da Resolução 125/2010 do CNJ podem ser conciliadores;
> (c) Estudantes que não passaram pela capacitação podem atuar apenas como auxiliares, estagiários ou observadores;
> (d) A exigência para atuar como mediador judicial, no entanto, é aquela estipulada no art. 11 da Lei de Mediação: ser graduado há mais de dois anos e capacitado de acordo com os requisitos mínimos definidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

Ao mesmo tempo em que o CNJ aponta que as exigências para atuar como mediador judicial são as mencionadas no art. 11 da Lei de Mediação – e por conseguinte é necessário

---

[81] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

[82] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. CONSULTA. TRF4. 0007324-12.2016.2.00.0000. TRF4. Ratificação de liminar concedida de ofício... Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=3FDACF858392DA0F2E5C8DE13137C5CC?jurisprudenciaIdJuris=48430>. Acesso em: 27 out. 2019.

que o candidato seja graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior –, em relação à necessidade de cadastramento (antinomia entre o art. 12, §1º da Lei de Mediação e o art. 167, §1° do CPC/2015), a posição parece ter sido diversa, tendo sido adotada como vigente a norma processual. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça mantém[83] cadastro nacional de mediadores judiciais e conciliadores (CCMJ) para atender ao disposto no artigo 167 do Código de Processo Civil, sendo evidente a contradição, pois, se prevalecem as regras contidas na Lei de Mediação para habilitação de mediadores judiciais, por que razão, em relação ao cadastramento, prevalece o Código de Processo Civil?

No próprio portal do CNJ, porém, é também informado que o cadastro nacional é apenas uma interligação dos cadastros dos tribunais, não executando o Conselho nenhuma ação administrativa sobre o CCMJ. Em resumo, a administração do cadastro nacional de mediadores e conciliadores compete aos tribunais estaduais e federais, órgãos responsáveis pela aprovação ou pelo indeferimento dos pedidos de inscrição efetuados.

Ao adotar tal posição, de fato existe apenas a exigência de um único cadastramento perante o tribunal com jurisdição na área em que o interessado pretende atuar. Esse tribunal admitirá ou não o pedido de inscrição, sendo o cadastro nacional um compêndio dos cadastros de cada um dos tribunais. Tal solução harmonizou de forma prática o conflito entre o diploma processual e a Lei de Mediação, pois dessa maneira atende-se a ambos os comandos legais.

Entendemos, porém, que a solução adequada seria o reconhecimento de que o Código de Processo Civil prevalece em relação à Lei de Mediação em relação à essa matéria, por conta do critério cronológico, de forma a trazer maior estabilidade e previsibilidade.

5.2 POSSIBILIDADE DE AS PARTES ESCOLHEREM O CONCILIADOR OU MEDIADOR OU ATÉ CÂMARA PRIVADA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

De acordo com a regra contida no art. 168 do Código de Processo Civil em vigor, as partes, de comum acordo, podem escolher o mediador, que poderá ou não estar cadastrado no tribunal:

> 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.

---

[83] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Como faço minha inscrição no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Consiliadores?** [s.l.; s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/como-faco-minha-inscricao-no-cadastro-nacional-de-mediadores-judiciais-e-conciliadores/>. Acesso em: 24 dez. 2019.

> § 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.
> § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Por sua vez, o art. 4 da Lei de Mediação prevê que o mediador será eleito pelas partes ou designado pelo tribunal:

> O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.
> § 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.
> § 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

Por fim, a regra contida no art. 25 da mesma lei prevê: "Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei".

Em outras palavras, de proêmio podemos verificar aparente contradição existente entre os dispositivos normativos contidos na Lei de Mediação. Isso porque, se de um lado o artigo 4° da lei mediativa traz grande autonomia às partes, que de comum acordo elegem os mediadores que entendem ser os mais adequados à tentativa de composição amigável, por outro o art. 25 do mesmo diploma, traz regra mais restritiva e impõe às partes o dever de aceitação do mediador a ser designado pelo tribunal.

De outra banda, é também evidente que a regra contida no art. 4° da Lei de Mediação, em comparação com a contida no art. 25 do mesmo diploma legal, está em maior sintonia com o instituto da mediação, dado que pressupõe voluntariedade e respeito à autonomia da vontade.

Entre os critérios que são utilizados para dirimir conflitos normativos, o elemento teleológico é bastante utilizado e consiste em analisar os fins que a lei visa a atingir. Dito de outro modo, toda vez que o legislador elabora uma lei, insere nela uma ideia, um fim a ser atingido que motivou a sua criação. Essa finalidade é reconhecida como *mens legis* ("espírito da lei").

Luís Roberto Barroso ensina que o elemento teleológico "[...] procura revelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito"[84].

---

[84] BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129-130.

Diante disso, cabe questionar: no caso em apreço, a regra contida no art. 25 da Lei de Mediação está de acordo com o *mens legis*? E como devemos interpretá-la?

O art. 2° da Lei de Mediação informa que a mediação é orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; *V – autonomia da vontade das partes*; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade, e VIII – boa-fé. Esses princípios, especialmente o contido no inciso V, informam todo o sistema de mediação pátrio.

Diante do exposto, será que a regra contida no art. 25 da Lei de Mediação conflita com o princípio da autonomia da vontade, previsto no mesmo diploma?

Na doutrina estrangeira, Timothy Heddeen[85] ao definir o que seria a autonomia da vontade na mediação, se utiliza de conceito que inclui a liberdade das partes de eleger o mediador:

> *Standard 1. Self-determination*
> *A. A mediator shall conduct a mediation based on the principle of party self-determination. Self-determination is the act of coming to a voluntary, uncoerced decision in which each party makes free and informed choices as to process and outcome. Parties may exercise self-determination at any stage of a mediation,* ***including mediator selection,*** *process design, participation in or withdrawal from the process, and outcomes (American Arbitration Association et al., 2004)* (grifos nossos).

Por outro lado, a necessidade de coerência do sistema é imanente ao Direito, como decorrência da segurança jurídica. Assim, o elemento sistemático é extremamente relevante, já que se assenta na ideia de unidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o intérprete deve levar em consideração o contexto geral, estabelecendo relação entre as normas jurídicas no momento da interpretação. Nesse sentido, a norma contida no art. 25 da lei deve ser interpretada à luz do princípio da autonomia da vontade, vetor interpretativo de todo sistema de mediação pátrio.

Se lermos essa regra à luz do princípio da autonomia da vontade, podemos depreender que as partes, em comum acordo, podem eleger o mediador ou a câmara privada de mediação à qual pretendem submeter a tentativa de autocomposição prévia. Caso não exista consenso e o tribunal designe mediador, porém, as partes não poderão recusá-lo.

---

[85] HEDEEN, Timothy. Coercion and self-determination in court-connected mediation: All mediations are voluntary, but some are more voluntary than others. **Justice System Journal**, [s.l.], v. 26, n. 3, p. 273-291, 2005. p. 274.

No mesmo sentido, Fernanda Tartuce afirma que os mediadores judiciais "[...] não estão sujeitos à prévia aceitação das partes (Lei n° 13.140/2015, art. 25); assim, não tendo havido escolha, uma vez sorteado o terceiro facilitador não será necessária a expressa aceitação das partes"[86]. Essa interpretação é a que mais se amolda ao princípio informador da autonomia da vontade das partes e, portanto, a mais correta hermeneuticamente.

É importante destacar, porém, exceção à regra contida no art. 25 da Lei de Mediação. Não tendo sido possível acordo entre as partes para a escolha do mediador, e tendo o tribunal sorteado um, a impossibilidade de as partes o recusarem comporta uma exceção, caso seja suscitada alguma dúvida justificada sobre sua imparcialidade (art. 5º, parágrafo único, Lei de Mediação).

Sendo assim, entendemos que não existe um verdadeiro conflito jurídico entre as normas contidas nos arts. 4° e 25 da Lei de Mediação e, portanto, tampouco entre estes e a norma contida no art. 168 do diploma processual.

Torna-se relevante, ainda, destacar que, apesar de a Lei de Mediação não fazer alusão à possibilidade de as partes escolherem uma câmara privada de mediação, mas apenas mediadores, tal possibilidade existe, tanto em razão de tal faculdade estar prevista no art. 168 do CPC/2015 como pela interpretação teleológica do art. 4° da Lei de Mediação.

---

[86] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 332.

6 TEORIA E PRÁTICA

6.1 FORMA

Ao designar a audiência de conciliação ou mediação, o juiz deve zelar para que exista intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e a abertura da subsequente.

Por outro lado, a audiência poderá ser realizada por meio eletrônico, quando tal procedimento for adequado e houver disponibilidade técnica do juízo (§7°, art. 334, CPC/2015). Em relação ao local de sua realização, ela deverá ocorrer no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) – mas, inexistindo um na comarca, poderá ser feita no fórum.

Por fim, no que diz respeito a quem presidirá a audiência, inexistindo quadros de conciliadores ou mediadores o juiz poderá presidi-la. Tal expediente, contudo, não é recomendado, tanto em razão de faltar ao magistrado formação específica para a mediação/conciliação como, especialmente, em razão de se quebrar a garantia da confidencialidade do procedimento.

A confidencialidade tem como principal objetivo garantir às partes a liberdade de manifestar contornos do conflito (troca de informações para exploração de opções de acordos possíveis) e propensão a dispor (renúncia, transação) dos direitos em litígio sem que tais declarações sejam utilizadas, futuramente, para dirimir o conflito, caso a autocomposição seja infrutífera.

Por esse motivo, o dever de confidencialidade contribui para maior abertura das partes na condução do processo e, portanto, para melhores resultados em mediações e conciliações. No entanto, quando o próprio juiz, que futuramente proferirá a decisão adjudicada, atuar como terceiro facilitador, a criação de ambiente seguro em que as partes podem se “abrir” sem receio de pré-julgamentos estará inviabilizada.

Outro inconveniente de o magistrado servir como conciliador ou mediador é que, ao cumular a atividade decisória, suas manifestações carregarão, necessariamente, a autoridade de sua função. Isso implica dizer que, em maior ou menor grau, as partes sempre terão receio das consequências negativas de não cederem às sugestões de acordo feitas pelo juiz.

Ao mesmo tempo, temor e receio de não se concluir um acordo são incompatíveis com o princípio fundamental que norteia o sistema autocompositivo brasileiro, o da autonomia da vontade das partes.

6.2 PRAZOS DE DESIGNAÇÃO E INTIMAÇÃO DO RÉU

O art. 334 do CPC/2015, em seu *caput*, exige que o juiz designe a audiência com 30 dias de antecedência, sendo o réu citado para comparecer à audiência de tentativa prévia de autocomposição com 20 dias de antecedência. Esse prazo visa a permitir que ele se prepare adequadamente para participar de tal sessão.

É importante destacar que a lei estabelece esse prazo mínimo especialmente no que se refere à designação da audiência, mas não estabelece prazo máximo. Evidentemente, dependendo do acúmulo de processos e da taxa de congestionamento, ela poderá ser designada para data muito distante da distribuição.

Para Juliana Vieira dos Santos[87], a não observância desse prazo mínimo implica a nulidade da citação e, portanto, a necessidade de redesignação da audiência. A autora traz como subsídio para tal entendimento o tratamento que a jurisprudência dava ao art. 277 do código de 1973 (sobre procedimento sumário), que considerava nula a citação que não obedecesse ao prazo estipulado.

Por outro lado, a normativa legal é silente quanto à contagem desse prazo, girando a questão em torno de como ele será contado: se da data da juntada do mandado cumprido aos autos ou da efetiva citação. Porém, a utilização do entendimento jurisprudencial em relação ao art. 277 do antigo código processual não é suficiente para encontrar definição para o tema, já que a jurisprudência do STJ era dividida.

> O prazo não inferior a dez dias para a realização da audiência no rito sumário conta-se da data de juntada aos autos do mandado" (STJ, 4ª T., REsp nº 416217/MA, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 5/12/2002, DJ de 12/5/2003, p. 305). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp nº 331584/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 21/11/2006, DJ de 12/2/2007, p. 263.
>
> Em sentido contrário: "No procedimento sumário a audiência não se realizará em prazo inferior a dez dias contados da citação. Este prazo é contado da data da efetiva citação e não da data da juntada aos autos do mandado citatório devidamente cumprido" (STJ, 4ª T., AgRg no REsp nº 1334196/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 12/11/2013, DJe de

[87] SANTOS, Juliana Vieira dos. Comentários ao artigo 334 do Código de Processo Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de processo civil anotado**. São Paulo: AASP/OAB/PR, 2018.

> 21/11/2013). E ainda: STJ, 3ª T., REsp nº 76348/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 5/11/1996, DJ de 3/2/1997, p. 719.[88]

Ainda segundo Juliana Vieira dos Santos, a justificativa dos julgados que consideravam a contagem do prazo da citação efetiva era a compreensão de que a forma prevista no art. 241, inciso II do CPC/1973 dizia respeito ao procedimento ordinário, e não ao sumário, regulado em outra parte do código. Porém, no CPC/2015, além de não constar mais distinção entre procedimentos, há referência geral sobre contagem de prazos a partir da juntada (no art. 231), motivo pelo qual, provavelmente, a jurisprudência se firmará no sentido de entender que a antecedência será contada da juntada do mandado de citação nos autos.[89]

6.3 NECESSIDADE DA PRESENÇA DA PARTE SEU ADVOGADO NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO

O art. 334, em seu 10º parágrafo, faculta às partes o direito de representação na audiência por um terceiro, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

A dúvida que em um primeiro momento surgiu provém da possibilidade de o próprio advogado ser esse "representante". Isso decorre da previsão contida no art. 25 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil[90], pela qual "[...] é defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente".

Como já teve oportunidade de esclarecer o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, essa proibição parece, no entanto, não se aplicar

> [...] à representação processual, porquanto a participação do advogado, aqui, na qualidade de representante negocial, restringir-se-á à negociação e à assinatura do termo de acordo – atividades típicas do exercício da advocacia. A restrição do Código de Ética refere-se à preposição em causas trabalhistas,

---

[88] SANTOS, Juliana Vieira dos. Comentários ao artigo 334 do Código de Processo Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de processo civil anotado**. São Paulo: AASP/OAB/PR, 2018. p. 575.

[89] Ibidem.

[90] Aprovado pela Resolução 02/2015, do Conselho Federal da OAB. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 nov. 2015. Seção 1, p. 77.

> nas quais a figura do preposto assume outras funções processuais – depor pela parte, por exemplo [...][91]

De acordo com André Pagani de Souza, em nenhuma circunstância se pode perder de vista que o propósito maior do processo, e não apenas do legislador que produziu o Código de Processo Civil de 2015, é a pacificação social:

> Aplicar uma multa àquele que outorgou uma procuração para o seu advogado representá-lo em audiência de conciliação ou mediação (com poderes para negociar e transigir), ao arrepio do que dispõe o § 10 do art. 334 do CPC, contribuiria para *prolongar conflitos* em vez de *eliminar conflitos*, pois seria mais uma batalha secundária a ser travada (sobre o cabimento de uma multa ou não) dentro de um triste processo que nascera devido a um outro conflito certamente mais importante que a multa. É preciso acabar com o processo como instrumento para *prolongar* conflitos e utilizá-lo para debates de questões que realmente importam para as partes e para a sociedade como um todo (que é quem paga a conta ao final de tudo).[92]

Atualmente, na prática forense, o entendimento de que o comparecimento pessoal à sessão autocompositiva não é necessário, já que a lei faculta expressamente que a parte seja representada, se não é pacífico, é majoritário. Para ilustrar, transcrevemos abaixo algumas ementas:

> EMENTA: Honorários advocatícios. Ação de cobrança. Audiência de conciliação postulada pelas autoras. Presença de apenas um dos réus e do advogado de todos eles, com poderes específicos para transigir, firmar compromisso e fazer acordo. 1. Reconhecimento de ato atentatório à dignidade da justiça com imposição de multa (CPC, art. 334, §8º). Descabimento. Possibilidade de representação (§10 do mesmo artigo de lei). Reforma da decisão de primeiro grau. 2. Litigância de má-fé das autoras na petição que ensejou o ato ora impugnado Conduta reprovável não caracterizada. Agravo provido em parte. (TJSP, Agravo de instrumento nº 2170209-07.2019.8.26.0000, Des. Rel. Vianna Cotrim, data do julgamento 26.09.2019).[93]

> Apelações. Compra e venda de imóvel. Resilição. Possibilidade. Devolução das parcelas pagas cumulada com indenização por dano moral. Sentença de procedência parcial. Aplicação de multa. Ausência injustificada na audiência

---

[91] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. 17ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 1656535-0 (decisão monocrática). Relator Lauri Caetano da Silva. Data de julgamento: 13 mar. 2017**. Diário da Justiça**, [s.l.], n. 1994, 22 mar. 2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12314589/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-1656535-0#integra_12314589>. Acesso em: 27 out. 2017.

[92] SOUZA, André Pagani de. Presença da parte na audiência de conciliação ou mediação. **Migalhas**, [s.l.], 15 fev. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI274384,31047-Presenca+da+parte+na+audiencia+de+conciliacao+ou+mediacao>. Acesso em: 27 out. 2019.

[93] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Registro 2019.0000796303**. Acórdão. São Paulo, 26 set. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12920980&cdForo=0>. Acesso em: 27 out. 2019.

> de conciliação. *Ré não compareceu na audiência de conciliação. Comparecimento de advogada, sem poderes para transigir. Aplicação do art. 334, § 8º, do CPC/2015. Ré devidamente intimada da audiência em agosto de 2017, com tempo suficiente para constituição de advogado apto para a audiência, que somente se realizou em 17/10/2017*. Comissão de corretagem. Alegação de ilegitimidade passiva e falta de interesse de agir. Recurso não conhecido nesse aspecto. Questão debatida nos autos que não abrange comissão de corretagem. Sentença que expressamente reconheceu que essa verba não faz parte da pretensão inicial. Ausência de recurso dos autores nesse sentido. Nesse aspecto, recurso não conhecido. Resilição contratual. Possibilidade. Entendimento das Súmulas 1, 2 e 3 desta C. Corte de Justiça. Restituição. Pedido da ré de retenção de grande parte dos valores pagos. Abusividade caracterizada. Princípios da equidade e da boa-fé que regem as relações de consumo, bem como o do equilíbrio contratual. Aplicação dos artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor. Retenção de 10% dos valores pagos adequados para cobrir as despesas de administração, publicidade e outras inerentes à contratação. Arras. Pagamento realizado a título de entrada e princípio de pagamento. Confirmação do ajuste. Impossibilidade da retenção das arras. Juros de mora. Termo inicial. Prolação da sentença. Ocasião em que foi decretada a resilição do contrato. Mora não caracterizada em momento anterior. Danos morais não configurados. Sentença que decretou a resilição do contrato. Antes desse momento, era obrigação dos autores adimplir o preço do negócio jurídico. Resilição que se projeta para o futuro e não retroage à data da solicitação administrativa. Negativação do nome dos autores pela ré que configurou exercício regular de direito. Indenização indevida. Juros de mora incidentes a partir da prolação da sentença. Sucumbência recíproca mantida. Preliminares não conhecidas. Recurso de apelação interposto pela ré parcialmente provido, na parte conhecida e provido parcialmente o recurso de apelação interposto pelos autores. (TJSP, Apelação nº 1003649-46.2017.8.26.0038, Des. Rel. Edson Luiz de Queiroz, data do julgamento 19.02.2019 (grifos nossos).[94]

Por outro lado, se a presença pessoal das partes na audiência pelo art. 334 do CPC/2015 pode ser dispensada, desde que representada por terceiro com poderes específicos para transigir, a participação do advogado é indispensável? De acordo com o art. 26 da Lei de Mediação, as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, sendo exceções as mediações ocorridas nos juizados especiais cível estaduais e federais (leis federais nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e n° 10.259, de 12 de julho de 2001). Em igual sentido, o § 9º do art. 334 do Código Processual determina que as partes estejam acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos.

Não obstante a clareza de tais dispositivos, existem posições no sentido da possibilidade da realização da audiência sem a presença do advogado, inclusive com a

---

[94] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Registro 2009.0000106338**. Acordão. São Paulo, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12230570&cdForo=0>. Acesso em: 27 out. 2019.

homologação de composição amigável. Tal posição é externada no enunciado n° 48 do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (Fonamec):

> ENUNCIADO nº 48 – Nos procedimentos processuais (mediação e conciliação judiciais), quando o advogado ou defensor público, devidamente intimado, não comparecer à audiência injustificadamente, o ato poderá ser realizado sem a sua presença se o cliente/assistido concordar expressamente. JUSTIFICATIVA – A necessidade da presença do advogado ou defensor público na audiência de conciliação ou mediação não pode se tornar um óbice à realização do ato quando os profissionais foram regularmente intimados a comparecer e, diante de sua ausência injustificada, o cliente/assistido tenha interesse em realizar a autocomposição ou, pelo menos, participar da audiência.

