

Daniel Amorim Assumpção Neves

Manual de
**DIREITO
PROCESSUAL
CIVIL**

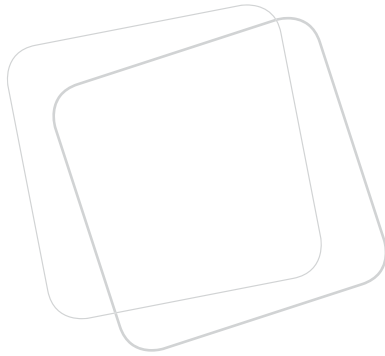
CONFORME
NOVO **CPC**

VOLUME ÚNICO

9ª edição | revista e atualizada

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



JURISDIÇÃO

Sumário: 1.1. Conceito – 1.2. Equivalentes jurisdicionais: 1.2.1. Autotutela; 1.2.2. Formas consensuais de solução de conflitos; 1.2.3. Arbitragem – 1.3. Escopos da jurisdição – 1.4. Características principais: 1.4.1. Caráter substitutivo; 1.4.2. Lide; 1.4.3. Inércia; 1.4.4. Definitividade – 1.5. Princípios da jurisdição: 1.5.1. Investidura; 1.5.2. Territorialidade (aderência ao território); 1.5.3. Indelegabilidade; 1.5.4. Inevitabilidade; 1.5.5. Inafastabilidade; 1.5.6. Juiz natural; 1.5.7. Promotor natural – 1.6. Espécies de jurisdição: 1.6.1. Jurisdição penal ou civil; 1.6.2. Jurisdição superior ou inferior; 1.6.3. Jurisdição comum e especial – 1.7. Jurisdição voluntária: 1.7.1. Características; 1.7.2. Natureza jurídica – 1.8. Tutela jurisdicional: 1.8.1. Espécie de crise jurídica; 1.8.2. Natureza jurídica dos resultados jurídico-materiais; 1.8.3. Coincidência de resultados com a satisfação voluntária; 1.8.4. Espécie de técnicas procedimentais; 1.8.5. Cognição vertical (profundidade); 1.8.6. Sistema processual.

1.1. CONCEITO

A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Note-se que neste conceito não consta o tradicional entendimento de que a jurisdição se presta a resolver um conflito de interesses entre as partes, substituindo suas vontades pela vontade da lei. Primeiro porque nem sempre haverá conflito de interesses a ser resolvido, e segundo porque nem sempre a atividade jurisdicional substituirá a vontade das partes, conforme será devidamente analisado em momento oportuno.

Há doutrina que prefere analisar a jurisdição sob três aspectos distintos: poder, função e atividade¹. O poder jurisdicional é o que permite o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional. Essa intersecção é natural e explicável por tratar-se de um mesmo fenômeno processual, mas, ainda assim, é interessante a análise conforme sugerido porque com isso

¹ Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, 2008.

tem-se uma apuração terminológica sempre bem-vinda. É importante não confundir as expressões “poder jurisdicional”, “função jurisdicional” e “atividade jurisdicional”.

Entendida como poder, a jurisdição representa o poder estatal de interferir na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito objetivo ao caso concreto e resolvendo a crise jurídica que os envolve. Há tempos se compreende que o poder jurisdicional não se limita a dizer o direito (*juris-dicção*), mas também de impor o direito (*juris-satisfação*). Realmente de nada adiantaria a jurisdição dizer o direito, mas não reunir condições para fazer valer esse direito concretamente. Note-se que a jurisdição como poder é algo que depende essencialmente de um Estado organizado e forte o suficiente para interferir concretamente na esfera jurídica de seus cidadãos.

Tradicionalmente a jurisdição (*juris-dicção*) era entendida como a atuação da vontade concreta do direito objetivo (Chiovenda), sendo que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam que essa atuação derivava da sentença fazer concreta a norma geral (Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral (Kelsen). Contemporaneamente, notou-se que tais formas de enxergar a jurisdição estavam fundadas em um positivismo acrítico e no princípio da supremacia da lei, o que não mais atendia as exigências de justiça do mundo atual. Dessa forma, autorizada doutrina passa a afirmar que a jurisdição deveria se ocupar da criação no caso concreto da norma jurídica, resultado da aplicação da norma legal à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. Reconhece ainda essa nova visão da jurisdição que não adianta somente a edição da norma jurídica (*juris-dicção*), sendo necessário tutelar concretamente o direito material, o que se fará pela execução (*juris-satisfação*)².

Como função, a jurisdição é o encargo atribuído pela Constituição Federal, em regra, ao Poder Judiciário – função típica – e, excepcionalmente, a outros Poderes – função atípica – de exercer concretamente o poder jurisdicional. A função jurisdicional não é privativa do Poder Judiciário, como se constata nos processos de *impeachment* do Presidente da República realizados pelo Poder Legislativo (arts. 49, IX, e 52, I, da CF), ou nas sindicâncias e processos administrativos conduzidos pelo Poder Executivo (art. 41, § 1.º, II, da CF), ainda que nesses casos não haja definitividade. Também o Poder Judiciário não se limita ao exercício da função jurisdicional, exercendo de forma atípica – e bem por isso excepcional – função administrativa (p. ex., organização de concursos públicos) e legislativa (p. ex., elaboração de Regimentos Internos de tribunais)³.

Como atividade, a jurisdição é o complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo. A função jurisdicional se concretiza por meio do processo, forma que a lei criou para que tal exercício se fizesse possível. Na condução do processo, o Estado, ser inanimado que é, investe determinados sujeitos do poder jurisdicional para que possa, por meio da prática de atos processuais, exercerem concretamente tal poder. Esse sujeito é o juiz de direito, que por representar o Estado no processo é chamado de “Estado-juiz”.

² Na doutrina nacional, confira-se a exposição do tema de forma consideravelmente aprofundada em Marinoni, *Teoria*, p. 21-139.

³ Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 1, p. 241-243.

1.2. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

O Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução dos conflitos, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos. Há quatro espécies reconhecidas por nosso direito: autotutela, autocomposição (tradicionalmente chamada de conciliação), mediação e arbitragem.

1.2.1. Autotutela

É a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Por “força” deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar nos aspectos afetivo, econômico, religioso etc.

É evidente que uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma de solução de conflitos que se procura prestigiar num Estado democrático de direito. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto. Como, então, a autotutela continua a desempenhar papel de equivalente jurisdicional ainda nos tempos atuais?

Primeiro, é preciso observar que a autotutela é consideravelmente excepcional, sendo raras as previsões legais que a admitem. Como exemplos, é possível lembrar a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1.º, do CC). A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

Segundo, e mais importante, a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário. Trata-se, portanto, de uma forma imediata de solução de conflitos, mas que não recebe os atributos da definitividade, sempre podendo ser revista jurisdicionalmente.

1.2.2. Formas consensuais de solução de conflitos

1.2.2.1. Introdução

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3.º do Novo Código de Processo Civil. Nos termos do § 2.º, o Estado

promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, enquanto o § 3.º prevê que 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.

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere às formas consensuais de solução de conflitos. Há uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação (melhor teria sido usar autocomposição) e mediação.

Ainda que por razões óbvias tal seção se limite a regulamentar a mediação ou conciliação quando já instaurado o processo, quando o ideal seria que elas justamente evitassem sua existência, o diploma processual é inovador e sai da abstração do “conciliar é legal” para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente possa incrementar a conciliação e a mediação como forma de solução do conflito e, por consequência, a extinção do processo por sentença homologatória da autocomposição.

Entendo extremamente positiva a iniciativa do legislador, até porque, se há essas formas consensuais de solução dos conflitos, é melhor que exista uma estrutura organizada e um procedimento definido e inteligente para viabilizar sua realização da forma mais ampla possível.

Registro, entretanto e uma vez mais, que não vejo a priorização da mediação e, em especial, da conciliação como a panaceia a todos os problemas no campo dos conflitos de interesses. Admito a relevância indiscutível dessas formas de solução de conflitos em determinadas espécies de crises jurídicas, em particular no direito de família e de vizinhança. Admito também que a pacificação social (fim da lide sociológica) pode ser mais facilmente obtida por uma solução do conflito derivada da vontade das partes do que pela imposição de uma decisão judicial (ou arbitral). Considero até que, quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos e por consequência o Poder Judiciário poderá funcionar de maneira mais célere e adequada às aspirações do acesso à ordem jurídica justa.

O que me causa extremo desconforto é notar que a valorização da conciliação (a mediação é ainda embrionária entre nós) leve-nos a ver com naturalidade o famoso ditado de que vale mais um acordo ruim do que um processo bom. Ao se concretizar tal estado de coisas, estaremos definitivamente renunciando ao respeito do direito material e decretando a falência do Poder Judiciário.