Tal entendimento, porém, não tem fundamento legal. No caso em que a parte comparece desacompanhada de seu advogado, a não ser que seja designado um dativo, a sessão não poderá ser realizada. Corroborando, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Guilherme Kronemberg Hartmann observam:

> A essencialidade da defesa técnica se extrai não só por esta se traduzir no ganho de confiança da parte para concretizar o acordo; mas, mormente, pelo fato de a eventual avença, homologada pelo juiz por sentença (art. 334, parágrafo 11º, NCPC), ter aptidão de definitividade (art. 487, III, "b", NCPC), devendo ser esclarecidas previamente às partes as consequências oriundas do negócio jurídico. Além disso, convém aclarar que a autocomposição pode gerar outras situações que não a transação, como a desistência ou a renúncia da ação pelo autor, ou mesmo o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu, de onde são extraídos diferentes efeitos jurídicos, provavelmente ignorados pelo leigo.[95]

Por outra banda, a regra do art. 166 do Código de Processo Civil determina serem vetores axiológicos da conciliação e mediação os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da *decisão informada*.

Para que se possa adequadamente garantir ao jurisdicionado o exercício de sua autonomia da vontade, a manifestação deve refletir a real vontade das partes e, portanto, a tomada de decisão no procedimento autocompositivo deve ocorrer mediante o conhecimento sobre o âmbito e as consequências de suas escolhas (princípio da decisão informada). Por esse

---

[95] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronemberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 163-184, mar. 2016. p. 169.

motivo, é fundamental que as partes estejam acompanhadas de seus advogados nas audiências.

Cabe ao advogado orientar o litigante não somente sobre o funcionamento do procedimento mas especialmente sobre impactos de uma transação, renúncia, reconhecimento jurídico do pedido e as probabilidades jurídicas de solução adjudicada. A assessoria jurídica torna-se ainda mais relevante quando o representado não está habituado às disputas judiciais.

Desses apontamentos, a importância da presença do advogado resta evidente, bem como o de os programas de resolução de disputas contemplarem estruturas e convênios para prestação de orientação jurídica[96], o que inclusive vai ao encontro da Resolução nº 125/2010 do CNJ[97], pela qual os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania da Resolução deverão oferecer, além da mediação e da conciliação, serviço orientação jurídica aos cidadãos.

6.4 SANÇÕES E NÃO COMPARECIMENTO

A Lei de Mediação traz previsão expressa de sanção no caso de não comparecimento à sessão *extrajudicial*, em seu artigo 22, § 2º, IV. No entanto, ela não prevê sanção no caso de não comparecimento à sessão inicial de mediação *judicial*. Ao que parece, o legislador, já prevendo que tal tema estava regulado no CPC/2015, relegou esse diploma legal à fixação de penalidade.

O interessante é que essa sanção da Lei de Mediação pode ser cumulada com a prevista no § 8°, art. 334 do Código de Processo Civil, pois elas tratam de situações diversas. Imaginemos a seguinte hipótese: as partes celebram o contrato, inserindo previsão contratual de cláusula de mediação pré-processual pela qual devem, em razão de litígio, submeter o conflito à tentativa de mediação antes de iniciar procedimento arbitral ou processo judicial. Então, uma das partes convidada não comparece à primeira reunião de mediação. Posteriormente, a ação é ajuizada e, novamente, essa parte não vai à audiência prévia de tentativa de mediação, agora processual e judicial.

---

[96] ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário.** 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

[97] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

Nesse caso, além da sanção estabelecida pela Lei de Mediação pelo absenteísmo, durante a fase extrajudicial, o não comparecimento à audiência prévia de mediação processual implicará nova sanção.

Desse modo, não somente a parte faltosa assumirá o ônus do pagamento de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, caso venha a ser vencedora no procedimento judicial posterior (art. 22, §2º, IV, Lei de Mediação), como também arcará com multa equivalente a dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa (art. 334, §8º, CPC/2015). Essa última multa será revertida em favor da União ou do Estado.

Em contrapartida, como não existe lei que regule a tentativa de conciliação extrajudicial, duas posições diversas podem coexistir: a de que no caso da conciliação apenas existiria a penalidade na fase judicial, e a de que, em razão da inexistência de marco legal para a conciliação extrajudicial, seria permitida aplicação analógica da regra contida no art. 22, §2º, IV da Lei de Mediação, aplicando-se, portanto, multa para a fase extrajudicial, que poderia cumular-se com a prevista no Código de Processo Civil para a fase judicial.

Parece-nos que a aplicação analógica seria a mais adequada para garantir certa coerência ao ordenamento jurídico e ao tratamento paritário para situações análogas (Art. 4º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), porém é plenamente plausível sustentar a tese da não aplicabilidade de tal sanção, na fase extrajudicial, pela ausência de cominação legal especifica (art. 5°, XXXIX, CF/88).

6.5. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO

Se houver autocomposição na audiência prévia de conciliação ou mediação, a regra contida no art. 334, § 11 do CPC/2015 exige que o acordo seja reduzido a termo e homologado por sentença. Já a Lei de Mediação prevê, em seu art. 3°, § 2º, a obrigatoriedade da homologação, na mediação judicial, *apenas* nos casos que envolvam direitos indisponíveis mas transigíveis. Nesse caso, além da homologação em juízo, será exigida a oitiva do Ministério Público.

De acordo com a Lei de Mediação, na mediação judicial, em havendo acordo, a autocomposição será reduzida a termo e os autos, encaminhados ao juiz. Este determinará o arquivamento do processo e, caso seja requerido pelas partes, homologará o acordo por sentença (art. 28, § único). Em outras palavras, se o litígio envolver direitos disponíveis, as partes poderão optar por requerer a homologação pelo juiz do termo final; no caso de não ser

requerida a homologação, o termo final constituirá título executivo extrajudicial. Já quando homologado judicialmente, o termo final constituirá título executivo judicial (art. 515, II, CPC/2015).

Resta evidente que a segurança jurídica advinda da homologação judicial será maior, uma vez que a sentença homologatória traz os efeitos da coisa julgada para o bojo do acordo (art. 487, III, CPC/2015). Isso implica dizer que a necessidade de homologação da autocomposição é mais uma matéria em que existirá tratamento diferenciado, caso a técnica empregada seja a da conciliação ou da mediação judiciais.

Daniel Colnago Rodrigues[98] critica a necessidade de ratificação pelo juiz. Em análise do sistema argentino de mediação, o autor afirma que o seu propósito seria conferir maior segurança ao acordo, em razão da natureza de título executivo judicial que é outorgada ao instrumento negocial. Ele afirma, porém, que o juiz não dispõe de elementos para verificar a justiça no caso concreto, seja pela ausência de provas das partes, seja pela ausência de documentação dialética envolvida no acordo. Ainda segundo Rodrigues, a exigência da homologação acaba por imprimir medida contrária ao desafogo do Judiciário.

Tais críticas carregam certa dose de realidade, especialmente ao pressupor que o magistrado poderia fazer mais do que realmente pode, ignorando as limitações de ordem prática que o juiz terá e a sobrecarga de trabalho que isso acarretará. Mas simplesmente dispensar a homologação judicial não nos parece a melhor solução, principalmente quando o caso envolver direitos indisponíveis transacionáveis ou cenários em que se verifica desigualdade substancial entre os litigantes.

A solução adotada pela Lei de Mediação brasileira, nesse sentido, tem seus méritos. Isso porque, ao mesmo tempo em que impõe a necessidade de homologação nos casos que envolvam direitos indisponíveis mas transigíveis, ela também demanda a participação do Ministério Público. Nos demais casos, caberá à parte a decisão pela realização ou não da homologação. Certo é, no entanto, que, ao desejar submeter a autocomposição à homologação, o título se revestirá concomitantemente dos efeitos da coisa julgada, abrindo espaço para o escrutínio estatal.

Porém, apesar de elogiável, a regra do art. 3°, § 2º da Lei de Mediação conflita com a norma do art. 334, § 11 do CPC/2015, inexistindo grau de especialidade de uma norma em

---

[98] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, Nov. 2018.

face da outra. Sendo essa última posterior, entendemos que a norma da Lei de Mediação foi revogada e, portanto, a necessidade de homologação independe da vontade das partes.

A exceção são os casos de mediações ou conciliações pré-processuais, mesmo que realizadas nos Cejuscs, em que a Lei de Mediação prevalece em razão do CPC apenas incidir nos procedimentos processuais.

6.5.1. O MAGISTRADO PODERÁ SE RECUSAR A HOMOLOGAR A AUTOCOMPOSIÇÃO?

A atividade de homologação permite ao magistrado recusa em conceder a chancela estatal à avença. Mas essa ação não é discricionária, havendo limites para a cognição judicial. Em outras palavras, na atividade de homologação o magistrado deverá ter cognição restrita à análise de eventual ausência de pressupostos gerais de validade dos negócios jurídicos – capacidade das partes, manifestação regular de vontade, objeto lícito, possível, determinado ou determinável (art. 166, II, Código de Processo Civil) e forma prescrita ou não de defesa em lei (art. 104 do Código Civil) –, quando se convencer, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei (art. 142 do CPC/2015).

Caso o objeto dos autos se refira a direitos indisponíveis ou fundamentais, é poder/dever do magistrado evitar excesso de lesividade a alguma das partes ou a terceiros.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, em comentários ao art. 487 do Código de Processo Civil, ainda que a atividade judicial se restrinja a referendar a vontade soberana das partes, a homologação não se faz de forma automática. Pelo contrário, ela é perquiridora da concorrência dos requisitos reclamados pelo ato a ser homologado, já que o juiz deve reprimir qualquer atuação contrária à dignidade da Justiça ou uso indevido do processo.[99]

6.5.2. POSSIBILIDADE DE O ACORDO A SER HOMOLOGADO ULTRAPASSAR OS LIMITES DA LIDE

De acordo com o *Manual de Mediação*[100] do CNJ, um conflito envolve questões muito mais amplas que as juridicamente tuteladas levadas ao juízo:

---

[99] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil** – volume VIII (arts. 485 ao 538). MARINONI (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[100] AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. p. 148.

> Distingue-se, portanto, aquilo que é trazido pelas partes ao conhecimento do Poder Judiciário daquilo que efetivamente é interesse das partes. Lide processual é, em síntese, a descrição do conflito segundo os informes da petição inicial e da contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites dela, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos. Além do problema imediato que se apresenta, há outros fatores que pautam um conflito, tais como o relacionamento anterior das partes, as suas necessidades e interesses, o tipo de personalidade das partes envolvidas no conflito, os valores das partes e a forma como elas se comunicam. Muitos desses fatores considerados secundários por alguns operadores do direito estão, na verdade, na origem do conflito e, por isso, devem ser levados em conta na solução do problema. A mediação deve considerar aspectos emocionais durante o processo e ao mediador não caberá decidir pelas partes, mas conduzi-las a um diálogo produtivo, superando barreiras de comunicação a fim de que as partes encontrem a solução.

Nessa perspectiva, a lide judicial muitas vezes representa apenas a ponta de um *iceberg* ou uma posição imediata pretendida. Para Alexandre Araújo Costa (apud GABBAY), é de suma importância distinguir conflito de disputa, sendo esta uma mera faceta do conflito, que pode ser muito mais complexo:

> Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito. Portanto, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente. Quando um juiz determina com quem ficará a guarda de um filho, isso põe fim a uma determinada disputa, mas, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos. Então, torna-se claro que o conflito, ao menos em muitos casos, não pode ser resolvido pelo acordo.[101]

No início da mediação, é muito comum que as partes permaneçam em suas posições, não revelando seus reais interesses. Juliana Demarchi observa que não é incomum elas indicarem suas preocupações principais sem, contudo, apresentarem "[...] um quadro aprofundado de suas motivações e expectativas. Mostra-se necessário, então, proceder à investigação mais detalhada dos interesses das partes, o que se faz mediante a formulação de perguntas, pelo mediador, dirigidas aos mediados"[102]. Nesse sentido, o mediador tem como

---

[101] COSTA, Alexandre Araújo, 2004, apud GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 32.

[102] DEMARCHI, Juliana. **Mediação**: proposta de implementação no processo civil brasileiro. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 177.

múnus adentrar em "águas profundas" e, inclusive, revelar às próprias partes aspectos do conflito que não estavam racionalmente evidentes para elas.

Quando as partes colocam seus reais interesses em discussão, uma abordagem ampla é possível, já que com a descoberta e a consideração das motivações ocultas do conflito permite-se a criação de um maior leque de opções e de soluções criativas em busca da satisfação mútua. E aqui é que remanesce a questão, pois, ao ampliar os horizontes, a autocomposição pode abarcar diversas nuances do conflito que não estavam enunciadas na petição inicial. É dizer, pedidos não deduzidos e, portanto, a autocomposição ultrapassariam os limites da lide, como indicado nos autos.

Ao mesmo tempo, se não for possível ultrapassar tais limites formais, boa parte das vantagens e potenciais das técnicas será restringida em ofensa ao espírito do CPC/2015, que pretende disponibilizar outras formas de resolução de conflitos, muitas vezes mais adequadas para dirimi-los.

Não obstante, o art. 329, II do CPC/2015 possibilita ao autor, após a citação do réu e com o consentimento desse último, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, sendo evidente no acordo que as partes podem ampliar ou alterar os contornos da lide da forma que for mais adequada à pacificação do conflito integral.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci[103], alcançando as partes mútuo consenso, os limites poderão ser mais amplos – subjetiva e objetivamente – do que o objeto litigioso originariamente desenhado na petição inicial. Não obstante, e de acordo com a regra contida no art. 515, §2° do CPC/2015, para que a autocomposição possa abranger terceiros, estes devem participar do acordo. Para endossar tal entendimento, o autor cita a lição de Pontes de Miranda:

> [...] a transação judicial tem conteúdo de direito material e só é processual o efeito de pôr termo ao processo, mas, para que tal efeito exista, é de mister que apanhe o objeto do litígio em seu todo, ou em parte quantitativamente determinada. Não lhe é empecilho ter de regular matéria estranha ao processo, ainda que sujeita a outra lide, ou de ter de estar presente ao ato pessoa estranha ao processo, que assuma dívida própria, ou alheia, ou consinta, ou anua, ou dê autorização ou permissão para algum dos pontos da transação.[104]

---

[103] CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo Civil - volume VII (arts. 318 a 368).** GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar, FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 177.

[104] MIRANDA, Pontes de, apud TUCCI E CRUZ, José Rogério. In: **MARIONI,** Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil – volume VII. (arts. 318 a 368).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 266.

Assim, se as partes desejarem realizar composição que atinja terceiro (por exemplo, avalista, fiador etc.), este deve comparecer à audiência ou ser representado por procurador com poderes específicos. Desse modo, a sua vontade pode ser manifestada.

6.6. PRAZO PARA O RÉU MANIFESTAR DESINTERESSE NA TENTATIVA PRÉVIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO E EVENTUAIS ABUSOS

Inicialmente, é importante destacar que, segundo o raciocínio já exposto no capítulo 5 deste trabalho, cabe a hipótese de dispensa da sessão autocompositiva tanto nos casos de mediação como de conciliação, por manifestação de vontade das partes. Portanto, as regras contidas no inciso II do art. 335 e seus §§ 1° e 2° são aplicáveis para hipótese de audiência prévia de conciliação e mediação judicial, quando será possível a hipótese prevista no art. 334, § 4º, I do CPC/2015.

Segundo a regra contida no § 5º do mesmo artigo, enquanto ao autor cabe indicar já na petição inicial seu desinteresse na autocomposição, o réu, se desejar, deverá fazê-lo por petição apresentada com dez dias de antecedência da data da audiência.

Assim, enquanto o diploma processual obriga o autor a manifestar seu desinteresse já no ato da distribuição da ação, o réu não é obrigado a se manifestar após ter sido citado, o que lhe confere marco temporal bastante elástico para tal manifestação.

Feitas essas considerações, entendemos que seria melhor se o legislador tivesse previsto em sua citação o início da contagem do prazo para o réu manifestar eventual desinteresse, o que prestigiaria a garantia da duração razoável do processo sem dilações indevidas e da boa-fé processual (respectivamente, arts. 4º e 5º do CPC/2015).

Daniel Colnago Rodrigues[105] cita o seguinte exemplo para demonstrar a inadequação de tal regra:

> [...] suponha que o autor, na petição inicial, opte pela não realização da audiência. Mesmo assim – já que o ato somente não se realizará se ambas as partes manifestarem desinteresse –, o juiz cita o réu e, diante da pauta congestionada, designa audiência para dali a, aproximadamente, 1 (um) ano. Observe que, neste caso, a audiência segue agendada apenas pela vontade do réu (que pode peticionar depois de 11 meses da citação dizendo que não deseja mais a audiência, ou ainda comparecer à audiência e simplesmente não fazer nenhuma proposta de acordo).

[105] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, Nov. 2018. p. 389.

O poder que a lei colocou nas mãos do réu é incompreensível, já que da atitude deste poderá advir o prolongamento indevido do processo.

O correto desenvolvimento do processo depende da participação de todos os sujeitos da relação processual, bem como de se coibir comportamento abusivo da parte ou de seu patrono. Não obstante vigore no sistema o princípio do impulso oficial, possuindo o juiz relevantes poderes de direção e de instrução, é evidente que a participação proba das partes é fundamental para que a relação processual atinja o resultado desejado.

De outra banda, são sabidos os prejuízos que dilações indevidas causam ao processo civil. Segundo o José Rogério Cruz e Tucci,

> [...] quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória", pois *"um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão"* (grifos do autor).[106]

Com vistas a mitigar tal situação, Daniel Colnago Rodrigues postula que seria facultado ao juiz instigar o réu a abreviar eventual manifestação de seu desinteresse na autocomposição. Assim, no próprio ato citatório, o magistrado poderia determinar que no prazo de alguns dias o réu declarasse o desejo de se realizar ou não a audiência. Para esse autor, embora o art. 139, VI do CPC/2015 confira ao juiz poderes apenas para *dilatar* os prazos processuais, a incumbência de velar pela duração razoável do processo (art. 139, II) lhe permitiria tal conduta[107].

A despeito da nobre intenção (assegurar racional distribuição do tempo do processo), por trás dessa construção hermenêutica entendemos que tal solução não tem respaldo legal. Vejamos a regra contida no art. 139, VI, CPC/2015:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> (...)

---

[106] CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 323-345, 2002. p. 324.

[107] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, Nov. 2018.

> VI - *dilatar os prazos processuais* e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (grifos nossos).

Ao comentar essa regra, Fabiano Carvalho[108] afirma que, considerando as especificidades da causa, e para dar maior efetividade à tutela de direito, o juiz poderá, independentemente da vontade das partes, aumentar

> [...] e *nunca diminuir! – o prazo fixado em lei*. A lei não faz distinção sobre a natureza do prazo. Assim, peremptório (art. 222, § 1º do CPC) ou dilatório (próprio ou impróprio), aplica-se o disposto no art. 139, inciso VI do CPC. A lei fala em "dilatar" e não "renovar" o prazo. Isso é confirmado pelo parágrafo único do art. 139, segundo o qual a dilação do prazo somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular (grifos nossos).

Em seus comentários ao inciso VII, do mesmo artigo, José Miguel Garcia Medina[109] afirma que a autorização de modificação procedimental nele prevista é bastante restritiva.

Assim, se não é possível ao magistrado reduzir o prazo que a lei fixou para que o réu se manifeste. Se esse último não tem interesse em participar da audiência e retarda propositadamente sua manifestação, tal conduta pode ser enquadrada na hipótese da oposição de resistência injustificada ao andamento do processo (art. 80, IV, CPC/2015)?

Antes de respondermos a essa questão, buscamos refletir sobre os possíveis comportamentos do réu e suas motivações.

A priori, se a lei faculta tal prazo para que o réu possa considerar sua intenção de participar de tentativa prévia de autocomposição, mesmo que ele tenha, inicialmente, inclinação por se submeter a tal procedimento, é natural que ele possa mudar de opinião. Essa mudança pode decorrer de uma série de situações, que são impossíveis de ser previstas. Mas podemos pressupor algumas hipóteses. Imaginemos, por exemplo, que, após ter sido citado, o réu seja aconselhado por seu advogado a buscar autocomposição, já que as chances de afastar a pretensão do autor são pequenas.

Nessa hipótese, ele inicialmente estaria propenso a participar da tentativa de conciliação para reduzir as perdas que imagina que serão impostas, através da futura solução adjudicada. Porém, dentro do prazo que tem para manifestar seu desinteresse em participar da audiência, um novo entendimento jurisprudencial é definido, e o prognóstico inicial de perda

---

[108] CARVALHO, Fabiano; CRUZ e TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de processo civil anotado**. São Paulo: AASP/OAB/PR, 2018. p. 225.

[109] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil**: comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

se altera, não sendo mais recomendado o acordo, pois as chances de afastar completamente a pretensão autoral são enormes. O inverso também pode ocorrer. Em outras palavras, se inicialmente o réu recebeu o prognóstico de que tem imensas possibilidades de afastar a pretensão autoral, um novo precedente é fixado e tal perspectiva se altera. Desse modo, o réu passa a ter interesse em participar da tentativa prévia de conciliação.[110]

Podemos ainda imaginar uma situação em que o *animus* beligerante, em um primeiro momento, impede o diálogo entre as partes, motivo pelo qual elas não desejam se submeter à tentativa de autocomposição. Com o passar do tempo, no entanto, ocorre uma natural distensão, o que gera possibilidade e interesse entre os litigantes de dialogar com vistas à autocomposição. Situação inversa também pode ocorrer. Ou seja, entre a data da citação do réu e os dez dias que antecedem a audiência, o réu, que inicialmente desejava submeter-se à tentativa prévia de conciliação, desinteressa-se, uma vez que a conflituosidade entre as partes aumentou sensivelmente.