Por outro lado, em especial em determinadas áreas do direito material, como o direito consumerista, a distância econômica entre o litigante contumaz (fornecedor) e o litigante eventual (consumidor) gera transações – ou conciliações a depender do sentido emprestado ao termo – absolutamente injustas e que passam longe da tão propalada pacificação social. Se parece interessante por variadas razões para o fornecedor, para o consumidor a transação é muitas vezes um ato de necessidade, e não de vontade, de forma que esperar que ele fique satisfeito pela solução do conflito é de uma ingenuidade e, pior, de uma ausência de análise empírica preocupantes.

E há mais, porque, ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático de Direito.

1.2.2.2. Espécies

1.2.2.2.1. Autocomposição

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito, mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes, o que é muito mais condizente com o Estado democrático de direito em que vivemos. Inclusive é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos.

A autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum –, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretense direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.

Marina pretende obter 10, mas Aline só está disposta a pagar 5. Havendo um sacrifício recíproco, as partes podem se autocompor por qualquer valor entre 5 e 10 (transação). Marina, por outro lado, pode abdicar do direito de crédito de 10 (renúncia). Finalmente, Aline poderia, mesmo acreditando ser devedora de apenas 5, pagar a Marina os 10 cobrados (submissão).

Cumprindo observar que, embora sejam espécies de autocomposição, e por tal razão formas de equivalentes jurisdicionais, a transação, a renúncia e a submissão podem ocorrer também durante um processo judicial, sendo que a submissão nesse caso é chamada de reconhecimento jurídico do pedido, enquanto a transação e a renúncia mantêm a mesma nomenclatura. Verificando-se durante um processo judicial, o juiz

homologará por sentença de mérito a autocomposição (art. 487, III, do Novo CPC), com formação de coisa julgada material. Nesse caso, é importante perceber que a solução do conflito deu-se por autocomposição, derivada da manifestação da vontade das partes, e não da aplicação do direito objetivo ao caso concreto (ou ainda da criação da norma jurídica), ainda que a participação homologatória do juiz tenha produzido uma decisão apta a gerar a coisa julgada material. Dessa forma, tem-se certa hibridez: substancialmente o conflito foi resolvido por autocomposição, mas formalmente, em razão da sentença judicial homologatória, há o exercício de jurisdição.

Atualmente nota-se um incremento na autocomposição, em especial na transação, o que segundo parcela significativa da doutrina representa a busca pela solução de conflitos que mais gera a pacificação social, uma vez que as partes, por sua própria vontade, resolvem o conflito e dele saem sempre satisfeitas. Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições concretas que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que a matéria “está na moda”. Nesse tocante, é imprescindível que se tenha a exata noção de qual papel desempenham na autocomposição a negociação, a conciliação e a mediação.

Pela negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, enquanto na conciliação há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

1.2.2.2. Mediação

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. Há ao menos três razões que indicam aconselhável distinguir essas duas espécies de solução consensual dos conflitos.

Como primeira e principal diferença tem-se a inexistência de sacrifício total ou parcial dos interesses das partes envolvidas na crise jurídica. É nesse sentido a previsão de solução com “benefícios mútuos” presente no § 3º do art. 165 do Novo CPC. Para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

A mera perspectiva de uma solução de conflitos sem qualquer decisão impositiva e que preserve plenamente o interesse de ambas as partes envolvidas no conflito torna a mediação ainda mais interessante que a autocomposição em termos de geração de pacificação social.

Por outro lado, diferente do conciliador, o mediador não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as suas causas, de forma a possibilitar sua remoção e assim chegarem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de

induzi-las a tal ponto de chegada⁴. O sentimento de capacidade que certamente será sentido pelas partes também é aspecto que torna a mediação uma forma alternativa de solução de conflitos bastante atraente.

Numa ação de indenização por dano moral, em razão de policial militar armado ser barrado no ingresso à agência bancária, o autor pretende obter R\$ 10.000,00 e a instituição financeira não pretende pagar qualquer valor. O conciliador tentará convencer a instituição financeira a pagar algum valor e o policial a receber menos do que pretendia originariamente. Já o mediador induzirá as partes a chegarem, por si só, a outras soluções, como um pedido oficial de desculpas, a fixação de aviso em todas as portas de agências bancárias de como deve proceder o policial que pretenda ingressar armado em agência bancária, etc.

A última diferença entre a mediação e a conciliação (autocomposição) está consagrada nos §§ 2º e 3º do art. 165 do Novo CPC e versa sobre as espécies de litígios mais adequados para a atuação do conciliador e do mediador.

O conciliador deve atuar preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes. Significa dizer que a conciliação é mais adequada para conflitos de interesses que não envolvam relação continuada entre as partes, que passaram a manter um vínculo justamente em razão da lide instaurada, como ocorre numa colisão de veículos. Ou ainda para aquelas partes que têm uma relação anterior pontual, tendo a lide surgido justamente desse vínculo, como ocorre num contrato celebrado para a compra de um produto ou para a prestação de um serviço.

Já o mediador deve atuar preferencialmente nos casos em que tiver havido liame anterior entre as partes. São casos em que as partes já mantinham alguma espécie de vínculo continuado antes do surgimento da lide, o que caracteriza uma relação continuada e não apenas instantânea entre elas, como ocorre no direito de família, de vizinhança e societário.

1.2.2.2.3. *Tratamento procedimental da conciliação (autocomposição) e mediação*

1.2.2.2.3.1. Introdução

O Código de Processo Civil dedica uma Seção inteira para as formas consensuais de solução de conflitos sob o título “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”. Ainda que nos parágrafos do art. 165 do Novo CPC haja a distinção entre a conciliação e a mediação, o diploma processual trata as duas formas consensuais, ao menos em termos de estrutura e procedimento, do mesmo modo, com previsões legais aplicáveis a ambas.

1.2.2.2.3.2. Centros judiciários de solução consensual de conflitos

Segundo o art. 165, *caput*, do Novo CPC, deverão os tribunais criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, que ficarão responsáveis pela realização

⁴ Neves, *Ações*, p. 426.

de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A iniciativa é interessante por duas razões.

Sob a perspectiva microscópica, retira do juiz da causa a tarefa de tentar junto às partes a conciliação e a mediação, ainda que residualmente possa continuar a exercer tal atividade na constância do processo caso seja frustrada a tentativa realizada no início do procedimento pelo centro judiciário de solução consensual de conflitos. Vejo como medida positiva porque o juiz nem sempre é a pessoa mais indicada para exercer tal atividade, primeiro porque pode não ter a técnica necessária e, em segundo, porque pode ser acusado de prejulgamento na hipótese de uma participação mais ativa na tentativa de obter a conciliação ou a mediação. Ao criar um órgão que não pode prejulgar porque não tem competência para julgar e formado por pessoas devidamente capacitadas, tais problemas são superados.

Sob a perspectiva macroscópica, a novidade é interessante porque, além da atuação pontual nos processos, o centro judiciário de solução consensual de conflitos ficará responsável pelo desenvolvimento, publicação e adoção de políticas voltadas à conciliação e à mediação, em atividade essencial para a mudança da mentalidade litigiosa das partes e de seus patronos.

Os centros previstos pelo dispositivo ora comentado serão vinculados a tribunais de segundo grau na Justiça Estadual e Federal, cabendo a eles a definição de sua composição e organização, nos termos do § 1.º do art. 165 do Novo CPC. Para evitar que as regionalidades tornem tais centros excessivamente heterogêneos, o mesmo dispositivo condiciona a atuação dos tribunais locais às normas do Conselho Nacional de Justiça, que deve regulamentar as diretrizes fundamentais de composição e organização, deixando alguma margem para os tribunais locais atenderem as especialidades regionais. Já há, inclusive, normas nesse sentido na Resolução 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

1.2.2.2.3.3. Local físico da conciliação e mediação

Com a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, o ideal é que exista espaço físico exclusivo para o desempenho das atividades dos conciliadores e mediadores, o que certamente otimizará a realização do trabalho. Além disso, ao não serem as sessões realizadas na sede do juízo, diminui-se o aspecto de litigiosidade e formalidade associado ao Poder Judiciário, o que poderá psicologicamente desarmar as partes e facilitar a solução consensual.

Acredito que a curto ou médio prazo essa possa vir a ser a realidade nas comarcas e seções judiciárias que são sede do Tribunal, e até mesmo em foros mais movimentados que não sejam sede do Tribunal. Contudo, acreditar que essa será a realidade, e aí mesmo em longo prazo, para todas as comarcas, seções e subseções judiciárias do Brasil é irrazoável e discrepante de nossa realidade. Se muitas vezes até mesmo a sede do juízo é de uma precariedade indesejável, custa crer que sejam criados espaços físicos com o propósito exclusivo de abrigar os centros judiciários de solução consensual de conflitos.

Nesse sentido, deveria ser interpretada a regra consagrada no projeto de lei aprovado na Câmara ao prever que excepcionalmente as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderiam realizar-se nos próprios juízos, exceção, inclusive, já consagrada no art. 8.º, § 1.º, da Resolução 125/2010 do CNJ. A interpretação, entretanto, não era a única possível e não excluía a possibilidade de que, mesmo existindo no foro um local específico para a atuação dos centros ora analisados, a sessão ocorresse na sede do juízo sempre que tal local se mostrasse o mais adequado para a realização do ato.