Outra hipótese é o caso em que o réu, por falta de conhecimento sobre a autocomposição, inibe-se de participar de sessão autocompositiva. No intervalo de tempo que a lei lhe concede, contudo, o demandado pode conhecer tais institutos e ter uma nova impressão que o leve a se interessar em participar da audiência. Evidentemente, o inverso pode ocorrer, caso nesse intervalo de tempo o réu receba informações desfavoráveis ao funcionamento de tal audiência ou mesmo caso haja se submetido, em outro processo, a tentativa autocompositiva em que a "experiência" tenha sido desagradável, seja pelo resultado insatisfatório, seja pela atuação do conciliador ou mediador ou pela conduta da parte contrária durante a sessão, entre outros motivos.

As hipóteses são diversas, como diversas são as situações em que podemos vislumbrar que o réu pode mudar sua intenção inicial em participar da audiência, sem que tal conduta tenha finalidade de procrastinação.

Não obstante, é importante destacar que, diferentemente do que ocorre no Direito material, o dolo processual é aferido objetivamente a partir da exteriorização do ato processual e das circunstâncias em que é praticado, e não da aferição da psique do agente. A má-fé, portanto, independe de prova concreta e resulta diretamente da apreciação de fatos que *a lei enumera e dos quais o julgador extrai a ilicitude do procedimento processual do litigante*. Ocorrida qualquer uma das hipóteses previstas no referido art. 80 do Código de

---

[110] Segundo Andrew S. Tulumello, Scott R. Peppet e Robert H. Mnookin, a tomada da decisão de negociar ou não deve ter sempre como parâmetro os riscos e as oportunidades do futuro julgamento da causa. In: **Beyond winning**: negotiating to create value in deals and disputes. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

Processo Civil, considera-se ter havido má-fé do litigante, invertendo-se em seu desfavor o ônus da prova de circunstâncias que excluam tal tipificação[111].

De acordo com essa linha de raciocínio, uma vez invertido o ônus da prova afasta-se a presunção de boa-fé (princípio geral de Direito), em uma aproximação com a teoria da responsabilidade objetiva[112]. Nesse sentido:

> O litigante cujo comportamento concluir o juiz, a partir da apreciação objetiva dos fatos e do comportamento descrito na norma (e não da psique do agente), configurar hipótese de litigância de má-fé, terá o ônus de desconstituir a tipificação e afastar de forma expressa a má-fé na execução do ato processual, o que favorece sobremaneira o trabalho do julgador, guardião do processo em suas múltiplas finalidades e, principalmente, da dignidade e decoro da Justiça.[113]

Para que a conduta do réu que deixa para manifestar seu desinteresse de participação na audiência do art. 334 do Código de Processo Civil, após grande transcurso de sua citação, possa ser caracterizada como litigância de má-fé deve existir prévia tipificação. São condutas tipificadas como abusivas e que demandam sancionamento (art. 80, CPC/2015): alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opor resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado; e interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

A hipótese legal que mais se aproxima de tal conduta é a prevista no inciso IV do art. 80, CPC/2015: opor resistência injustificada ao andamento do processo. De acordo com Candido Rangel Dinamarco[114], trata-se de fórmula bastante ampla, que abrange todas as condutas consistentes em retardar *maliciosamente* o procedimento. Ainda segundo esse autor[115], a procrastinação advinda da oposição injustificada constitui clara violação à garantia da razoável duração do processo, na medida em que trabalha contra a celeridade processual.

---

[111] BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

[112] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

[113] BERALDO, op. cit., p. 159.

[114] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

[115] Ibidem.

Por outro lado, segundo Maria Carolina Silveira Beraldo[116], ainda sob a ótica do CPC/1973, o que caracteriza oposição de resistência injustificada ao andamento do processo são *casos de omissão do réu*, nos quais este, diante da primeira oportunidade de falar nos autos, não se manifesta. Conforme a autora, seriam os casos de dever de alegação da ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, da existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada, ou de falta de condições da ação. A regra contida no art. 267, § 3º daquele código era assertiva em prever a obrigação do réu de se manifestar sobre tais matérias, quando primeiramente lhe coubesse falar nos autos, sob pena de assim não agindo responder pelas custas de retardamento.

Não obstante, o CPC/2015 não obriga o réu a manifestar desinteresse em participar da audiência do art. 334 na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos. Pelo contrário, prevê prazo próprio e específico e, portanto, não é razoável ou legal exigir que o réu se manifeste antes do tempo definido pela lei. Seria até contraditório presumir má-fé do exercício da faculdade processual dentro do prazo legal.

A conduta do réu que deixa para manifestar seu desinteresse na participação na audiência do art. 334 no prazo legal não se encontra prevista em nenhum dos incisos do art. 80 do CPC/2015. Logo, tal conduta não pode ser sancionada, a despeito de em alguns casos inferirmos que a omissão do réu teve como objetivo prolongar indevidamente o processo. Isso se deve ao fato de não ser sancionável nenhuma conduta processual que possa atentar contra a boa-fé, mas apenas as taxativamente previstas no diploma processual. Vamos imaginar a hipótese de um réu que, ciente de que a audiência de tentativa de conciliação foi designada para data longínqua, aguarda sua realização e, lá estando, não apresente nenhuma proposta concreta de composição. Tal conduta poderia ser considerada como provocação de fase inútil para procrastinar o processo, sendo merecedora de sanção?

Essa hipótese foi apreciada recentemente pelo juízo da Vara Cível da Comarca de Linhares, no estado do Espírito Santo. Nos autos do processo 0002380-43.2019.8.08.0030 foi expedida carta de citação ao réu para comparecimento obrigatório à audiência de conciliação, constando no mandado citatório que, no caso de o réu não manifestar desinteresse na autocomposição, o ato de comparecer à audiência sem apresentação de propostas efetivas e razoáveis seria considerado ato atentatório à dignidade da Justiça e litigância de má-fé por ato

---

[116] BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

protelatório, constando advertência da possibilidade de aplicação das multas dos arts. 77, § 2º e 81 do CPC[117].

Tal decisão foi posteriormente revogada pelo próprio juízo, em sede de julgamento de embargos declaratórios. É evidente, porém, que a hipótese descrita no art. 77, §2° do diploma processual não se subsome à conduta que o juízo da Comarca de Linhares desejava sancionar. Essa regra, aliás, apenas descreve que violação dos deveres de conduta, mencionada nos incisos V e VI do mesmo artigo.

As condutas descritas em referidos incisos são as seguintes: cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais de natureza provisória ou final e não criar embaraços à sua efetivação (inciso IV) e não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (inciso VI).

O juiz *não* tem poder para determinar que as partes compareçam à audiência com propostas efetivas, embora fosse mais útil que viessem munidas de sugestões para aproveitar o potencial dessa fase processual. Vale ressaltar que a audiência é momento no qual, com auxílio do conciliador, as partes podem desenvolver propostas factíveis de acordo.

De outro lado, conforme recente pesquisa encomendada pelo CNJ para investigar a forma de gestão da mediação e/ou conciliação nos processos da Justiça Estadual de primeiro grau, há uma percepção frequente de que quando se tornou obrigatória a audiência prévia de conciliação ou mediação, e diante da ameaça de alguns magistrados de aplicar multas para obrigar a elaboração de uma proposta, "[...] as partes *começaram a levar propostas não factíveis, com o intuito exclusivo de* ***não*** *receberem a multa*"[118] (grifos nossos). Isso implica dizer que o comportamento comum que vem sendo notado pelos entrevistados é que a

---

[117]. Transcrevo o conteúdo desta decisão: "Vistos, em inspeção. 1. Defiro à parte autora os benefícios da justiça gratuita, com fulcro no art. 98 do CPC. 2. Cite-se a parte ré para comparecimento obrigatório na audiência de conciliação para o dia ___/___/___, às___:___ horas, advertindo-a da necessidade de informar ao Juízo seu desinteresse na realização do ato com, no mínimo, 10 dias de antecedência deste, nos termos do § 5º, bem como advertindo-a dos §§ 8o e 9o, do art. 334, todos do CPC1; devendo o instrumento citatório observar o contido nos arts. 248 e 250, ambos do CPC. 3. Reporto-me ao citando que, em observância aos princípios da economia processual e da cooperação, quedando-se silente e não informando seu eventual desinteresse na autocomposição, nos termos do item acima, o ato de comparecer à audiência sem apresentação de propostas efetivas e razoáveis, que aprouvem a ambas as partes, será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, bem como litigância de má-fé, pela característica protelatória de tal conduta, podendo ser aplicadas as multas dos art. 77, §2." In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. 1ª Vara Cível da Comarca de Linhares. **Processo 0002380-43.2019.8.08.0030**. Magistrado Samuel Miranda Gonçalves Soares. Data da decisão 22 de março de 2019.

[118] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: 2019. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. p. 176. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 13 OUT. 2019.

audiência é muitas vezes realizada como ato pró-forma, apenas para evitar incidência de sanções.

Dentre os que entendem ser possível sancionamento, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Guilherme Kronemberg Hartmann ressaltam que, se o demandado não se opuser à realização da tentativa prévia de autocomposição, presumiria-se o seu interesse em conciliar, devendo ele, obrigatoriamente, apresentar proposta de acordo, em patamares razoáveis, sob pena de comportamento contraditório processual (art. 80, IV, CPC/2015), incidindo a imposição de multa pela litigância de má-fé (art. 81, CPC/2015).[119]

Os autores entendem ser contraditório o comportamento de não se opor à realização da audiência do art. 334 e de não apresentar proposta de acordo. Subsome-se a tal conduta contraditória a hipótese do art. 80, IV do CPC/2015, qual seja, resistência injustificada ao andamento do processo.

Se examinarmos as condutas específicas descritas nessa regra, verifica-se que são previstas condutas objetivas que dispensam qualquer indagação quanto à atitude psicológica do agente para permitir-lhe a responsabilização. Para justificarem a aplicação da hipótese prevista no art. 80, IV do CPC/2015, Mendes e Hartmann fazem suposições hipotéticas dos motivos que levam o réu a não apresentar proposta de acordo. Todavia, essa ausência pode decorrer de simples despreparo para estar na audiência, de ausência momentânea de recursos, de as partes desejarem escutar proposta da parte contrária ou contar com o auxílio do terceiro facilitador para que ambas, durante a audiência, possam desenvolver soluções consensuais.

Nesse sentido, mostra-se inadequada e ilegal a aplicação de sanção por conta de o réu comparecer à audiência sem oferta para composição.

Eventual alteração legislativa que tenha como escopo estimular as partes a comparecer a tal ato devidamente preparados pode exigir que elas apresentem proposta efetiva de acordo. No entanto, uma regra dessa natureza levará a outras discussões, especialmente como avaliar o que seria uma proposta efetiva de acordo em contraposição a *propostas não factíveis*.

6.7. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA CONTESTAR

[119] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronemberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 163-184, mar. 2016. p. 176.

Caso a tentativa prévia de autocomposição não tenha êxito, ou sequer seja designada, o(s) réu(s) deverá(ão) apresentar contestação. O CPC/2015 traz em seu art. 335 as balizas para o início da contagem do prazo, para oferecimento da contestação:

> Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:
> I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;
> II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do *art. 334, § 4º, inciso I*;
> III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.
> § 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.
> § 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência (grifos nossos).

A leitura desse artigo evidencia a existência de quatro critérios diferentes para início da contagem do prazo. O primeiro refere-se às situações nas quais *ope legis* não cabe designação da audiência autocompositiva; o segundo, casos em que ocorre a sessão, com ou sem a presença das partes, sem êxito na autocomposição; o terceiro diz respeito a casos em que a sessão não ocorre em razão de todas as partes terem manifestado de forma expressa o desinteresse em sua realização; e o quarto, aos casos em que há litisconsórcio passivo, tendo o autor e os réus já citados manifestado objeção à tentativa prévia de autocomposição e o autor desistir de prosseguir com a ação, em face de réu ainda não citado.

Em relação à primeira hipótese, em que não é caso de se designar a sessão, independentemente da vontade das partes (quando o direito não admite autocomposição, de improcedência liminar do pedido ou inépcia da petição inicial[120]), maiores dúvidas não surgem. Isso porque o inciso III faz remissão à regra geral de contagem de prazos (art. 231, CPC/2015), tendo início o prazo de contestação na data da juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação for pelo correio; da juntada do mandado cumprido, sempre que

[120] Apesar de a lei ter fixado a obrigatoriedade da realização das audiências de conciliação ou mediação, com exceções taxativas, na prática forense tem sido comum os magistrados dispensarem de ofício, por inúmeros motivos. Trataremos dessa situação mais adiante, no capítulo 8. Neste momento, apontamos que, nos casos em que o magistrado, de ofício, dispensar a realização da audiência prévia de tentativa de autocomposição, a regra mencionada no inciso III do art. 335, CPC/2015, para início da contagem do prazo para oferecer contestação também deve ser observada.

a citação for por oficial de justiça; ou do dia útil seguinte ao fim do prazo fixado pelo juiz, nas ocasiões quem que a citação for por edital. Havendo mais de um réu, o prazo para contestar começa a fluir a partir da última das datas acima mencionadas, de modo que o período de tempo para se defender seja comum a todos os réus.

De outra feita, quando a sessão for designada e as partes não comparecerem ou, comparecendo, não houver autocomposição, a regra contida no art. 335, I, CPC/2015, também não deixará margem para dúvidas, sendo o início da fluência do prazo para contestar o da própria audiência (ou da última sessão, caso tenha se desdobrado em mais de um encontro).

A questão torna-se mais complexa, porém, na hipótese de ambas as partes terem manifestado, de forma expressa, o desinteresse pela realização da sessão autocompositiva. Nessa circunstância, o marco temporal para início da contestação poderá variar (art. 334, § 4º, I, CPC/2015). É o caso em que o autor, na peça inicial, manifesta desinteresse na audiência e o réu, quando citado, se manifesta em igual sentido.

Regra geral contida no inciso II, do art. 335, CPC/2015 determina que o prazo para contestação terá início quando for protocolado o pedido de cancelamento da audiência de conciliação/mediação pelo réu.

Por fim, quarto critério, foi estabelecido, ainda, nos casos de litisconsórcio passivo, em que o autor e os réus já citados tiverem manifestado oposição à audiência e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado (§2º, art. 335, CPC/2015).

Esses dois últimos critérios, por certa complexidade, merecem ser melhor examinados.

6.7.1 Início da Contagem do Prazo Para Contestar Quando Houver Litisconsórcio Passivo

Segundo a regra contida no § 1º do art. 335 do CPC/2015, no caso de litisconsórcio passivo, a manifestação de desinteresse na realização da audiência, para que produza efeitos, deve ser realizada por todos os litisconsortes *(art. 334, § 6º)*. O termo inicial para contagem do prazo de contestação, porém, começará a fluir para cada um dos réus, individualmente, da data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência. Isso implica dizer que o prazo para cada um dos litisconsortes terá termo inicial diferente, a partir de cada pedido de cancelamento.

À guisa de exemplo, para demonstrar o desacerto de tal regra, Daniel Colnago Rodrigues[121] supõe a seguinte situação: em uma ação proposta contra três réus, na qual o autor manifesta, na peça inicial, oposição à realização da audiência, o juiz determina a citação de todos os litisconsortes, designando a audiência de conciliação ou de mediação para dali a dez meses. Mas, então, no segundo mês após a citação, um dos réus manifesta objeção à audiência; no quinto mês, o segundo réu também manifesta desinteresse. Se, por exemplo, no oitavo mês o terceiro litisconsorte decide peticionar igual desinteresse, ele passa então a deter grande "poder", dado que

> [...] perfaz-se o suporte fático da norma prevista no art. 335, § 1º (se todos os litisconsortes manifestaram desinteresse, o termo inicial do prazo para contestação será, para cada um, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência), *de modo que os dois primeiros réus acabam perdendo o prazo para contestar*; se, por outro lado, o terceiro litisconsorte não manifesta desinteresse na realização da audiência, não incide a norma acima mencionada, razão pela qual o prazo para todos os litisconsortes contestarem inicia-se a partir da audiência infrutífera. Naturalmente, o problema é agravado em se tratando de litisconsórcio simples (grifos nossos).

Nesse sentido, a regra é bastante infeliz porque gera grande insegurança jurídica, já que o prazo para contestar dependerá do ato de um dos réus (parte interessada no desfecho da lide). Tal questão ganha relevo no caso de tratar-se de litisconsórcio simples/comum, no qual a decisão pode ser diferente e adversa para os litisconsortes.

A regra geral prevista no art. 231, § 1º, do CPC/2015, que reproduz a regra contida no art. 241, III, do Código de Processo Civil de 1973, estabelece que, quando houver mais de um réu, o dia do começo do prazo para contestar corresponderá à data da juntada do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido. Tradicional no Direito brasileiro, essa norma garantia paridade de tratamento entre os réus. Com o advento da audiência do art. 334, porém, o que já era perene em nosso Direito findou afastado para aplicação de uma regra bastante confusa. Ao fim e ao cabo, pontua Daniel Colnago Rodrigues[122], nada nos resta a não ser conviver com o "poder" do litisconsorte que ainda não manifestou o desinteresse. Por isso,

---

[121] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, nov. 2018. p. 390-391

[122] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, nov. 2018.

Rodrigues faz uma recomendação de ordem prática ao litisconsorte passivo: se vier a protocolar pedido de cancelamento da audiência, já conteste.

Na prática, a maioria dos advogados adotará tal conduta. É preciso ressaltar, porém, que isso implicará oportunidade de ciência prévia por um dos réus da forma e daquilo do que o outro se defende, em evidente ofensa ao princípio da isonomia ou paridade de armas. Do ponto de vista estritamente científico, a norma do art. 335, § 1º, do CPC em vigor é inconstitucional tanto por violar a garantia pétrea da isonomia contida no caput do art. 5° da Constituição de 1988 como por ofender a garantia do devido processo legal e o princípio da segurança jurídica.

No âmbito processual, a garantia do devido processo legal abarca e enfeixa uma série de garantias, tais como as da *isonomia*, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais[123].

De acordo com Fernanda Tartuce[124], o processo legal deve ser conduzido segundo as garantias de ordem constitucional, assegurando às partes o exercício de suas faculdades e legitimando a própria função jurisdicional. Nesse sentido,

> [...] ao se reportar ao respeito a essa garantia, não se deve pensar simplesmente nas regras procedimentais que descrevem os diferentes processos positivados em nível infraconstitucional, mas, sobretudo, na harmonia das previsões com os princípios constitucionais – *inclusive a igualdade* (grifos nossos).

Ainda segundo a autora[125], a isonomia é fator de medida e legitimação da segurança jurídica. De outra banda, Humberto Ávila[126], observa que a segurança jurídica, ao evidenciar

---

[123] Segundo Nelson Nery Junior, os princípios derivados do *due process* são: princípio da isonomia; princípio do juiz e do promotor natural; princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; princípio do contraditório e da ampla defesa; princípio da proibição da prova ilícita; princípio da publicidade dos atos processuais; princípio do duplo grau de jurisdição; princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas; princípio da presunção de não culpabilidade; princípio da celeridade e da duração razoável do processo. In: **Princípios do processo civil na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. rev. e aum. com as novas súmulas do STF – simples e vinculantes – e com análise sobre a relativização da coisa julgada.

[124] TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 78.

[125] TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 78.

uma valoração legislativa positiva, configura um valor e se consubstancia em um princípio jurídico constitucional, com manifesta força normativa. Em outras palavras, a isonomia entendida como necessidade de tratamento paritário está eminentemente ligada à proteção da segurança e à garantia do devido processo legal. Assim, ao se solapar a garantia do tratamento paritário, viola-se a garantia do devido processo legal (art. 5°, LIV, CF/88).

Para que os réus possam ser tratados de forma díspar, alguma distinção fática deve haver entre eles. A lei processual e material, à luz de situações de desigualdade, traz previsões e tratamentos diversos aos litigantes, visando a suprir a dificuldade de uma das partes no exercício da sua defesa e a assegurar em plenitude o seu direito de acesso à Justiça e à paridade de arma[127]. Como exemplo de tal tratamento, podemos citar a prioridade de tramitação concedida aos idosos e o direito especial de proteção previsto no Código de Defesa do Consumidor, entre outros.

Qual é, porém, a distinção fática que permite, segundo a regra contida no §1° do art. 335, conceder tratamento não paritário aos réus? Conforme referido, a distinção de tratamento se faz com base no momento temporal em que os réus manifestam seu desinteresse na audiência prévia de autocomposição. Esse momento, desde que todas as manifestações sejam tempestivas, não tem relevância suficiente para ensejar tratamento legal diferenciado.

Nesse sentido, tal regra não somente fere os princípios e garantias que informam o sistema processual pátrio, especialmente as regras contidas nos arts. 1° e 7° do CPC/2015, como viola as garantias constitucionais, entre as quais as da isonomia, da segurança jurídica e do devido processo legal. Por esse motivo, e por aplicação extensiva e análoga do art. 231, §1º do Código de Processo Civil, o prazo para que os réus apresentem a contestação, na hipótese do art. 334, §4°, deve ter seu início de juntada na data da última manifestação de desinteresse na audiência.

É evidente, porém, que a declaração de inconstitucionalidade de norma legal depende de pronunciamento judicial. Se o Poder Judiciário entender por declarar a regra contida no art. 335, §1° do CPC/2015 inconstitucional, poderá fazê-lo com ou sem modulação do efeito, por meio de técnicas de declarações parciais ou totais de constitucionalidade ou

---

[126] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. O autor sublinha que "[...] com relação à segurança jurídica, pode-se ainda referir que ela (como fato, como valor ou como norma) pode ser usada – no metanível doutrinário, portanto – de diferentes modos: pode-se tanto descrever a segurança jurídica ('há segurança jurídica no Brasil') como valorá-la ('a segurança jurídica é uma exigência fundamental'), separada ou conjuntamente" (ÁVILA, 2016, p. 125).

[127] GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, pro futuro e interpretação conforme a Constituição.

No momento, ao operador cabe seguir a norma acima citada, mesmo que eivada de inconstitucionalidade, para evitar prejuízo aos seus assistidos. Seria providencial, porém, que alguns dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade ingressasse com medida judicial visando a retirar do sistema regra tão deletéria.

6.7.2. Início da Contagem do Prazo Para Contestar, Quando Houver Litisconsórcio Passivo e o Autor Desistir da Ação em Relação a Réu Ainda Não Citado

O §2º do art. 335 do Código de Processo Civil informa que, na hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistindo da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para apresentar a defesa correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência. Tal regra não traz maiores polêmicas, na medida em que, para que o réu já citado que tenha manifestado desinteresse em participar da tentativa prévia de autocomposição, o prazo começará a fluir desde a intimação da decisão que homologar a desistência.

Uma vez intimado, o réu ou demais réus terão prazo comum e único para contestar. Ao contrário da regra contida no §1°, art. 335 do CPC/2015, pela qual os prazos para os réus contestarem têm marcos temporais diversos para início de fluência, nesse caso assegura-se a ideia encampada pelo artigo 231, § 1º do código, sendo garantida não somente a paridade de tratamento como o devido processo legal.

No caso de um dos réus já citados não ter manifestado desinteresse na tentativa prévia de composição consensual, também não haverá maiores problemas, a regra do §2º do art. 335 não incidirá, pois, existindo um litisconsorte que não manifeste expressamente a oposição, a audiência será realizada e o termo inicial para oferecimento da defesa será a data da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando não houver autocomposição (art. 335, I, CPC/2015).

6.8. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

Uma questão que tem gerado grande dúvida diz respeito à alegação de incompetência, pois, se na égide do CPC/1973 a alegação de incompetência absoluta podia ser arguida a

qualquer tempo e sem forma específica (art. 113, CPC/1973), a alegação de incompetência relativa dava-se exclusivamente via exceção de incompetência, por meio de peça apartada (art. 112, CPC/1973).

Com a entrada em vigor do novo código, em 2016, visando a concentrar atos processuais a arguição de incompetência, seja relativa ou absoluta, passou a ser preliminar de contestação (art. 64, CPC/2015), sendo, porém, permitido alegar incompetência absoluta em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 64, § 1º). De acordo com Bruna Medeiros de Bessa, sendo a alegação de incompetência, matéria alegável em contestação, o réu apenas poderá apresentar essa preliminar após a audiência prévia de tentativa de autocomposição[128].

Por outro lado, a regra contida no art. 340, § 3º do CPC/2015 estabelece que, alegada a incompetência, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se designada, até que seja dirimida tal questão e definido o juízo competente. Este, então, designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação (§4º, art. 340, CPC/2015).

Para suspender a audiência prévia de tentativa de autocomposição, o réu terá de apresentar contestação e, em sede de preliminar, arguir incompetência absoluta ou relativa (art. 337, II, CPC/2015). Esta poderá, inclusive, ser protocolada no foro de domicílio do réu (art. 340, CPC/2015).

A grande inovação do art. 334 (CPC/2015), contudo, é incluir a fase de tentativa de autocomposição antes das alegações do réu, quando os ânimos supostamente estariam desarmados. Ao obrigar que ele apresente a contestação para suspender a realização da audiência prévia de tentativa de autocomposição, tal ordem procedimental se quebra.

Assim, a suspensão da audiência em razão da arguição de incompetência é merecedora de críticas. Isso porque ela superprotege o réu no momento processual em que se almeja ainda a autocomposição.

Nesse âmbito, na realidade, temos duas questões a ser analisadas: 1) a suspensão da audiência prévia de tentativa de autocomposição até o julgamento da arguição de incompetência; e 2) a inversão da ordem processual, de modo que o réu terá de apresentar a defesa antes da audiência, caso deseje suspender sua realização.

A necessidade de suspensão da audiência é possível de imaginar em alguns casos. Por exemplo, naqueles em que o réu seja demandado em foro longínquo de sua residência, especialmente quando a distância for estadual e considerando as distâncias continentais do

---

[128] MEDEIROS, Bruna Bessa de. Aspectos peculiares da audiência de conciliação e mediação obrigatória. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. 2018. v. 280.

Brasil. Nessas situações, o ônus de se locomover até comarca longínqua não é viável a todos os brasileiros, o que acarretaria evidente obstáculo de acesso à Justiça.

Não obstante, não podemos esquecer que, segundo a regra contida no art. 344, §10º, CPC/2015, o réu poderá constituir procurador, para representá-lo na audiência prévia de conciliação ou mediação. Tal possibilidade retiraria esse ônus do réu.

Outra análise necessária é no sentido de que o tratamento dado à arguição de incompetência é muito díspar do concedido às demais matérias preliminares (defesas indiretas de mérito – art. 337, CPC/2015). Se é oneroso o deslocamento de um réu até comarca incompetente, não é muito mais oneroso que aquele que é parte ilegítima para a causa tenha de que comparecer à audiência para apenas, posteriormente, ter apreciada tal matéria? Evidentemente, está dada a desigualdade de tratamento. E, como bem pondera Bruna Bessa de Medeiros[129], ainda que se possa considerar um ônus excessivo para o réu ilegítimo seu deslocamento para uma audiência de conciliação ou mediação, sobretudo em outra comarca,

> [...] esta não parece ser uma medida desarrazoada (...). Isto, pois, se não fosse assim qualquer preliminar poderia ensejar o cancelamento da audiência e esta não teria razão de existir. Ademais, nada impede o réu, com fulcro no §10 do artigo 334, de constituir um representante para comparecer em audiência.

Nesse sentido, a regra da suspensão da audiência é mais danosa que benéfica, em razão de implicar ofensa ao princípio da eficiência, duração do processo sem dilações indevidas e economia processual, bem como por esvaziar a regra contida no art. 334 do CPC/2015.

A segunda questão refere-se à inversão do rito processual. Ou seja, para obter a suspensão da audiência, o réu terá de adiantar-se e apresentar sua contestação.

A manutenção de uma situação beligerante entre as partes após a apresentação da defesa pode influenciar a firmação ou não de um acordo, sendo que a regra do artigo 340 do CPC/2015, que possibilita a apresentação da contestação antes da realização da audiência de conciliação ou mediação, contraria toda a concepção do código no que tange à autocomposição[130].

---

[129] MEDEIROS, Bruna Bessa de. Aspectos peculiares da audiência de conciliação e mediação obrigatória. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 280, p. 485-503, jun. 2018. p. 499.

[130] Ver: MEDEIROS, Bruna Bessa de. Aspectos peculiares da audiência de conciliação e mediação obrigatória. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 280, p. 485-503, jun. 2018.

Daniel Assumpção Amorim Neves[131] e Bruno Dantas[132] defendem ser possível a arguição de incompetência por meio de petição autônoma, com o intuito de poupar o réu do comparecimento à audiência no juízo incompetente.

Em relação à arguição de incompetência absoluta, não há dúvida de que ela pode ser feita por petição autônoma, pois é permitido alegar incompetência absoluta em qualquer tempo e grau de jurisdição. Nessa perspectiva também segue Cândido Rangel Dinamarco[133], em seus comentários ao art. 64, § 1º, CPC/2015.

A dúvida que remanesce, no entanto, é em relação à arguição da incompetência relativa. A lei processual vigente é clara quanto à necessidade da arguição em preliminar de contestação (art. 64, CPC/2015). Mas há o receio de que, ao arguir a incompetência relativa por petição autônoma, estará precluído o direito de apresentar a contestação, porque se entenderá que já foi realizado o ato processual. Isso ocorre em razão do princípio da concentração contido no art. 336, CPC/2015, pelo qual cabe "[...] ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir".

A regra desse artigo, segundo José Rogério Cruz e Tucci[134],

> [...] reforça a ideia de que a defesa do réu se orienta pela denominada regra da concentração, significando que, assim como se impõe ao autor (art. 329), o réu tem o ônus de deduzir, de uma única vez, todos os seus argumentos visando a infirmar os fundamentos de fato e de direito deduzidos na petição inicial. (...) para o réu ocorrerá preclusão consumativa, caso não exponha ele, na contestação, *toda a defesa* que tiver contra o processo e contra a pretensão que lhe foi dirigida (grifos do autor).

Enrico Tullio Liebman, ao descrever o processo civil pátrio, afirma que o direito brasileiro adotou um procedimento rígido, em oposição ao europeu, mais flexível: "[...] nosso procedimento desenvolve-se em fases, com preclusões referentes às atividades previstas para a fase anterior, sem possibilidades de retrocessos"[135].

---

[131] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivvm, 2016. v. único.

[132] DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 340. In: PASSO CABRAL, Antonio do; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

[133] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo civil – Volume I. (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional.** GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2018. p. 331

[134] CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao Código de Processo civil – Volume VII (arts. 318 a 368).** GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 187-188.

[135] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Vol. I. 3. ed. Trad. e notas Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malhaeiros, 2005. p. 303.

Assim, a solução proposta por Daniel Assumpção Amorim Neves e Bruno Dantas de arguição de incompetência relativa por petição autônoma não é a melhor alternativa. Isso porque, como qualquer outra defesa indireta de mérito, ela deve ser deduzida como preliminar de contestação; e, caso a arguição seja feita de forma antecipada e independente, deverão ser reconhecidos os efeitos da preclusão consumativa pelo princípio da eventualidade, e, portanto, o réu não poderá deduzir outras matérias de defesa.

Em resumo, apesar da regra do art. 340, § 3º do CPC/2015, ser inadequada, em relação à inversão do rito processual, em se tratando de arguição de incompetência relativa, não há alternativa senão conviver com a inversão da ordem processual. Nesse sentido, uma solução prática como a arguição via petição autônoma pode gerar maiores prejuízos que benefícios, se adotada.

7 CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

7.1 NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO PARA PROFISSIONALIZAÇÃO DA CARREIRA

Tanto a Lei de Mediação, em seu art. 13, como o atual Código de Processo Civil, em seu art. 169, determinam que os mediadores (e conciliadores, no caso do mesmo artigo do CPC/2015) devem ser remunerados de acordo com tabela fixada pelos tribunais e custeados pelas partes (com exceção dos casos de justiça gratuita). Essa determinação tem como objetivo estimular pessoas qualificadas e preparadas para atuar como mediadoras e conciliadoras, para que as RADs venham, de fato, a ganhar força no Brasil.

Ainda não se verifica na prática, porém, a adoção de tal medida. No Estado de São Paulo, apesar de a Lei Estadual n.º 15.804/2015 ter estabelecido remuneração de duas unidades fiscais (Ufesp) por hora (o que equivalia, em 2020, a R$ 55,22), atualmente os conciliadores e mediadores atuam de forma voluntária, uma vez que não há dotação orçamentária para cumprir essa "promessa". No âmbito da Justiça do Distrito Federal (TJDF), os conciliadores/mediadores não recebem remuneração, sendo a função exercida a título honorífico e sem vínculo com o estado. A sua atuação, portanto, é considerada como serviço voluntário público relevante[136].

A despeito das dificuldades em acessar informações sobre a existência de remuneração para o exercício da função de mediador ou conciliador, no âmbito dos tribunais de Justiça de Mato Grosso do Sul[137] e Roraima[138] tal função não é remunerada, sendo o trabalho voluntário. Já no Tribunal de Justiça de Goiás, a atividade é remunerada[139].

No âmbito da Justiça Federal, a realidade atual também é incipiente; no Tribunal Regional da Terceira Região, um dos mais importantes do país, por exemplo, a remuneração ainda não foi regulamentada[140]. O mesmo ocorre nos demais tribunais regionais (Primeira, Segunda, Quarta e Quinta Regiões). O Tribunal Regional da Segunda Região, por sua vez,

---

[136] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Quero ser conciliador**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/area-do-conciliador/quero-ser-conciliador>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[137] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos. **Conciliar e mediar** – caminhos mais simples e eficientes. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/conciliacao/mediadores.php>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[138] TRIBUNAL DE JUSTIÇÃO DE RORAIMA. **Quero ser conciliador/mediador**. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/index.php/nupemec-ser-conciliador#remuneracao>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[139] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **Decreto judiciário n° 757/2018**. Goiânia, 22 maio 2018. Disponível em: <http://tjdocs.tjgo.jus.br/documentos/510237>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[140] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Sobre conciliadores**. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/conciliar/perguntas-frequentes/sobre-conciliadores/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

tem capacitado servidores da Justiça para atuar como conciliadores e mediadores, de forma a evitar que se conte somente com trabalho voluntário.[141]

Atualmente, perante o TRF da 4º região, o único estímulo para conciliadores e mediadores é sua atuação constituir título em concurso público de provas e títulos, que contará como atividade jurídica, conforme prevê o art. 10, § 5º da Resolução nº 15, de 03/2011-TRF4[142].

Essa situação, porém, redunda em uma limitação à expansão dos dois institutos. Isso porque, enquanto uma justa remuneração não for estabelecida no âmbito de todos os tribunais, não será possível exigir conciliadores e mediadores bem capacitados e estimulados. Dito de outro modo, não é razoável exigir que alguém se qualifique e se capacite sem que, em contrapartida, receba retribuição adequada. Logo, se tal quadro não for alterado, os meios autocompositivos terão dificuldades para se desenvolver na velocidade e amplitude desejadas pelo atual diploma processual, baseados, prioritariamente, em serviço voluntário.

Apesar dos critérios para fixação de remuneração dependerem da regulamentação interna de cada tribunal, atento à necessidade de proporcionar remuneração digna aos mediadores e conciliadores, para que o mercado de trabalho congregue bons profissionais no campo da justiça consensual. O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 271, em 11 de dezembro de 2018[143], pela qual fixou parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais.

De acordo com a resolução, foram fixados cinco patamares, sendo quatro remuneratórios, de acordo com faixas de autoatribuição (voluntário; básico; intermediário; avançado; e extraordinário), sendo que o valor da hora varia tanto de acordo com o nível no qual o conciliador/mediador está enquadrado como em razão do valor da causa.

A tabela e o valor sugerido pelo CNJ, porém, podem ser alterados pelos tribunais, tanto para aumentar como para reduzir os valores para atender à realidade local (art. 2º, §3° da resolução). Apesar da iniciativa da fixação de parâmetro de remuneração, a implantação

---

[141] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **2ª Região entrega certificado a servidores aptos a atuar como conciliadores e mediadores na Justiça Federal**. Rio de Janeiro, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/2a-regiao-entrega-certificado-servidores-aptos-atuar-como-conciliadores-e-mediadores-na-justica-federal/>. Acesso em: 31 dez. 2019.

[142] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Resolução nº 15, de 14 de março de 2011. Porto Alegre, 2011. Dispõe sobre a adequação e ampliação do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da 4ª Região à Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse.
Disponível em: <https://biblioteca.trf4.jus.br/diap/legis/RESOL2011015.PDF>. Acesso em: 12 jan. 2020.

[143] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 271, de 11 de dezembro de 2018. Fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto do art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_271_11122018_12122018115214.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

depende, exclusivamente, dos tribunais, que já atravessam dificuldades financeiras e, portanto, tendem a delongar tal medida.

Tal resolução traz, contudo, norma inesperada, ao definir que, em contrapartida a seu credenciamento, os mediadores e conciliadores, com exceção dos enquadrados como voluntários, deverão atender gratuitamente a 10% (dez por cento) dos casos direcionados pelo Poder Judiciário, a fim de proporcionar tratamento aos processos em que for deferida gratuidade da Justiça (art. 2º, § 8º da resolução 271/2018).

No entanto, se a lei (art. 169, § 2º, CPC/2015) determinou que os tribunais estabelecerão 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 a gratuidade da Justiça houver sido deferida, como contrapartida de seu credenciamento, ela não estabeleceu tal dever para os conciliadores e mediadores, considerados individualmente.

A Resolução 271, apesar de ter fixado (art. 2º, §7º)[144] o percentual de atendimento gratuito das câmaras privadas de conciliação e mediação em patamar superior (20%) ao fixado aos profissionais autônomos, ultrapassou os limites legais, pois o Código de Processo não prevê tal ônus aos autonômos.

Além da ilegalidade desta norma (art. 2º, §8º da Resolução 271/2018), a adequação e conveniência são bastante questionáveis. Sem mínima remuneração, a dedicação dos conciliadores ou mediadores será menor; eles não terão estímulo para alongar o procedimento e desdobrar o encontro em diversas sessões, caso necessárias à composição das partes, relegando ao jurisdicionado beneficiado pela gratuidade tratamento "de segunda classe".

Por outro lado, se para as câmaras privadas de conciliação e mediação, em razão de sua estrutura empresarial, a absorção do custo de realização de percentual de procedimentos gratuitos é mais plausível, já para profissionais autônomos tal ônus é bastante pesado, representando um desestímulo ao ingresso de bons profissionais.

Se, porém, conforme art. 6°, XI, da Resolução n° 125/2010 (incluído pela Emenda nº 2, de 8 de agosto de 2016)[145], do mesmo Conselho Nacional de Justiça, cabe a ele próprio a

---

[144] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 271, de 11 de dezembro de 2018. Fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto do art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_271_11122018_12122018115214.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

[145] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf >. Acesso em: 29 dez. 2019.

criação de parâmetros de remuneração de mediadores. Tais balizas podem ser ou não seguidas pelos tribunais, assim como estes podem não seguir os percentuais de audiências não remuneradas parametrizadas, sendo que nesse caso seria salutar que não o seguissem.

Outro ponto digno de nota é que a mesma Resolução 271/CNJ, em seu art. 2°, § 6°, estabeleceu que o mediador judicial não poderá cobrar pela primeira sessão, devendo apresentar às partes estimativa inicial de quantidade de horas, informações sobre o procedimento e orientações acerca da confidencialidade, nos termos do art. 14 da Lei de Mediação.

A primeira observação é de técnica legislativa, pois na redação de tal parágrafo consta apenas alusão à mediação judicial e ao mediador, sendo que podem remanescer dúvidas sobre sua aplicabilidade em relação à conciliação judicial e à figura do conciliador. Em razão da ausência de outro parágrafo ou artigo da resolução a tratar de forma diversa da conciliação judicial e do conciliador, entendemos que tal norma também se aplica a esse instituto.

Uma segunda observação que podemos fazer diz respeito à impossibilidade de o mediador cobrar pela primeira sessão, servindo este primeiro encontro como momento para informar sobre o funcionamento do procedimento e a estimativa de horas, de modo a permitir às partes a decisão de aderir ou não. Se tal norma está em consonância com o princípio da voluntariedade e da decisão informada (art. 166, CPC/2015), ela não parece estar de acordo com o sistema implantado pelo art. 334 do Código de Processo Civil, pelo qual a obrigatoriedade é de participar da tentativa de conciliação ou mediação, e não de participar de uma audiência informativa sobre métodos autocompositivos para que as partes possam voluntariamente decidir se pretendem se submeter a tais mecanismos.

Nessa perspectiva, esse é outro ponto em que a resolução, com a finalidade de fixar padrões remuneratórios, ultrapassou a competência do CNJ e fixou regra contraditória com norma federal hierarquicamente superior.

7.2 VEDAÇÃO AOS ADVOGADOS QUE EXERCEM FUNÇÃO DE MEDIADOR OU CONCILIADOR

De acordo com o § 5º, art. 167 do CPC/2015, caso os conciliadores e mediadores judiciais sejam advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Essa restrição foi objeto de diversas críticas, entre as quais as de Fernanda Tartuce. Para essa autora, se o advogado atua como perito do juízo (por exemplo, em caso de arbitramento de honorários), não há restrição para que ele atue como causídico

naquele juízo. A autora alega que o tema está ligado à liberdade profissional, cujo tratamento é reservado à lei específica, o Estatuto da Advocacia[146].

Já Fernando da Fonseca Gajardoni[147] observa que a regra contida no § 5º, art. 167 do código pode trazer efeitos deletérios, em razão do seu potencial para gerar desinteresse entre profissionais qualificados em atuar como mediadores. Ocorre que em comarcas menores, em que são poucos os juízos, quando não um único, tal desestímulo será ainda maior, uma vez que o advogado que venha a atuar como conciliador ou mediador estará totalmente impedido de exercer sua principal função profissional em sua comarca. Apesar da infelicidade da regra, ela está em vigor e deve ser respeitada.

Nesse ponto é importante lembrar que o enunciado nº 47 do Fonamec estabelece que não se aplica aos advogados que atuam como conciliadores ou mediadores vinculados aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (**Cejuscs**) o impedimento do art. 167, § 5º do CPC. A solução desse enunciado baseia-se no entendimento de que os Cejuscs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal, sem caráter de jurisdição *stricto sensu*.

Por essa razão, e estando o conciliador ou o mediador subordinado ao juiz coordenador dos Cejuscs, não há nenhuma vinculação do conciliador ao juízo do processo. Daí não se aplicar o impedimento do art. 167, § 5º do CPC/2015 aos advogados atuantes nas comarcas em que há Cejuscs instalados. Tal interpretação é bastante razoável e harmoniosa com os demais dispositivos legais.

---

[146] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 327.

[147] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. _____; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. São Paulo: Forense, 2015.

8 OBRIGATORIEDADE

Ponto essencial a ser analisado, quando da exegese do art. 334 do Código de Processo Civil, é a obrigatoriedade da realização da audiência prévia de tentativa de conciliação ou mediação.

A compulsoriedade de comparecimento tem sido objeto de diversas críticas, especialmente por não ser compatível obrigar que os litigantes participem de técnica informada pelo princípio da autonomia da vontade (art. 166, caput, CPC/2015, e art. 2°, V, Lei de Mediação).

As objeções comuns sobre a obrigatoriedade das partes de submeter-se involuntariamente podem ser assim elencadas: (i) nem todas as controvérsias são idôneas para ser solucionadas pela via consensual, sendo algumas vezes o mecanismo mais apropriado a solução adjudicada; (ii) a imposição de um método não adversarial violaria a lógica consensual; (iii) obrigar o cidadão a passar pela sessão de mediação seria um paternalismo estatal; (iv) antes de tornar obrigatória a mediação, deveria o Estado investir na superação da cultura litigiosa do povo, a exemplo da introdução de disciplinas ligadas às RAD nos currículos das faculdades[148].

Fernando da Fonseca Gajardoni[149] enumera as seguintes críticas à obrigatoriedade: a) quebrar aquilo que de mais caro há nos métodos consensuais de solução de conflito, a autonomia da vontade, lançada pelo próprio legislador como princípio da mediação (art. 166 CPC/2015); b) burocratizar a mediação/conciliação, obrigando todas as partes, mesmo não querendo, a se submeter a ela, simplesmente porque uma delas deseja; c) dar azo a manobras processuais protelatórias, com um dos demandados aceitando a audiência apenas para ganhar mais alguns meses de tramitação processual, sem possibilidade de intervenção judicial para obstar a manobra; e d) tornar maior o custo do processo, uma vez que, além do pagamento pelos serviços do mediador/conciliador, o demandado domiciliado em outra localidade, praticamente em todas as ações, deverá se deslocar para a audiência de mediação/conciliação no foro da propositura.

---

[148] RODRIGUES, Daniel Colnago Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396. nov. 2018.

[149] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação? **GENJurídico.com.br**, [s.l.], 26 jan. 2015. Disponível em**:** <http://genjuridico.com.br/2015/01/26/cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao/>. Acesso em: 28 out. 2019.

Por outro lado, uma possibilidade de ver com bons propósitos a ideia de mediação obrigatória seria estimular a sua prática. Isso porque com a imposição do procedimento seria inevitável a difusão do instituto, assim gradativamente incorporado à mentalidade da população.

8.1. OBRIGATORIEDADE NOS EUA, INGLATERRA, ESPANHA, ARGENTINA E ITÁLIA

Alguns autores citam diversos benefícios da obrigatoriedade da mediação. Timothy Hedeen traz as seguintes informações:

> *An Ohio resource manual for common-pleas courts identifies six benefits of mandatory mediation: high litigant and attorney satisfaction, high settlement rates, decreased costs for parties, increased use and the "spillover effect," increased court efficiency, and cost-effective program administration (Fowler et al., 2000). Among the benefits unlisted is addressing the long-recognized underutilization of mediation services (Rogers, 1991; Clarke, Valente, and Mace, 1992; Welsh, 2001)*[150].

Macarena Vargas Pavez, dentro do contexto espanhol, afirma que o estabelecimento de mecanismos alternativos de resolução de conflitos no sistema de justiça da família responde a um triplo objetivo de política pública

> *Por una parte, buscan mejorar el acceso al sistema judicial, ofrecer respuestas más adecuadas de acuerdo a la especial naturaleza de cierto tipo de conflictos y, por otra, persiguen mejorar la gestión de los tribunales contribuyendo a su descarga*[151].

É dizer, apesar de a grande maioria dos autores criticarem a ideia de obrigatoriedade de participação em mecanismos autocompositivos, alguns veem com bons olhos tal medida.

Grande parte da doutrina, porém, vê na voluntariedade um dos elementos principais e o que distingue a conciliação e a mediação da solução adjudicada. E também aquilo que possibilita maior satisfação aos jurisdicionados, maior adimplementos aos termos negociados e maior adesão à autocomposição. Por outro lado, a coação das partes para participar de

---

[150] HEDEEN, Timothy. Coercion and self-determination in court-connected mediation: All mediations are voluntary, but some are more voluntary than others. **Justice System Journal**, [s.l.], v. 26, n. 3, p. 273-291, 2005. p. 276. Importante destacar, porém, que apesar de HEDEEN trazer tais dados, ele é bastante crítico à obrigatoriedade de se participar das RADs.

[151] VARGAS PAVEZ, Macarena. Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 21, n. 2, p. 183-202, 2008. p. 199.

procedimento autocompositivo retiraria da conciliação e da mediação todas as vantagens acima descritas.

Timothy Hedeen[152] observa:

> *Many mediation proponents have claimed, and some researchers have concluded, that voluntary action in mediation is part of the "magic of mediation" that leads to better results than those from courts or other forums: higher satisfaction with process and outcomes, higher rates of settlement, and greater adherence to settlement terms. (For reviews of existing empirical research, see Shack, 2003, and Wissler, 2004.) A common argument in favor of voluntary participation comes from the early days of the mediation movement: agreements reached in mediation are said to be more durable and fitting than court decisions because the parties design them (Aaronson et al., 1977; Wahrhaftig, 1978). Put another way, "volition is the key to successful outcomes—volition validates those [mediated] outcomes; compulsion does not" (Nicolau, 1995).*

Nos Estados Unidos, um dos berços das RAD, a obrigatoriedade de submeter-se a mediação/conciliação pode decorrer de lei, de contrato firmado entre os litigantes ou de ordem do tribunal. Diversos estados norte-americanos adotam o modelo da obrigatoriedade, caso da Flórida, onde a mediação prévia é obrigatória, à exceção dos processos que versem sobre impugnação a decisões de órgãos administrativos, *habeas corpus* e confisco de bens apreendidos e falência[153].

Naquele país, a discussão central sobre a obrigatoriedade é focada no tipo de compulsoriedade que viola o princípio da autodeterminação[154]. São decompostas a obrigatoriedade de participar do procedimento e a obrigatoriedade de continuidade da sessão contra a vontade das partes até chegarem a acordo; "táticas" para "induzi-las" a chegar a um acordo, como não permitir que saiam da sala em que a negociação ocorre por horas (nem mesmo para se alimentar); práticas intimidatórias, como ameaçar contar ao juiz o comportamento do litigante que não está sendo proativo; e fazer previsões sobre eventual resultado do litígio se julgado, para atemorizar o jurisdicionado etc.

A distinção tradicionalmente feita para referendar a obrigatoriedade de participação na sessão autocompositiva é seu desdobramento em *coercion in to mediation* e *coercion in*

---

[152] HEDEEN, Timothy. Coercion and self-determination in court-connected mediation: All mediations are voluntary, but some are more voluntary than others. **Justice System Journal**, [s.l.], v. 26, n. 3, p. 273-291, 2005. p. 275.

[153] DEPARTMENT OF JUSTICE. **ADR in the Federal District Courts** –District-by-District Summaries. USA, revised March 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/olp/file/827536/download>. Acesso em: 28 out. 2019.

[154] HEDEEN, op.cit.

mediation[155]. Ou seja, a obrigatoriedade de comparecer à audiência e a obrigatoriedade de chegar a eventual acordo.

Por meio da distinção entre a obrigatoriedade de forçar as partes à autocomposição e a obrigatoriedade de submetê-las ao processo de tentativa de solução consensual, muitos defendem que essa segunda forma não atenta contra os princípios que informam a mediação e a conciliação[156].

Por outro lado, de acordo com Daniel Colnago Rodrigues[157], na Inglaterra, por certo período, a interpretação da regra 1.4 do *Civil Procedure Rules* levou alguns juízes ao entendimento de que a tentativa de conciliação/mediação era obrigatória, diante do dever do magistrado de "[...] encorajar a realização de mediação entre as partes[158]". Havia, nesse sentido, precedentes pelos quais a realização da via consensual era obrigatória, mesmo quando uma das partes afastava expressamente essa alternativa.

Em 2004, a *English Court of Appeal* pacificou o entendimento de que essa leitura é incompatível com a garantia de acesso à Justiça (art. 6° da Convenção Europeia de Direitos Humanos), restringido o sistema compulsório de mediação no Judiciário inglês.

Na Espanha a mediação é admitida, por força da Lei 15/2005[159], para matéria familiar. Já nos âmbitos cível e comercial, a Lei 5/2012[160] regulamentou o uso da mediação, tendo excluído de sua aplicação matérias penais que envolvam a administração pública e o direito do consumidor. Em todas as áreas, a mediação é voluntária, sendo facultado ao julgador sugerir a via consensual, quando entender pertinente.

---

[155] QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: An Oxymoron-Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. **Journal of Conflict Resolution**, [s.l.], v. 11.2, p. 479-509, 2010.

[156] SANDER, Frank E.; ALLEN, H. William; HENSLER, Debra. Judicial (Mis) use of ADR? A Debate. **University of Toledo Law Review**, [s.l.], v. 27, p. 885-896, 1996.

[157] RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396. nov. 2018. p. 375.

[158] Transcrevemos referida regra:"Court's duty to manage cases. 1.4. (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes –(…) (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure". INGLATERRA. Civil Procedure Rules. Disponível em: < http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01#1.1>. Acesso em: 13 jan.2020

[159] ESPANHA. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/08/15>. Acesso em: 13 jan.2020

[160] ESPANHA. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>. Acesso em: 13 jan.2020

Na Província de Buenos Aires, Argentina, o procedimento não só é obrigatório *como deve ser prévio (pré-processual)*, como condição de acesso à jurisdição (Lei 26.589/2010[161]).

Por sua vez, na Itália, cuja tradição jurídica influencia muito o Direito brasileiro, o decreto legislativo nº 28/2010 e seu regulamento (decreto nº 180, de 18 outubro de 2010[162]) estabeleceram um sistema em que a audiência de conciliação/mediação pode ser facultativa, requerida por uma das partes, ou obrigatória (de acordo com o direito material em litígio). Existem quatro espécies de mediação/conciliação: (i) facultativa, requerida ao órgão judiciário para controvérsias que envolvam direitos disponíveis (art. 2°); (ii) delegada pelo juiz, a qualquer momento, sob o interesse das partes (art. 5°, §2°); (iii) convencionada como obrigatória, pelas partes, em contratos, estatutos ou atos constitutivos; e (iv) obrigatória em razão de previsão legal (art. 5°, § 1°) nas controvérsias relativas a condomínio, direitos rurais, sucessão hereditária, pactos familiares, locação, comodato, arrendamento rural, ressarcimento de danos decorrentes de acidente veicular ou náutico, responsabilidade médica, difamação, contratos bancários de seguro ou financeiros.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, porém, na Itália o primeiro encontro do qual as partes devem obrigatoriamente participar *não* representa o início propriamente dito do procedimento de mediação/conciliação, mas sim um momento em que são expostas as funções, as vantagens e o modo de desenvolvimento da mediação[163]. O sistema italiano diferencia-se do brasileiro por ser a tentativa de procedimento de mediação condição de admissibilidade da demanda judicial[164]. Tal condição é considerada satisfeita se o primeiro encontro é concluído, com ou sem acordo sobre o início do procedimento de mediação. Decidindo ingressar com a ação, a parte autora deve juntar à petição inicial, documento, expedido pelo órgão de mediação, que comprove ter havido tentativa de início do procedimento.

---

[161] ARGENTINA. Ley 26.589, establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>. Acesso em: 13 jan.2020

[162]GALLETTO, Tomaso. **Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

[163] PAGNANO, Paula Lovato; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação nos processos civil brasileiro e italiano. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 44, n. 287, p. 509-530, jan. 2019.

[164] Ibidem.

Além da possibilidade de pena pelo não comparecimento no primeiro encontro, sem justificativa plausível (art. 8, do Decreto Legislativo 28/2010[165]), caso o resultado obtido pela parte vencedora por meio de decisão adjudicada seja idêntico à proposta feita, pela outra parte e não aceita, a parte vitoriosa arcará com todas as despesas processuais, inclusive com os mediadores. Essas despesas são contabilizadas a partir da recusa da proposta até a sentença (art. 13 do Decreto Legislativo 28/2010[166]).

Ainda assim, a obrigatoriedade italiana é objeto de diversas críticas, que apontam desde sua inconstitucionalidade até a conveniência de obrigar as partes a participar de sessão inicial de mediação. Segundo Girolamo Monteleone[167], a regra segundo a qual a medição é condição de admissibilidade da demanda judicial viola a garantia de acesso à Justiça. Por outro lado, o autor aponta que, ao ameaçar com sanções e condenações em despesas judiciais a parte vitoriosa, fica evidenciada coação indireta, com objetivo de tolher o ingresso em juízo.

Corroborando-o, Andrea Proto Pisani observa que o estabelecimento legal de via consensual obrigatória é inidôneo ao contribuir como fator de deflação de processos, porque não subsiste nenhum ônus sancionatório para obrigar a parte a tomar efetivo posicionamento em relação ao conflito nem formular pedidos contrapostos ou de apontar elementos de provas. Dito de outro modo, as propostas são feitas "às escuras", sem que as partes tenham conhecimento dos elementos probatórios que cada uma detém. Ter conhecimento de tais elementos seria importante para formar a convicção de firmar acordo[168].

Diante do exposto, verifica-se que, em outros países, a adoção de compulsoriedade de participar da tentativa de autocomposição – seja de forma pré ou processual, inclusive em

---

[165] ITÁLIA. Decreto Legislativo nº 28 de 4 de março de 2010, que estatui a atuação do artigo 60 da Lei nº69 de 18 de junho de 2009, em matéria de mediação para conciliação das controvérsias civis e comerciais. **Gazetta Ufficiale**, [s.l.], 5 mar. 2010. Serie Generale, n. 53. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-03-05&atto.codiceRedazionale=010G0050&elenco30giorni=false>. Acesso em: 12 jan.2020.

[166] Ibidem.

[167] Nas palavras de Girolamo Monteleone: "*Vero èche essa prevede unapparatodisanzionicostrittive a caricodegliavvocati e degliinteressati, matalisanzioni, oltre a dar ingresso ad una serie diperplessitàpiù propriamente giuridiche, nonsarannoidonee ad invertire una tendenzacorrispondente ad una ragionediordinenaturale e sociale, che si compendia in questo. Il cittadinocheritienediaveresubitoun torto e si reca da unavvocato per ricevereaiutoedassistenza, specie in uno Stato libero didiritto, vuoleungiudice, non unmediatore e neppureunconciliatore per l'evidentissimaragioneche, se lo avesse voluto e fosse statopossibile, la lite potevaprevenirla da se stessosenzal'aiutoditerzi. Nessuno arde daldesideriodiimpiegare tempo e danaro per impelagarsi in cause civili. Conlamediazioneobbligatoria, invece, loStatogli nega ilgiudice e ciò non puòaverealtroeffettocheesacerbaregli animi, creare chicane dilatorie, e alimentareneicittadini una senso difrustrazione e disfiducia verso leistituzio*ni". In: La mediazione "forzata". **Judicium: il processo civile in Ialia e in Europa**, [s.l.], p. 2, 2010. Disponível em: <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/38/Monteleone,%20mediazione%20forzata.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

[168] PISANI, Andrea. Appunti su mediazione e conciliazione. **Il Foro Italiano**, [s.l.], v. 133, n. 5, p. 141,142-145-146. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23204664>. Acesso em: 25 ago. 2019.

alguns casos, como o argentino e italiano – como condição de ingresso em juízo é bastante comum, apesar de também ser alvo de diversas críticas.

Portanto, a adoção da regra da obrigatoriedade pelo Código de Processo Civil em seu art. 334 não é incomum nem *sui generis.*

8.2 CRÍTICAS À REGRA DA OBRIGATORIEDADE

O efeito deletério mais grave da obrigatoriedade decorre da autocomposição não ser sempre o mecanismo mais apropriado de resolução de controvérsias. E coagir as partes a participar pode ser danoso, especialmente em casos que envolvam direitos fundamentais, em que seja necessário fixar precedentes, em que a condenação pública de conduta de violações repetitivas necessitem ser tratadas de forma coletiva e uniforme ou ainda, e especialmente, quando a assimetria entre as partes for tão profunda que a negociação entre elas tenha grande chance de resultado não equitativo.

A obrigatoriedade também leva ao risco de realização de ato inútil, pois sem voluntariedade é grande a possibilidade de que a fase de tentativa prévia de autocomposição se torne meramente ritualística.

É um erro pensar nos meios autocompositivos como a panaceia para todos os males, até porque sua premissa básica é a voluntariedade e a boa-fé de seus atores. A regra da obrigatoriedade afasta a possibilidade de mecanismo de filtragem, [...] de modo que a mediação ou conciliação seja utilizada apenas nas hipóteses em que possa ser útil”.[169]

O trabalho de triagem, se realizado adequadamente, implica inexoravelmente em ato complexo e moroso. A política de valorização dos meios autocompositivos tem como primordial intenção o ganho de celeridade, que não será atingido completamente com a introdução de mais uma fase, a de triagem. Talvez seja essa a razão da adoção da regra da obrigatoriedade, com pequenas exceções, de modo que não sejam necessárias análises acuradas dos conflitos e pertinência do encaminhamento a meio autocompositivo.

Outra questão que surge: é possível falar que realmente existe no Brasil o modelo multiportas de resolução de disputas, sendo ausente um mecanismo de triagem?

---

[169] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional/Mediation and conflict solution in the democratic law state. The “hermes judge” and the new dimension of judicial function. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 4, n. 1, 2011. ISSN 1516-0351 p. 245-277. p. 260

A expressão "tribunal multiportas" foi cunhada por Frank Sander[170] e utilizada pela primeira vez na Pound Conference, em 1976. A ideia é que, ao invés de o tribunal ter uma única porta direcionada ao Judiciário (solução adjudicada), existiria um centro de soluções de conflitos localizado na corte, em que seriam oferecidas várias "portas". Por essas "portas", os cidadãos poderiam acessar o Judiciário (mediação, arbitragem, *factfinding,* solução adjudicada, entre outros).

Consoante a esse modelo, a disputa deve ser encaminhada para a técnica ou o meio mais adequado de solução. A mediação e a conciliação passam a ser fortemente estimuladas, em esforço de aproximação das partes e de empoderamento dos jurisdicionados como atores da solução de seus conflitos.

O próprio manual de mediação do CNJ, em sua 6° edição, explicita que nem sempre a autocomposiçao é o método mais indicado para resolução de determinada contenda:

> [...] a escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade. Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que continuarão a ter contato uma com a outra (e.g. disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, tal como a mediação. Por outro lado, se uma das partes tiver interesse em abrir um precedente ou assegurar grande publicidade a uma decisão (e.g. disputa relativa a direitos individuais homogêneos referentes a consumidores), recomenda-se um processo que promova elevada recorribilidade, necessária para a criação de precedente em tribunal superior, e que público ou ao menos pouco sigiloso (e.g. processo judicia).[171]

Para a maioria dos doutrinadores, o CPC/2015 adotou sistema multiportas a despeito da inexistência de triagem e da regra de adoção da obrigatoriedade. Segundo Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini[172], existem diversos modelos de tribunais multiportas, cabendo ao Poder Judiciário, inicialmente, ser

---

[170] Expressão cunhada por Frank Sander, em sua palestra "Variedades de processamento de conflitos". In: **The pound conference**: perspectives on justice in the future. Saint Paul: Leo Levin & Russell R. Wheeler, 1979.

[171] AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. p. 17-18.

[172] LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. Sistemas multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, mediação e arbitragem** – curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 74.

> [...] o gestor do conflito a ele apresentado, indicando o método mais adequado, mesmo que não seja a sentença estatal. O meio selecionado pode ser obrigatório (*mandatory*) ou não, conforme o tribunal. É o caso da mediação. É possível que o tribunal determine que certo tipo de caso seja remetido obrigatoriamente a um programa para que se tente resolver a controvérsia por intermédio da mediação.

José Luiz Lessa Neto entende que a existência da obrigatoriedade não descaracteriza o sistema multiportas, sendo os desafios para implantação desse modelo, no Brasil, de ordem (a) estrutural, (b) educacional e (c) cultural. Só com a superação desses desafios o modelo multiportas poderá a vir a ser efetivamente implantado e exitoso no país.[173]

8.3 OBRIGATORIEDADE NO DIA A DIA FORENSE

Apesar de ser vedado ao juiz dispensar a realização das audiências de conciliação ou mediação, fora das exíguas possibilidades e taxativamente previstas em lei, na prática tem sido recorrente as decisões que *não a* designam. Tal se dá pelos seguintes fundamentos: (i) as audiências prévias de tentativa de conciliação têm provocado maior demora na solução dos processos, seja em razão dos casos de redesignações de audiências por impossibilidade temporal de citação dos réus, seja porque a pauta *não* permite designação em curto período de tempo; (ii) critérios meritórios, como baixo número de acordos realizados nessas audiências iniciais; (iii) quando *não* há risco de nulidade ou prejuízo às partes em caso de *não* designação, até porque nada as impediria de postular a homologação de acordos extrajudiciais ou de requerer, em conjunto e a qualquer tempo, designação de audiência conciliatória; e (iv) inexistência de setor de conciliação e mediação com capacidade para atender ao número de ações ajuizadas.

Como exemplo, transcrevemos as seguintes decisões:

> Vistos. À luz do princípio da razoável duração do processo e do poder/dever que tem o juiz de alterar prazos processuais para adequá-los às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, bem como em razão da inexistência de setor de conciliação e mediação com capacidade de atender ao elevadíssimo número de ações ajuizadas neste Foro Central diariamente, deixo de designar a audiência a que alude o art. 334 do Código de Processo Civil, ficando postergada a providência para momento

---

[173] LESSA NETO, José Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 427-441, jun. 2015.

> oportuno, em havendo interesse manifestado por ambas as partes. Cite-se e intime-se a parte ré, com as advertências legais, a fim de que ofereça contestação, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados na forma dos arts. 231 c.c. 335, III, do Código de Processo Civil, sob pena de revelia e presunção de veracidade das alegações de fato aduzidas pela parte autora (CPC, art. 344).Via digitalmente assinada da decisão servirá como carta. Int. (autos n.° 1076160-84.2016.8.26.0100, 36ª Vara Cível - Foro Central Cível, Comarca da Capital do Estado de São Paulo, TJSP)[174].
>
> Vistos. 1– Recebo a petição de fls. 470/475 como aditamento à inicial. Anote-se. 2– Ante o elevado número de feitos distribuídos na Vara, mensalmente, a designação de audiência prévia de conciliação, prevista na nova sistemática processual, irá retardar, em demasia, o processo, ante a exígua disponibilidade de pauta do Juízo, o que irá de encontro com o direito constitucional à duração razoável do processo, pelo que postergo para momento oportuno a análise da conveniência dessa audiência.
> 3 – Cite-se a(o) ré(u) advertindo-se do prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a defesa, sob pena de serem presumidos como verdadeiros os fatos articulados na inicial.
> Defiro os benefícios do artigo 212, parágrafos 1 ° e 2°, do NCPC. Int. (autos n.° 1010446-87.2017.8.26.0248, 1ª Vara Cível - Foro de Indaiatuba – Estado de São Paulo – TJSP).[175]

Tal dado empírico, recolhido de forma aleatória do cotidiano forense, foi confirmado por recente pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo (USP), a pedido do CNJ. Nela constatou-se que:

> Em regra, apesar da obrigatoriedade legal, *o juiz define quais processos serão enviados para o procedimento de conciliação*, que é feito nas próprias varas em alguns lugares, ou enviados ao CEJUSC; conduzido pelo próprio juiz em alguns casos, por conciliadores servidores em outros e por conciliadores externos voluntários em outros (grifos nossos).[176]

É evidente, porém, que a inexistência de estrutura física (CEJUSC) e humana (conciliadores e mediares) é fator impeditivo para que a audiência possa ser realizada.

---

[174] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. e-SAJ – Portal de Serviços. Consulta de Processo do 1º grau. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000LUOG0000&processo.foro=100&uuidCaptcha=sajcaptcha_0e292c670b554688a33edc2a656aeb12>. Acesso em: 15 maio 2018.

[175] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. e-SAJ – Portal de Serviços. Consulta de Processo do 1º grau. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000LUOG0000&processo.foro=100&uuidCaptcha=sajcaptcha_0e292c670b554688a33edc2a656aeb12>. Acesso em: 15 maio 2018.

[176] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: 2019. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. p. 174. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

Em consulta feita nos sites dos 26 Tribunais de Justiças estaduais e do Distrito Federal, e considerando os que disponibilizam informações a respeito dos CEJUSC, é possível verificar disparidade de estruturas disponíveis entre as unidades federativas, bem como o muito que ainda precisa ser feito. No âmbito da Justiça Estadual, dados de 1º de novembro de 2019[177] indicaram o seguinte cenário:

Quadro 1 – Estimativas de Cejuscs por Tribunal de Justiça Estadual com data de referência em 1º de novembro de 2019.

Tribunal Estadual	Número de Cejusc
Rondônia[178]	26
Acre	Tribunal não disponibiliza informação em seu site
Amazonas	Tribunal não disponibiliza informação em seu site
Roraima[179]	9
Pará	Tribunal não disponibiliza informação em seu site
Amapá	Tribunal não disponibiliza informação em seu site
Tocantins[180]	42
Maranhão	Tribunal não disponibiliza informação em seu site
Piauí[181]	15
Ceará[182]	41
Rio Grande do Norte[183]	15
Paraíba	Tribunal não disponibiliza informação em seu site
Pernambuco179[184]	23
Alagoas	Tribunal não disponibiliza informação em seu site

[177] É importante destacar a limitação de tais informações, baseadas unicamente em dados disponibilizados pelos próprios tribunais.

[178] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. **Contatos dos Cejusc's**. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/mn-nupemec-cejuscs>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[179] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.** Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/index.php/nupemec-centro-judiciario-solucao-conflito>. Acesso em: 1 nov. 2019. É importante, porém, frisar que em Roraima são apenas nove comarcas, ou seja, existe Cejusc em cada uma das comarcas.

[180] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. **Lista de Cejusc**.Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-dos-cejusc>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[181] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. **Formulário de agendamento de sessões de mediação/conciliação judicial**. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/agendamento/>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[182] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs**. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/nupemec/cejuscs-do-estado-do-ceara/>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[183] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **CEJUSCs**. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br/index.php/judicial/conciliacao2/cejusc-enderecos-e-telefones>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[184] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs**. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/cejuscs-camaras/cejuscs>. Acesso em: 1 nov. 2019.

Sergipe180[185]	16
Bahia181[186]	131
Minas Gerais182[187]	162
Espírito Santo183[188]	12
Rio de Janeiro184[189]	33
São Paulo185[190]	246
Paraná	Tribunal não disponibiliza informação em seu site
Santa Catarina186[191]	31
Rio Grande do Sul187F[192]	47
Mato Grosso do Sul188F[193]	9
Mato Grosso189[194]	43
Goiás190[195]	69
Distrito Federal191[196]	23

Elaborado pelo autor

[185] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE. **CEJUSCs**. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/conciliacao/onde-resolver-conflitos/item/107-cejuscs>. Acesso em: 1 de nov. 2019.

[186]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. **NUPEMEC** - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=29>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[187] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **CONTATOS CEJUSC** – TJMG. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/F1/61/52/6F/2E4FD610E6AA3FD6A04E08A8/RELACAO%20DE%20CEJUSC%20-%2022_10_2019.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[188] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. **CONTATO** – LISTA DOS CEJUSCS. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/institucional/nucleos/nupemec/centros-judiciarios-de-solucao-de-conflitos-e-cidadania-cejuscs/contato/>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[189]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Lista dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania** – CEJUSC. Disponível em <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/4318255/lista-cejusc-mod.pdf?=v26>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[190] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA** – CEJUSCs. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/Enderecos_Cejusc.pdf?d=1573229515573>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[191] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **CEJUSC**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao/cejusc>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[192] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos** – NUPEMEC/TJRS. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/nucleo.html>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[193] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. **Conciliar e mediar** – caminhos mais simples e eficientes. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/conciliacao/apresentacao.php>. Acesso em: 1 nov. 2019

[194] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. **Centrais e Centros Judiciários**. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/Institucional/C/23924#.XcVzsTNKjIU>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[195] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania instalados no estado de Goiás**. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/conciliacao-mediacao/cejusc-s/capital>; e **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania instalados no estado de Goiás** – Interior. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/conciliacao-mediacao/cejusc-s/interior>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[196] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Quem somos**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/institucional/nucleo-e-centros>. Acesso em: 1 nov. 2019.

Alguns números chamam a atenção. O TJPE aponta a existência de apenas 23 Cejusc instalados, o TJSE 16, o TJMS, 9 e o TJES 10, enquanto o TJSP declara existirem 246, o TJMG 162 e o TJBA 131.

Ao cotejar tais informações com o número de habitantes inseridos na área de jurisdição de cada um dos tribunais estaduais, temos uma melhor visualização da carência de estruturas e disparidade entre eles. Abaixo, dados demográficos disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de cada uma das unidades da federação[197].

Quadro 2 – Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2019.

Brasil e unidades da federação	População estimada
Brasil	**210.147.125**
Região Norte	**18.430.980**
Rondônia	1.777.225
Acre	881.935
Amazonas	4.144.597
Roraima	605.761
Pará	8.602.865
Amapá	845.731
Tocantins	1.572.866
Região Nordeste	**57.071.654**
Maranhão	7.075.181
Piauí	3.273.227(1)
Ceará	9.132.078(1)
Rio Grande do Norte	3.506.853
Paraíba	4.018.127
Pernambuco	9.557.071(2)
Alagoas	3.337.357(2)
Sergipe	2.298.696(3)
Bahia	14.873.064(3)
Região Sudeste	**88.371.433**
Minas Gerais	21.168.791
Espírito Santo	4.018.650
Rio de Janeiro	17.264.943
São Paulo	45.919.049
Região Sul	**29.975.984**

[197] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tabelas** – 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?=&t=resultados>. Acesso em: 12 dez. 2019.

Paraná	11.433.957
Santa Catarina	7.164.788
Rio Grande do Sul	11.377.239
Região Centro-Oeste	**16.297.074**
Mato Grosso do Sul	2.778.986
Mato Grosso	3.484.466
Goiás	7.018.354(4)
Distrito Federal	3.015.268(4)

Nesse sentido, estabelece-se a correlação entre Cejuscs instalados e jurisdicionados, descrita a seguir.

Quadro 3 – Intersecção entre número de jurisdicionados e número de Cejuscs.

Tribunal Estadual	**Número de jurisdicionados**	**Número de Cejuscs**	**Cejuscs *per capita* (número de pessoas atendidas por cada Cejusc, em média aritmética)**
Rondônia	1.777.225	26	68.354,80
Acre	881.935	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Amazonas	4.144.597	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Roraima	605.761	9	67.306,77
Pará	8.602.865	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Amapá	845.731	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Tocantins	1.572.866	42	37.449,19
Maranhão	7.075.181	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Piauí	3.273.227	15	218.215,13
Ceará	9.132.078	41	222.733,61
Rio Grande do Norte	3.506.853	15	233.790,2
Paraíba	4.018.127	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Pernambuco	9.557.071	23	415.524,82

Alagoas	3.337.357	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Sergipe	2.298.696	16	143.668,50
Bahia	14.873.064	131	113.534,84
Minas Gerais	21.168.791	162	130.671,55
Espírito Santo	4.018.650	12	334.887,50
Rio de Janeiro	17.264.943	33	523.180,09
São Paulo	45.919.049	246	186.662,80
Paraná	11.433.957	Tribunal não disponibiliza informação em seu site	X
Santa Catarina	7.164.788	31	231.122,19
Rio Grande do Sul	11.377.239	47	242.068,91
Mato Grosso do Sul	2.778.986	9	308.776,22
Mato Grosso	3.484.466	43	81.034,09
Goiás	7.018.354	69	101.715,27
Distrito Federal	3.015.268	23	131.098.60

Elaborado pelo autor

É claro que tal quadro comparativo tem limitações, já que não leva em consideração o local onde residem os habitantes (densidade demográfica populacional dentro da unidade federativa) e onde estão instalados os Cejuscs no escopo do território da jurisdição de cada tribunal.

Outro ponto de restrição diz respeito à correlação realizada, que toma como parâmetro apenas o número de habitantes. Ocorre que os "usuários" do Poder Judiciário são também pessoas jurídicas e, portanto, para que a análise seja mais criteriosa seria interessante somar ao número de habitantes o de pessoas jurídicas instaladas na área de jurisdição de cada tribunal estadual. Uma última limitação refere-se ao próprio corte feito, que restringe a análise à Justiça Estadual e, consequentemente, não abrange a Justiça Federal.

Também é desconsiderado o tamanho de cada Cejusc, podendo a dimensão de uma única estrutura equivaler a algumas de proporção reduzida.

Apontadas as limitações de tal análise, já é possível verificar a imensa disparidade entre as estruturas voltadas às RADs. Por exemplo, enquanto no âmbito do TJTO cada unidade de Cejusc atenderia idealmente 37.449 jurisdicionados, no TJRJ cada uma teria de atender, em média, 523.180,09 jurisdicionados.

Essa situação de carência de estruturas físicas apontada acima pode justificar a não designação de audiências de tentativa de autocomposição, porém outros fundamentos além da carência de recursos físicos e humanos têm sido utilizados para justificar a supressão da fase prévia de tentativa de autocomposição.

Além das condições estruturais, para realização da audiência prévia, e apesar da obrigatoriedade de submissão das partes a procedimento autocompositivo ser bastante questionável, especialmente no que se refere à violação à voluntariedade das partes de participar de tal mecanismo, *não* é menos aflitivo notar como a nova legislação tem sido desconsiderada, mesmo quando existe estrutura física ou humana para realização das audiências.

Nessa perspectiva, quais seriam as consequências práticas da não observância, pelos juízes, da regra contida no art. 334 do CPC/2015?

Alguns jurisdicionados, irresignados com o resultado do julgamento das demandas em que são parte, têm buscado anular as sentenças. Isso ocorre em razão de os magistrados *não* terem designado a realização da audiência de conciliação/mediação em situações em que *inexiste* dúvida sobre a sua obrigatoriedade.

Nesses casos, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) tem afirmado que a designação da audiência de conciliação, prevista no art. 334 do CPC/2015, *não* é obrigatória, mesmo quando *não* estão presentes as hipóteses taxativas para a sua dispensa e, portanto, não ensejando anulação da sentença proferida.

No julgamento do recurso de apelação nº 1004829-14.2016.8.26.0271, a 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rel. Bonilha Filho, j. 09/06/2017) declarou que a designação da audiência de conciliação, prevista no art. 334 do NCPC, não é obrigatória, dada a possibilidade de as partes se comporem a qualquer tempo, independentemente da realização dessa audiência.

Já a 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo teve de apreciar recurso de agravo de Instrumento nº 2068970-28.2017.8.26.0000 (Rel. Jacob Valente, j. 08/06/2017), em que o agravante alegou que o juízo de primeira instância havia ignorado norma cogente e, com fundamento no enunciado 35 da Enfam[198], suprimiu a designação da audiência de conciliação ou de mediação sem que o autor houvesse declinado seu interesse na realização da audiência de conciliação – sendo que o réu (agravante) possuía total interesse em resolver a lide sem o desenrolar de novas fases processuais. Os julgadores, porém, entenderam que não era hipótese de se revogar a decisão hostilizada, vez que a qualquer momento do processo as partes poderiam chegar a bom termo para pôr fim à demanda. A composição das partes, caso haja efetivo interesse, independeria da realização de

[198] Transcrevemos o enunciado 35 do Enfam: "Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo".

audiência do art. 334, CPC/2015 e seria possível a qualquer momento, até mesmo após o trânsito em julgado[199].

Apesar de restritos ao Tribunal de Justiça de São Paulo e, portanto, esses julgados não representarem o entendimento dos demais tribunais do país, não deixa de ser relevante a posição adotada pelo TJSP, especialmente por sua importância.

Em contrapartida, é possível conjecturar que o jurisdicionado tenha uma justa expectativa de que a fase de tentativa de autocomposição seja realizada, e que o litigante não possa ser surpreendido, exigindo-se do Poder Judiciário comportamento ético, de modo a evitar que legítimas expectativas sejam frustradas por uma atuação imprevisível do Poder Público.

A vedação à imposição de surpresas aos jurisdicionados tem ampla aplicação às normas processuais, sendo um dos pilares do devido processo legal. Por outro lado, o princípio do devido processo legal tem, por sua vez, fundamento normativo no princípio de liberdade (sob o viés de restrição a atuação estatal) e da igualdade (no que se refere ao tratamento paritário das partes, quando em juízo).

José lgnacio Botelho de Mesquita afirma que:

> A sujeição do juiz à lei é a primeira, senão a única, garantia de liberdade que se pode outorgar ao indivíduo. Este, contudo, não é um bem que se alcance mediante às simples afirmações de subordinação do juiz à lei inseridas nos textos constitucionais, nem mediante o consequente estabelecimento de garantias constitucionais ao direito de ação. Este bem só é alcançado, na prática, quando o indivíduo disponha de uma estrutura processual apta a prevenir o arbítrio antes que ocorra ou a desfazer os seus efeitos quando este já tenha, apesar de tudo, ocorrido.[200]

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial pelo qual o juiz poderia afastar, por critérios de conveniência, a realização da audiência preconizada pelo art. 334 do diploma processual referenda o arbítrio estatal como se ao Estado coubesse, [....] em cada caso, julgar da conveniência de cumprir ou não a promessa feita ao legislar"[201].

---

[199] No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação 100848472.2015.8.26.0127**. Rel. Artur Marques, 35a Câmara de Direito Privado, j. em 20.03.2017; TJSP, Apelação 0002096-48.2008.8.26.0538, Rel. César Peixoto, 38a Câmara de Direito Privado, j. em 13.04.2016 e TJSP, Apelação nº 1013402-35.2016.8.26.0564, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ligia Araújo Bisogni, j. 13/06/2017.

[200] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2**: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 35-36.

[201] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2**: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

De outra banda, é importante destacar que as nulidades no direito processual apresentam tônica diversa daquela das quais são analisadas as nulidades no campo do direito material. Isso porque o sistema que regulamenta as consequências dos vícios dos atos processuais no Direito brasileiro está ligado ao princípio da instrumentalidade das formas. Assim, no que tange ao aspecto formal (e dentro do plano da validade dos atos jurídicos processuais), o desrespeito a requisitos formais é relegado a segundo plano, desde que o ato tenha atingido o fim a que se destina, nos termos dos artigos 188 e 277, ambos do CPC/2015.

Considerando que o princípio da economia processual tem como objetivo evitar a repetição dos atos processuais, se não houver prejuízo – ou se o ato atingiu a sua finalidade, bem como evitar a anulação de todos os atos anteriores, restringindo a anulação somente aos atos dependentes do ato anulado e anulando exclusivamente a parte do ato que seja inválida – ,reforça-se que as nulidades no direito processual são sancionadas de forma diversa à do direito material.

Tereza Arruda Alvim Wambier[202] relaciona os seguintes princípios que norteiam o direito processual: (1) o processo é forma, e, como tal, as nulidades nele se verificam quando a forma não é respeitada; (2) as formas têm caráter instrumental; (3) não há nulidade sem prejuízo; (4) as nulidades instituídas precipuamente no interesse da parte são sanáveis; (5) as nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis; (6) no processo vale o princípio da economia processual; (7) as nulidades relativas só podem ser levantadas pelo interessado; (8) princípio da causalidade; (9) princípio do contraditório; (10) princípio da proteção; (11) princípio da conservação, pois não há diferença entre nulidades e anulabilidades, já que no processo, segundo a autora, tudo é passível de emenda; (12) princípio da celeridade; (13) princípio da comunicação; (14) princípio da especificidade; e (15) princípio da eficácia do ato viciado.

Porém, e se a visão instrumentalista representa o fim das preocupações exclusivamente endoprocessuais e o início da visão teleológica do processo, de modo algum a mudança metodológica implica abandono da segurança, valor imprescindível à efetividade do processo. Entre os aspectos ressaltados nessa nova forma de conceber o instrumento está a "necessidade de assegurar o juiz natural, o devido processo legal e a efetividade do processo".[203]

---

[202] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

[203] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In:BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 5.

Nesse sentido, o fundamento da ausência de prejuízo às partes, utilizado para confirmar as decisões que não designam a audiência prévia de tentativa de autocomposição, adota ótica equivocada da visão instrumentalista do processo.

De início, a própria afirmação de ausência de prejuízo carece de maiores fundamentos, pois, se o novo Código de Processo Civil prestigiou a mediação e a conciliação como instrumento para solução rápida e pacífica dos conflitos, é evidente que a ausência da possibilidade de tal fase pode implicar prejuízo.

Por outro lado, para que se possa refletir se a violação da obrigatoriedade de designar a audiência de tentativa de autocomposição seria caso de nulidade insanável, é necessário analisar o interesse pelo qual foi instituída a regra do art. 334 do CPC/2015, pois, dependendo do interesse ser público ou das partes, o vício será sanável ou não.

Em se tratando de norma que direciona a política de resolução de conflitos, é evidente que a regra que instituiu a audiência obrigatória de mediação ou conciliação se reveste de interesse público.

Nesse sentido, a posição dos julgados em não anular as sentenças é equivocada, compromete o princípio do devido processo legal, que exige previsibilidade na técnica processual, ordenando segurança nas relações entre os litigantes e entre eles e o juiz, e também solapa regra cogente (art. 334 do CPC/2015), minando a efetividade de tal nova fase processual.

9. ADEQUAÇÃO DO USO DE MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS EM LITÍGIOS EM QUE EXISTA GRANDE DISPARIDADE ENTRE AS PARTES

Na recente pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça para investigar a forma de gestão dos processos da Justiça Estadual de primeiro grau, com relação à existência de mediação e/ou conciliação a percepção dos participantes estudados é que:

> [...] de forma geral, que pessoas físicas têm mais chances de sucesso na conciliação. Pessoas jurídicas, principalmente bancos, e pessoas jurídicas de grande porte em relações de consumo (telecomunicações, por exemplo), são apontadas como mais resistentes à conciliação. Como justificativas, afirmam que essas pessoas jurídicas ***não*** *aceitam abrir precedentes e enviam prepostos sem poder algum de decisão para as audiências*. Quando foi criado o expediente de aplicação de multas para obrigar que uma proposta fosse feita, as partes *começaram a levar propostas não factíveis, com o intuito exclusivo de* ***não*** *receberem a multa.* O poder aquisitivo também foi indicado como fator influenciador do desfecho. Nesse contexto, há a percepção de que *quanto maior o poder aquisitivo, mais difícil é a realização do acordo*. Fatores como personalidade e o envolvimento emocional com a causa foram também mencionados como influenciadores do acordo final (grifos nossos).[204]

Tal constatação empírica remete às observações feitas por Marc Galanter[205] acerca dos tipos ideais: litigantes ocasionais (*oneshotter*) *versus* litigantes habituais (*repeat players*).

Segundo Galanter[206], os litigantes habituais teriam as seguintes vantagens em relação aos ocasionais: (i) expertise em razão da grande quantidade de litígios semelhantes de que já participou; (ii) acesso a especialistas, ao mesmo tempo em que diminuem seus custos porque trabalham em economia de escala; (iii) poder de adotar estratégia para maximizar ganhos de longo prazo, ainda que isso implique perda total em alguns casos; (iv) proximidade com as instituições, o que lhes dá maior facilidade para desenvolver mecanismos informais facilitadores de obtenção de vantagens por funcionários oficiais; (v) influência no desenvolvimento das normas, através de *lobby* e de grupos de pressão; e (vi) possibilidade de disputar as regras da litigância, pois, ao contrário dos litigantes ocasionais, que buscam

---

[204] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: 2019. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. p. 178. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

[205] GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

[206] Ibidem

resultados pessoais tangíveis em cada demanda, os litigantes habituais geralmente têm por objetivo a formação de uma jurisprudência favorável que os beneficie em casos futuros.

A primeira impressão é que em um sistema que se utiliza das RADs os litigantes habituais continuarão a gozar da supremacia que têm no sistema adjudicatório[207]. Imaginamos que, devido à quantidade de casos em que estão envolvidos, além de poder formar equipe de especialistas (que inclui, além dos advogados, negociadores), por frequentar mais o sistema de solução de conflitos os litigantes habituais terão maior contato como os servidores do Judiciário, magistrados, conciliadores e mediadores, o que pode gerar tratamento mais favorável. Exemplos desse favorecimento aos litigantes habituais são as multidões de acordos "desenhados" conjuntamente pelo grande litigante e o poder público.

Existem, porém, outras situações sensíveis. No Maranhão[208] foi criado o selo de reconhecimento "Empresa Amiga da Justiça" para as empresas que (I) promovam a criação e o pleno funcionamento de canais de atendimento a clientes e usuários, com capacidade resolutiva de demandas decorrentes da relação de consumo e fornecimento de informações que esclareçam os reais direitos do consumidor, incentivando a desjudicialização por meio da utilização de métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação; (II) realizem os investimentos internos para minimizar o surgimento de conflitos com a adoção de políticas de *compliance* e capacitação de equipes que mantêm diálogo contínuo com o público, inclusive as ouvidorias e prepostos que atuam em audiências de conciliação; (III) desenvolvam campanhas de facilitação à renegociação de dívidas de consumidores em situação de inadimplência; e (IV) implementem ações que aumentem o número de acordos processuais (varas, juizados, turmas recursais e tribunal) e pré-processuais (Cejuscs ou entidades parceiras do TJMA na solução adequada de conflitos) relacionados a matérias afetas à Justiça Estadual.

Os selos concedidos são divididos em quatro categorias – bronze, prata, ouro e diamante – de acordo com o nível de pontuação que a empresa atingir nas metas mencionadas.

---

[207]MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the haves come out ahead in altnerative judicial systems: Repeat players in ADR. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, [s.l.], v. 15, p. 19, 1999.

[208] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO. Portaria n. 292, de 11 de junho de 2019. Selo "Empresa Amiga da Justiça". Disponível em: <http://site.tjma.jus.br/conciliacao/noticia/sessao/3638/publicacao/425684>. Acesso em: 1 nov. 2019.

Em São Paulo, foi instituída parceria pela qual a empresa, o grupo empresarial ou o parceiro institucional que escolher aderir voluntariamente ao programa receberá certificação denominada “Empresa Amiga da Justiça” ou “Parceiro Institucional do Programa Empresa Amiga da Justiça”. Trata-se de um selo estilizado, emitido e enviado eletronicamente pelo TJSP, que pode ser utilizado em campanhas institucionais.

Dentro desses programas, as empresas e os grupos empresariais têm metas de aumento da quantidade de número de acordos judiciais e extrajudiciais, monitorando ainda a quantidade de processos distribuídos no mesmo período e as ações adotadas para incentivar a autocomposição.

Sindicatos, associações comerciais, entidades de classes, entre outras instituições, podem participar de três maneiras: (a) indicando empresas ou grupos empresariais com os

quais têm algum tipo de interação corporativa; (b) divulgando a autocomposição por meio de campanhas de comunicação ou promoção de eventos, ainda que educacionais e simpósios; ou (c) fomentando estudos de pesquisa, bem como indicadores relacionados à pacificação de conflitos consumeristas, sendo monitorados quanto às ações efetivamente tomadas no cumprimento do compromisso.[209]

Não obstante os propósitos louváveis de incentivar as empresas a resolver seus conflitos de forma preventiva em vez de usar o Poder Judiciário como balcão de negócios, é preocupante que uma companhia utilize o selo com o logotipo da Justiça e, por conseguinte, possa ostensivamente demonstrar relacionamento íntimo com o Judiciário. Nesse sentido, é razoável supor que os consumidores que se submeterão à tentativa de conciliação com tais empresas terão receio quanto à imparcialidade do procedimento, podendo, inclusive, sentir-se compelidos a firmar acordos que não resguardem adequadamente seus interesses. Dito de outro modo: é melhor fazer um "mau acordo" do que litigar com um "parceiro do Poder Judiciário". Outro exemplo bastante evidente dessa relação privilegiada que os grandes litigantes têm com o Judiciário pode ser visualizado no programa estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pelo qual foram criados canais (e-mails eletrônicos, com endereço institucional @tjrj.jus.br) para atender a reclamações de cada uma das empresas parceiras, especialmente bancos, financeiras, concessionárias de serviços públicos e grandes varejistas. Entre elas, Vivo, Claro, TIM, OI, Bradesco, Santander, Itaú.

A seguir, a imagem de divulgação da campanha[210].

---

[209]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Empresa Amiga da Justiça**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/EmpresaAmigaJustica>. Acesso em: 1 nov. 2019.

[210] TRIBUNAL DE JUSTIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. **Projeto conciliação pré-processual**. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual/proj-pre-proc>. Acesso em: 1 nov. 2019.

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Centro Permanente de Conciliação
JEC - TJERJ

PROJETO CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL

Os e-mails para que os consumidores solicitem sua conciliação pré-processual com os fornecedores já participantes do Projeto são os seguintes:

conciliarvivo@tjrj.jus.br (Vivo)
conciliarclaro@tjrj.jus.br (Claro)
conciliartim@tjrj.jus.br (Tim)
conciliarceg@tjrj.jus.br (Ceg)
conciliaritau@tjrj.jus.br (Itau)
conciliarlight@tjrj.jus.br (Light)
conciliaroi@tjrj.jus.br (Oi)
conciliarnet@tjrj.jus.br (Net)
conciliarcasasbahia@tjrj.jus.br (Casas Bahia)
conciliarpontofrio@tjrj.jus.br (Ponto Frio)
conciliarsky@tjrj.jus.br (Sky)
conciliarricardoeletro@tjrj.jus.br (Ricardo Eletro)
conciliarb2w@tjrj.jus.br (B2W/ Americanas/ Shop Time/ Submarino)
conciliarsantander@tjrj.jus.br (Santander)
conciliarhsbclosango@tjrj.jus.br (Losango)
conciliarhsbc@tjrj.jus.br (HSBC)
conciliarbradesco@tjrj.jus.br (Bradesco)
conciliarcitibank@tjrj.jus.br (Citibank)
conciliarunimed@tjrj.jus.br (Unimed)
conciliarbrastempconsul@tjrj.jus.br (Consul e Brastemp)
conciliarestacio@tjrj.jus.br (Universidade Estácio de Sá)
conciliargol@tjrj.jus.br (Gol)
conciliaramil@tjrj.jus.br (Amil)
conciliarsamsung@tjrj.jus.br (Samsung)
conciliarnextel@tjrj.jus.br (Nextel)
conciliarbritania@tjrj.jus.br (Britania)
conciliarphilco@tjrj.jus.br (Philco)
conciliartam@tjrj.jus.br (TAM)
conciliardell@tjrj.jus.br (Dell)
conciliarcarrefour@tjrj.jus.br (Carrefour)
conciliarbancocarrefour@tjrj.jus.br (Banco Carrefour)
conciliaribi@tjrj.jus.br (IBI)
conciliaralelo@tjrj.jus.br (ALELO)
conciliarmotorola@tjrj.jus.br (MOTOROLA)
conciliarlenovo@tjrj.jus.br (LENOVO)

Caso o consumidor pretenda conciliar com uma empresa ainda não participante do Projeto, deve enviar seu e-mail para um dos seguintes endereços:

conciliarelegal@tjrj.jus.br
conciliacaopreprocessual@tjrj.jus.br

Disponível como Aplicativo Móvel – celular
http://ConciliaçãoPreprocessual.mobapp.at ou www.como.com

PODE SER BAIXADO PARA O CELULAR IPHONE APPLE E ANDROIDE

Iphone Apple — Baixar na App Store
Androide — Disponível no Google play

Centro Permanente de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis
Rua Beco da Música, 121 – Lâmina V – térreo – sala T03

A confusão entre os símbolos da Justiça e os das empresas privadas pode sugerir aos demais jurisdicionados sensação de relação, no mínimo, privilegiada. Dimensionar os efetivos efeitos de tal relação é questão que merece um estudo à parte. Não devemos, contudo, desprezar a capacidade de atuação estratégica e de retirar benefícios dessa relação por parte dos litigantes habituais.

Paulo Henrique Raio Ostia[211] afirma que há maior propensão aos litigantes habituais de firmar acordos em casos desfavoráveis a eles, evitando seu prosseguimento a instâncias superiores e a criação de uma norma jurisprudencial. Por outro lado, eles tendem a evitar uma solução em tratativas iniciais de conflitos nos quais se observa alguma potencial vantagem. Visam à análise e ao julgamento do caso por instâncias superiores, culminando assim na criação de precedentes.

O litigante eventual ainda enfrenta o desafio do tempo. Isso porque ele encara maior dificuldade em custear e aguardar a resolução do conflito. A parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento das despesas acarretadas pelo processo judicial[212].

Como seria possível mitigar tais disparidades e criar mecanismos "compensatórios" para equiparar as partes, quando imersas em técnicas de resolução adequadas de controvérsias?

Christopher Moore[213] propõe algumas medidas. Entre elas, auxiliar a parte mais fraca a (a) se organizar, (b) obter e analisar informações, (c) identificar e mobilizar seus meios de influência, (d) planejar estratégia de negociação efetiva, (e) obter recursos financeiros para suportar o período de negociações, (f) ter auxílio de advogado ou outro profissional capacitado e (g) fazer concessões realistas.

A preocupação com a assimetria entre as partes nos meios autocompositivos ganha maior relevância porque *in*existe um terceiro que julgará a questão controvertida, devendo as partes negociar entre si. Desse modo, a diferença significativa de habilidade e capacidade de uma em detrimento da outra poderá levar a resultado iníquo. Em outras palavras, a questão da disparidade nos meios alternativos de resolução de controvérsias amplia-se para além da análise de Marc Galanter. Isso porque as características individuais, inatas ou desenvolvidas (conhecimento, sagacidade, habilidade comunicativa, criatividade, tenacidade etc.) geram grande assimetria entre as partes e não serão atenuadas por eventual proteção legal, por meio da atuação adjudicatória.

---

[211] OSTIA, Paulo Henrique Raiol; COSTA, Susana Henriques da. **Conciliação e acesso à justiça**: um estudo qualitativo dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania. 2018. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018.

[212] BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

[213] MOORE, Christopher W. **The mediation process**: practical strategies for resolving conflict. 3. ed. San Francisco (USA): Jossey-Bass, 2003.

Bruno Takahashi[214] destaca que as relações de poder não são estáticas, coexistindo nelas diversos tipos e fontes dos quais emana, "[...] como, por exemplo, o poder financeiro, o poder emocional, o poder físico ou o poder cultural". Para o autor, essa variedade indica que durante o curso das discussões é possível haver alterações no equilíbrio de forças. Se, em determinado momento, à disputa familiar importar mais o controle emocional, e não o financeiro, a parte de maior poder financeiro pode estar em desvantagem em relação à de maior poder emocional.

A preocupação com a atenuação das disparidades entre as partes é tratada de forma bastante detalhada no *Manual de mediação e conciliação da Justiça Federal*[215], em que diversas técnicas são apresentadas para que os conciliadores ou mediadores possam lidar com a situação de desequilíbrio. Além de trazer técnicas para que os mediadores e conciliadores possam lidar com a assimetria de poder, o manual[216] é enfático ao afirmar que a desigualdade de poder não impede o uso de meios consensuais na Justiça Federal, nos seguintes termos:

> O desequilíbrio de poder é a regra – e não exceção – nas diversas relações em que são empregados os meios consensuais. Em relações de família, por exemplo, é comum que um dos cônjuges possua maiores condições emocionais ou econômicas, assim como em relações de vizinhança, de consumo, de trabalho etc. Assim, na Justiça Federal, o desequilíbrio de poder normalmente existente entre o ente público litigante habitual e o particular litigante ocasional não é um obstáculo intransponível ao uso de meios consensuais. O importante é saber quais são as condicionantes e os cuidados necessários para que esse uso possa ser legítimo e adequado. Além disso, como salienta Luciane Moessa de Souza (2014, p. 199), o melhor argumento para defender o uso dos meios consensuais na seara pública é questionar se o processo contencioso, com seu formalismo, ofereceria melhores condições de igualdade. Diante da sobrevalorização das regras processuais, a flexibilidade procedimental dos meios consensuais, com a maior aproximação do mediador ou do conciliador, pode ser mais favorável a tratar relações de desequilíbrio de poder. Do mesmo modo, poderiam ser pensadas estratégias para permitir melhor orientação jurídica do particular, como um fortalecimento da atuação da Defensoria Pública da União e dos advogados nos programas conciliatórios.

---

[214] TAKAHASHI, Bruno. **O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários**. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

[215] TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro e ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Manual de mediação e conciliação na justiça federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

[216] Ibidem, p. 25.

Em sentido contrário, Fernanda Tartuce[217] afirma ser inapropriada a utilização de mecanismos autocompositivos quando existir disparidade insuperável entre as partes em termos de conhecimento sobre seus direitos e orientação técnica sobre como se proteger. Em tais circunstâncias, revela-se mais adequado o ambiente estatal de julgamento no qual as regras do devido processo legal podem auxiliar a compensar o desequilíbrio de forças.

A grande disparidade entre as partes pode indicar não ser a mediação/conciliação o mecanismo adequado para a resolução da controvérsia. Isso porque, em cenários de imensa desigualdade, cabe ao juiz diminuir o impacto das desigualdades distributivas.

Nesse contexto, é importante destacar que o sistema de RADs não está apartado do sistema adjudicatório. Assim, quanto mais este for eficiente e garantir igualdade substancial, maior será a propensão de que as RADs não sejam utilizadas de forma iníqua.

Imaginemos um sistema judicial extremamente moroso, em que a parte mais bem assessorada possa prolongar, por meio de diversos procedimentos processuais, o litígio por longos anos. Ou mesmo que o litigante não amparado em direito material legítimo, em razão da existência de regras procedimentais obscuras se bem manuseadas (por profissionais altamente especializados), possa obter julgamento favorável. É evidente que, nesses casos, a parte hipossuficiente será coagida a fazer acordo, na fase prévia autocompositiva, em bases não equitativas.

Desse modo, para garantir maior equitatividade no sistema de RADs, é necessário ter resguardo de sistema adjudicatório eficiente e capaz de garantir igualdade não só formal mas substancial aos litigantes. Nesse sentido, o oferecimento de melhor orientação jurídica e o fortalecimento da atuação da Defensoria Pública e dos advogados dativos devem se dar tanto na instância adjudicatória como na esfera autocompositiva.

Só com melhor estrutura de equalização de disparidades em todas as fases processuais garantir-se-á que as RADs possibilitem acordos justos. Atualmente, pela inexistência de fase de triagem dos casos, não há possibilidade de avaliação das situações em que a assimetria entre as partes indica não serem os métodos autocompositivos adequados. Por isso, é de extrema relevância alteração legislativa para que seja introduzida fase de triagem, em que seja feita recomendação do melhor método e, inclusive, da possibilidade do mediador ou conciliador, durante o procedimento, verificando a imensa desigualdade entre as partes, especialmente no que se refere à habilidade de negociar e defender seus interesses, poder até

---

[217] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

mesmo sugerir a interrupção da sessão e o direcionamento para solução adjudicada, se assim a parte mais fraca anuir.

10 CONCLUSÃO

Contemporaneamente, uma das ferramentas utilizadas para debelar a crise aguda que o Judiciário brasileiro está enfrentando, em razão da sua incapacidade de receber e julgar uma miríade de processos que têm inundado os tribunais do Brasil ano a ano, é a revalorização dada aos meios autocompositivos (conciliação e mediação). Ponto visível dessa revalorização foi a introdução da audiência prévia de tentativa de autocomposição no procedimento civil (art. 334 do CPC/2015).

Nesse contexto, as RADs assumiram papel de diminuição de feitos, e não fundamentalmente de salvaguarda de direitos, e, portanto, da correta e adequada tutela do direito material. Recentes pesquisas demonstram a percepção de que o objetivo principal do uso dos meios autocompositivos seria desafogar o Judiciário, e não obter verdadeiros ganhos sociais. Essa percepção tem esboçado certa precaução contra os acordos.[218]

A visão de que devem existir outros mecanismos de resolução de conflitos tem reverberado em importantes vozes, como a de Rodolfo de Camargo Mancuso, que afirma *não* ser potestativo o direito de ação. Assim, a garantia de inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5°, XXXV da Constituição Federal de 1988, deve ser reinterpretada, especialmente no que se refere ao interesse de agir (como condição da ação), quando verificado que o Judiciário *não* deve ser a primeira opção para resolução de conflitos[219].

Ao mesmo tempo, e tão logo o art. 334 do CPC/2015 entrou em vigor, já surgiu necessidade de malabarismo interpretativo. Isso porque a regra legal colide com a norma contida no art. 27 da Lei de Mediação.

Enquanto esse artigo estabelece como exceções a obrigatoriedade de realização da audiência autocompositiva prévia – no caso de (i) ser a petição inicial inepta; (ii) improcedência liminar do pedido; (iii) o objeto do litígio não admitir autocomposição; e (iv) ter ocorrido manifestação expressa de todos os litigantes (réu e autor) de desinteresse em sua realização –, a Lei de Mediação, em seu art. 27, prevê a obrigatoriedade da audiência de mediação *em todos os tipos de processo* que versem sobre direitos disponíveis ou

---

[218] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: 2019. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. p. 180. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

[219] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 217 e 219.

indisponíveis que admitam transação (art. 3° Lei de Mediação), caso *não* seja a petição inicial inepta ou hipótese de improcedência liminar do pedido.

Tais normas têm grau similar de generalidade e mesmo campo de incidência, motivo pelo qual não é possível resolver esse conflito normativo por meio de critério da especialidade.

Nesse sentido, tais regras são autoexcludentes e, portanto, necessária à utilização do critério cronológico para dirimir referido conflito normativo. O primeiro passo, assim, seria identificar qual é a lei anterior e, neste caso, surgiriam novas dúvidas. Isso em razão do Código de Processo Civil ter sido promulgado em 16 de março de 2015, mas só ter entrado em vigor em março de 2016, em razão da *vacatio legis*. Já a Lei de Mediação foi promulgada posteriormente, em 29 de junho de 2015, porém sua vigência foi iniciada em dezembro desse ano, antes, portanto, do CPC.

Segundo a LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), em seu artigo 1°, § 3° e §4°, se antes de uma lei entrar em vigor ocorrer nova publicação destinada à correção de seu texto, tais alterações não serão consideradas nova lei. No entanto, se no momento das correções do texto o diploma já estiver em vigor, considera-se que uma nova norma ingressou no mundo jurídico para alterar o texto da primeira.

Nessa perspectiva, podemos depreender que o sistema jurídico brasileiro apenas considera a possibilidade de uma lei posterior revogar a anterior quando a norma a ser revogada já estiver em vigor. Dessa observação podemos extrair a seguinte regra: norma (de vigência) posterior revoga a norma (de vigência) anterior e implica o reconhecimento de que o CPC/2015 revogou a Lei de Mediação, no que conflitarem.

Assim, se o caso for direcionado à sessão prévia de mediação ou conciliação, poderá ser dispensada sua prática, *caso as partes tenham manifestado, de forma expressa, desinteresse nela*.

Em relação à necessidade de homologação do acordo, obtido em tal fase processual e apesar da Lei de Mediação, prever a possibilidade de as partes a dispensarem (art. 28, § único), quando o litígio envolver direitos disponíveis, em razão da Lei de Mediação conflitar como a norma do art. 334, § 11 do CPC/2015, a norma da Lei de Mediação foi revogada, e, portanto, a necessidade de homologação independe da vontade das partes.

Nessa mesma lógica, no que se refere ao conflito entre os dois diplomas legais, em relação às exigências de que alguém possa atuar como mediador judicial (art. 11 da Lei de Mediação e art. 167, § 1º, CPC/2015), o Código de Processo Civil merece prevalecer. Posição

contrária é manifestada pelo Conselho Nacional de Justiça, que em consulta[220] declarou que os requisitos para o exercício de tal função serão os previstos na Lei de Mediação, enquanto para o exercício da função de conciliador judicial seriam os previstos no diploma processual.

A despeito de tantas antinomias em relação à possibilidade de as partes, de comum acordo, escolherem o terceiro facilitador, tal cenário é franqueado tanto na mediação como na conciliação judicial. A lei brasileira instituiu filtro preferencial automático (art. 165, §2° e § 3º do CPC/2015) pelo qual, em razão da existência ou não de vínculo anterior ou continuado entre as partes, o caso será enviado a um dos dois institutos. Os litigantes, porém, poderão eleger método diverso – por exemplo, conciliação em caso que exista vínculo anterior entre eles. Também é lícito ao conciliador ou mediador, quando em contato com as partes e tendo observado que a técnica designada não é a mais adequada, alterar a abordagem para a que entenda ser a mais apropriada.

Por outro lado, sobre a necessidade de presença pessoal das partes na audiência, desde que representante com poderes específicos para transigir compareça, ela pode ser dispensada. Se o comparecimento das partes é dispensável, o do advogado ou dos defensores públicos é obrigatório, de acordo com o art. 26 da Lei de Mediação. Em igual sentido vai o § 9º do art. 334 do CPC/2015. São exceções as mediações ocorridas nos juizados especiais cíveis estaduais e federais (Leis Federais nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e n° 10.259, de 12 de julho de 2001).

A indispensabilidade da presença do advogado decorre da necessidade de garantir ao jurisdicionado a tomada de decisão (de se compor) mediante o conhecimento sobre os impactos de uma transação, renúncia e reconhecimento jurídico do pedido, bem como da probabilidade de êxito, caso não se obtenha solução consensual, com futura imposição de solução adjudicada.

Outra questão relevante diz respeito aos prazos para contestação. *Quando houver litisconsórcio passivo* (§ 1º do art. 335, CPC/2015), ocorrendo a hipótese de todas as partes terem manifestado desinteresse na realização da audiência (*art. 334, § 6º, CPC/2015*), o termo inicial para contagem do prazo de contestação começará a fluir, individualmente, para cada um dos réus, a partir da data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência. Ou seja, o prazo para cada um dos litisconsortes contestar terá termo inicial diferente. Tal regra é bastante infeliz porque gera grande insegurança jurídica, já que o prazo

---

[220] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. CONSULTA. TRF4. 0007324-12.2016.2.00.0000. TRF4. Ratificação de liminar concedida de ofício... Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=3FDACF858392DA0F2E5C8DE13137C5CC?jurisprudenciaIdJuris=48430>. Acesso em: 27 out. 2019.

para contestar depende de ato de um dos réus. Tal questão ganha relevância no caso de tratar-se de litisconsórcio simples, no qual a decisão pode ser diferente para os litisconsortes.

Por outro lado, essa regra fere os princípios e as garantias que informam o sistema processual pátrio, especialmente as contidas nos artigos 1° e 7° do Código de Processo Civil, bem como garantias constitucionais, como as da isonomia, segurança jurídica e devido processo legal. Por esse motivo, por aplicação extensiva e analógica do art. 231, §1º do CPC/2015, o prazo para que os réus apresentem a contestação, na hipótese do art. 334, §4°, deve ter seu início, para todos, da data da juntada *da última* manifestação de desinteresse.

É evidente, porém, que a declaração de inconstitucionalidade de norma legal depende de pronunciamento judicial. No momento, ao operador cabe seguir a norma contida no art. 335, §1°, do CPC/2015, mesmo que eivada de inconstitucionalidade, para evitar prejuízo aos seus assistidos.

Outra questão relevante refere-se à abrangência da composição amigável. A extensão poderá ser mais ampla – subjetiva e objetivamente – do que o objeto litigioso originariamente desenhado na petição inicial; porém, e de acordo com a regra contida no art. 515, §2° do CPC/2015, para que a autocomposição possa abranger terceiros ele deve participar do acordo.

É importante destacar, ainda, que apesar da existência de decisões judiciais em que os réus são admoestados a comparecer com proposta efetiva de acordo, sob pena de multa, tal "ameaça" não é legitima. Isso porque a ausência de apresentação de proposta de acordo não é suscetível à sanção, em razão de inexistir previsão específica que tipifique tal omissão.

Em relação à arguição de incompetência, no Código de Processo Civil a regra pela qual ela deve ser deduzida em preliminar de contestação (art. 64), bem como a que determina a suspensão da realização da audiência prévia de tentativa de autocomposição (art. 344, §10º), é bastante desacertada e desnecessária. Essa tese redunda do fato de que o réu poderá constituir representante, por meio de procuração específica, para substituí-lo na audiência prévia, possibilidade esta que retira do réu o ônus de se deslocar para comarca incompetente.

Por outro lado, tal regra concede tratamento díspar, uma vez que, enquanto para a arguição de incompetência suspende-se o processo, para as demais matérias preliminares (defesas indiretas de mérito – art. 337, CPC/2015) não existe igual previsão. Além do mais, ela implica inverter a ordem processual instituída pelo art. 334 do Código de Processo Civil, pelo qual a contestação apenas é apresentada após a tentativa autocompositiva ter restado infrutífera, visando a *não* aumentar a beligerância entre as partes.

Ademais, e tendo como foco que tal audiência possa resultar em número mais expressivo de acordos e possa ser explorado seu potencial, é necessário que os advogados e os

próprios jurisdicionados se preparem de forma adequada para a atividade de conciliar. Os advogados devem buscar conhecer tais técnicas, sendo fundamental capacitarem-se para a tarefa de negociar. Necessárias também são campanhas públicas de divulgação dos métodos autocompositivos a toda população, de modo que ela possa compreender melhor tais institutos.

É fundamental, ainda, compreender que o procedimento de RADs está ligado ao adjudicatório, não sendo sistemas estanques. Dito de outro modo, para garantir maior equitividade às RADs é necessário ter resguardo de modelo adjudicatório eficiente e capaz de garantir aos litigantes igualdade não só formal, mas substancial. O oferecimento de melhor orientação jurídica e o fortalecimento da atuação da Defensoria Pública e dos advogados dativos, tanto na instância adjudicatória como na esfera autocompositiva, são, portanto, fundamentais.

É evidente que um sistema judicial extremamente moroso, no qual a parte mais bem assessorada possa prolongar, por diversos procedimentos processuais, o litígio por longos anos, implicará, potencialmente, coagir a parte hipossuficiente a fazer acordo em bases não equitativas, na fase prévia autocompositiva.

Nesse sentido, entendemos que o desenvolvimento das RADs deve acompanhar a evolução, *pari passu*, do oferecimento de acesso adequado, buscando minimizar as assimetrias de poder entre as partes, especialmente no procedimento adjudicatório com objetivo de tornar o sistema judicial com um todo mais équo.

Devemos também ter em mente a história recente, tomando-a como parâmetro para que não se cometam os mesmos erros que levaram à mecanicidade com a qual as audiências vinham sendo realizadas na égide do art. 331 do Código de Processo Civil de 1973. É necessário que todos os agentes (advogados, juízes, conciliadores, mediadores e as próprias partes) estejam engajados para que seja possível explorar os reais potenciais dessa nova fase processual.

Em relação à regra da obrigatoriedade de participar da tentativa prévia de autocomposição, ainda que ela não seja a mais adequada, dado que viola a voluntariedade (elemento essencial na autocomposição), não é ilegal nem inconstitucional. Essa regra, inclusive, é adotada em diversos sistemas estrangeiros, não sendo, portanto, inusitada.

Para além da obrigatoriedade, é questão relevante a ausência de triagem e filtro para análise do conflito e da adequação dos institutos de mediação e conciliação como métodos adequados para sua resolução. Para alguns conflitos os meios autocompositivos não são apropriados, especialmente naqueles em que existe grande assimetria entre as partes.

Nesse sentido, seria salutar alteração legislativa para aprimorar a regra contida no art. 334 do atual Código de Processo Civil, introduzindo-se fase de triagem que permitisse a recomendação do melhor método. Além disso, ao participar desse procedimento, o mediador ou conciliador, ao verificar a imensa disparidade entre as partes, especialmente no que se refere à habilidade de negociar e defender seus interesses, deve sugerir a interrupção da sessão e o direcionamento para solução adjudicada.

Na prática, porém, segundo pesquisa recente do CNJ, a regra da obrigatoriedade tem sido desconsiderada por muitos magistrados, que apenas direcionam os processos para a fase processual quando entendem ser oportuno. Ocorre que o entendimento jurisprudencial pelo qual o juiz pode desconsiderar, por critérios de conveniência, a realização da audiência preconizada pelo art. 334 do diploma processual referenda o arbítrio estatal como se ao Estado coubesse, [...] em cada caso, julgar a conveniência de cumprir ou não a promessa feita ao legislar"[221].

A regra que instituiu a audiência obrigatória de mediação ou conciliação reveste-se de interesse público, motivo pelo qual, nos casos em que ela não for designada fora das hipóteses de sua dispensa (art. 334 do CPC/2015) ou em que inexistir possibilidade física (Cejusc) ou humana (profissionais em quantidade suficiente) de sua realização, a anulação dos atos processuais posteriores é de rigor. Isso se dá em razão da necessidade de previsibilidade na técnica processual, ordenando segurança nas relações entre os litigantes e entre eles e o juiz, sob pena de violação ao devido processo legal, bem como de se comprometer a efetividade de tal nova fase processual.

Outro ponto a ser destacado é a carência de estruturas físicas para atender a essa nova fase do processo civil. Dos dados coletados em novembro de 2019 alguns números absolutos chamam atenção. O TJPE aponta a existência de apenas 23 Cejusc instalados, o TJSE 16, o TJMS 9 e o TJES 10, enquanto o TJSP declara dispor de 246, o TJMG 162 e o TJBA 131.

Ao cotejar tais números com a quantidade de habitantes de cada Estado (IBGE para julho de 2019), tal carência de Cejucs e a desigualdade de estruturas voltadas às RADs em cada região do Brasil ficam mais evidentes. Enquanto no âmbito do TJTO cada unidade de Cejusc atenderia idealmente 37.449 jurisdicionados, no TJRJ cada uma teria de atender, em média, 523.180,09 jurisdicionados. Evidente que essa situação de carência de estruturas físicas pode justificar a não designação de audiências de tentativa de autocomposição.

---

[221] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2**: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

Outra questão relevante diz respeito à inexistência, em boa parte dos tribunais, de remuneração aos conciliadores e mediadores. Tal situação inibe o ingresso de profissionais qualificados para fazer frente à demanda crescente de trabalho.

Esse quadro evidencia o desafio estrutural para implantação do modelo "multiportas" em nosso país. Não obstante, o desafio é também educacional e cultural.

No Brasil, apesar de a conciliação ser conhecida desde o período colonial, a cultura de pacificação é recente e ainda não tem adesão ampla. Considerando, inclusive, que os operadores do direito são formados para litigar, e não para compor ou negociar, tem-se um cenário que dificulta aos jurisdicionados entender as possibilidades por trás da autocomposição.

Obviamente, a gradativa reforma na grade curricular das faculdades de direito pode impulsionar a utilização adequada dos métodos de resolução de controvérsias. Nesse sentido, entendemos que a introdução de disciplinas como "Teoria do conflito", "Mecanismos de solução adequada de conflitos", "Negociação", "Conciliação" e "Mediação" terão impacto profundo no sistema jurídico nacional, nos próximos anos.

Por fim, apesar de certas incoerências legais, a norma contida no art. 334 do CPC/2015 representa mudança de paradigma na distribuição da Justiça brasileira. As RADs contêm enorme potencial para melhor tratamento e salvaguarda do direito material, em uma série de conflitos.

Questão que deve ser objeto de cautela, porém é a forma com que o Poder Judiciário tem buscado estimular a composição consensual. Tribunais têm desenvolvido programas para estimular as empresas a aumentar o número de acordos processuais e extraprocessuais (por exemplo, no TJSP foi criado o selo de reconhecimento "Empresa Amiga da Justiça"), prestigiando mais o método de dirimir controvérsias que a qualidade da resolução.

Nesse sentido, dependendo de como ocorrer a evolução da implantação das RADs, elas poderão servir apenas como mecanismo para diminuir o número de processo e não como porta de entrada de uma série de conflitos que, outrora, não eram reconhecidos como passíveis de postulação. Para tanto é necessário que o foco seja também a qualidade das soluções dadas aos conflitos e a garantia de acesso à Justiça e não apenas na redução de processos e eficiência.

11. REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In:BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BENEDUZI, Renato Resende. **Introdução ao processo civil alemão**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Campos. Rev. Téc. Cláudio de Cicco. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2**: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA DOS DEPUTADOS**.** Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Projeto de lei nº 7169, de 201*4. Relator: Deputado Sergio Zveiter, datado de 18/12/2014. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1294523&filename=Tramitacao-SBT+2+CCJC+%3D%3E+PL+7169/2014]. Acesso em 28/09/2019

CARMONA, Carlos Alberto. O novo Código de Processo Civil e o juiz hiperativo. In: BONATO, Giovanni (Org.). **O novo Código de processo civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 95-101, abr./jun. 1976.

CARVALHO, Fabiano. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz – Arts. 139 a 143. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: AASP/OAB/PR, 2018. p. 243-249.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, Susana Henriques da. STF e os filtros ao acesso à Justiça: gestão processual ou vantagem ao grande litigante?**Estadão**, [s.l.], 18 set. 2014. Disponível em < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17445/STF_e_os_filtros_ao_acesso_%c3%a0_Justi%c3%a7a_gest%c3%a3o_processual_ou_vantagem_ao_grande_litigante.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 nov. 2018.

COSTA, Alexandre Araújo, 2004, apud GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório 100 Maiores Litigantes 2012**, p. 11, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 08/11/2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**.** Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira.** Brasília: jul. 2011. p. 19 e 20. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2018.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 323-345, 2002.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume VII (arts 318 a 368).** GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII (arts 485 ao 538)**. MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Novo Código de Processo Civil traz mudanças na audiência de conciliação. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 6 out. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-06/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-audiencia-conciliacao>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: AASP/OAB/PR, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2

DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 340. In: PASSO CABRAL, Antonio do; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DEPARTMENT OF JUSTICE. **ADR in the Federal District Courts –District-by-District Summaries.** USA, revised March 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/olp/file/827536/download>. Acesso em: 28 out. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo civil – volume I (arts. 1º a 69: das normas processuais civis e da função jurisdicional.** GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. São Paulo, Saraiva, 2018.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução a estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 15, n. 3/4, Special Issue, p. 631-654, 1981.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GALANTER, Marc.Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

_____. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

_____. The hundred-year decline of trials and the thirty years war. **Stanford Law Review**, [s.l.], v. 57, n. 5, p. 1255-1274, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve análise estatística de alguns pontos da 1ª fase das reformas processuais civis no âmbito da justiça estadual paulista. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, Ano 5, n. 1, p. 51-53, jan./jun. 2004.

_____. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. In: _____; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. São Paulo: Forense, 2015.

_____. Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação? **GENJurídico.com.br**, [s.l.], 26 jan. 2015. Disponível em**:** <http://genjuridico.com.br/2015/01/26/cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao/>. Acesso em: 28 out. 2019.

GALLETTO, Tomaso. **Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Mediação e Autocomposição: Considerações sobre a Lei n.° 13.140/2015 e o Novo CPC; **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v. 13, n. 97, Ed. Especial, set/out de 2015.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, v. 8, n. 1, jan./mar. 2016, p. 15-36, 2016.

HEDEEN, Timothy. Coercion and self-determination in court-connected mediation: All mediations are voluntary, but some are more voluntary than others. **Justice System Journal**, [s.l.], v. 26, n. 3, p. 273-291, 2005.

LESSA NETO, José Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 427-441, jun. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Vol. I. 3. ed. Trad. e notas Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malhaeiros, 2005.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. Sistemas multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; _____; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, mediação e arbitragem** – curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDEIROS, Bruna Bessa de. Aspectos peculiares da audiência de conciliação e mediação obrigatória. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. 2018. v. 280.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil**: comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronemberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 163-184, mar. 2016.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the haves come out ahead in altnerative judicial systems: Repeat players in ADR. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, [s.l.], v. 15, p. 19, 1999.

MOORE, Christopher W. **The mediation process**: practical strategies for resolving conflict. 3. ed. San Francisco (USA): Jossey-Bass, 2003.

MONTELEONE, Girolamo. La mediazione “forzata”. **Judicium: il processo civile in Ialia e in Europa**, [s.l.], p. 2, 2010. Disponível em: <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/38/Monteleone,%20mediazione%20forzata.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed., rev. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivvm, 2016. v. único.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol; COSTA, Susana Henriques da. **Conciliação e acesso à justiça**: um estudo qualitativo dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania. 2018. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018.

PAGNANO, Paula Lovato; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação no processo civil brasileiro e italiano. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 44, n. 287, p. 509-530, jan. 2019.

PELUSO, Antonio Cesar. **Discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O "juiz hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional/Mediation and conflict solution in the democratic law state. The "hermes judge" and the new dimension of judicial function. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 4, n. 1, 2011. ISSN 1516-0351.

QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: An Oxymoron-Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. **Journal of Conflict Resolution**, [s.l.], v. 11.2, p. 479-509, 2010.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das leis do processo civil comentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas**. Rio de Janeiro: Dias da Silva Júnior, 1879. v. 1, p. 150.

RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do

direito comparado, do CPC/2015 e da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, v. 285, p. 365-396, Nov. 2018.

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

_____. Mediação facilitativa e "mediação" avaliativa – **e**stabelecendo diferença e discutindo riscos. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 16, n. 1, p. 20-32, 2011 Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>. Acesso em: 26 set. 2019.

SANDER, Frank E.; ALLEN, H. William; HENSLER, Debra. Judicial (Mis) use of ADR? A Debate. **University of Toledo Law Review**, [s.l.], v. 27, p. 885-896, 1996.

SINGER, Linda. **Settling disputes**: conflict resolution in business, families, and the legal system. New York: Routledge, 2018.

TAKAHASHI, Bruno. **O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários**. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

_____; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro e ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Manual de mediação e conciliação na justiça federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

_____. **Mediação no novo CPC**: questionamentos reflexivos. Fernanda Tartuce – Processo Civil, [s.l.; s.d.] [blog]. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo

Novo Código de Processo Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 77-91. p. 88. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9a REGIÃO – PARANÁ. **Jurista defende mais conciliações pré-processuais**. [s.l.], 25 out. 2013. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/noticias.xhtml?id=3422296>. Acesso em: 2 nov. 2019.

TULUMELLO, Andrew S., PEPPET Scott R. e MNOOKIN Robert H. **Beyond winning**: negotiating to create value in deals and disputes. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente, jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: 2019. p. 180. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

VAN RHEE, C.H. **The law's delay**: essays on undue delay in civil litigation. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia 2004.

VARGAS PAVEZ, Macarena. Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 21, n. 2, p. 183-202, 2008.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado do conflito de interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, 2001. p. 381-389.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. The dimensions of civil justice. In: _____ (Ed.). **Civil justice in crisis**: comparative perspectives of civil procedure. 1. ed., reimpr. Oxford (UK): Oxford University Press, March 2003.