Seja qual for a razão, mesmo realizando-se na sede do juízo, a sessão ou audiência de conciliação ou mediação seria conduzida pelos conciliadores e mediadores, com o que se manteria o afastamento do juiz dessa atividade, pelo menos no momento inicial do procedimento. Segundo o art. 8.º, § 1.º, da Resolução 125/2010 do CNJ, nesse caso caberá a supervisão dos trabalhos dos mediadores e conciliadores ao Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Influenciado por notas técnicas da AGU e da AJUFE, o Senado assim fundamentou a exclusão da regra do texto final do Novo CPC na Emenda 2.3.2.64: “O § 2.º do art. 166 do SCD estabelece uma regra desnecessária e insere na alçada administrativa do juízo de conveniência e oportunidade do próprio Poder Judiciário, ao fixar que, excepcionalmente, as audiências e as sessões de conciliação poderão realizar-se nos próprios juízos sob a condução de conciliadores e mediadores. Além disso, esse dispositivo termina por inutilizar o espaço dedicado à autocomposição, que são os centros judiciários, ao recomendarem indiretamente a usurpação do local de atuação típica do juiz, o juízo”.

São insuficientes as razões apresentadas, e a supressão dessa regra no texto final do Novo CPC aprovado pelo Senado tende a ser ineficaz diante do já previsto no art. 8.º, § 1.º, da Resolução 125/2010 do CNJ. Naturalmente seria melhor ter essa regra consagrada em lei, e por isso criticável a postura do Senado a respeito do tema.

1.2.2.2.3.4. Conciliador e mediador

Apesar das diferenças em termos de atuação existentes e já devidamente analisadas entre o conciliador e o mediador, o Novo Código de Processo Civil os equipara em outros aspectos.

Nos termos do § 1.º do art. 167 do Novo CPC, é requisito mínimo para a capacitação dos mediadores e conciliadores a aprovação em curso a ser realizado por entidade credenciada, cujo parâmetro curricular será definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Entendo que, mesmo havendo convênio formal do Poder Judiciário com entidades privadas, esse requisito deve ser mantido, de forma que mesmo aqueles que não estejam vinculados diretamente às câmaras de conciliação e mediação devam ter certificado do curso supracitado para poderem atuar nas mediações e conciliações judiciais.

Registre-se que o art. 11 da Lei 13.140/2015 cria um novo requisito não previsto no Novo Código de Processo Civil: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Não há necessidade de os conciliadores e mediadores serem advogados, o que deve ser saudado. As técnicas de conciliação e mediação não dependem de conhecimento jurídico, sendo imprescindível que, além de operadores do Direito, outros profissionais, em especial aqueles acostumados a lidar com pessoas e conflitos entre eles, possam atuar como mediadores e conciliadores.

Sendo advogado, estará impedido de exercer a advocacia nos juízos em que exerça suas funções. O impedimento poderá diminuir o interesse dos advogados naquelas comarcas menores, onde o advogado teria que optar entre as atividades: advocacia ou mediação e conciliação, sendo difícil crer que o advogado abrirá mão da advocacia para se limitar à atividade de solução consensual de conflitos. Nesse caso os profissionais de outras áreas serão imprescindíveis. E o art. 172 do Novo CPC prevê que o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, o que é importante para evitar o aliciamento de clientes.

Parece razoável que tais impedimentos, já que previstos em lei, sejam estendidos à sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador, sob pena de se esvaziarem os objetivos pretendidos pelo legislador⁵.

Também existe a possibilidade de o tribunal optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido mediante concurso público de provas e títulos. Acredito que nesse caso a condição formal para a inscrição no concurso seja ser possuidor de certificado emitido por entidade responsável por ministrar o curso de capacitação.

Tratando-se de formas consensuais de solução de conflitos, é natural que a vontade das partes já seja prestigiada desde o momento da escolha do terceiro responsável pela intermediação entre elas. Feliz nesse sentido o art. 168 do Novo CPC ao indicar que cabe às partes escolher o conciliador ou o mediador, inclusive sujeitos não cadastrados junto ao tribunal ou câmara privada, não sendo, inclusive, necessária a qualificação formal exigida para os mediadores e conciliadores cadastrados no Tribunal⁶. Nesse tocante deve ser registrado o previsto no art. 25 da Lei 13.140/2015, ao prever que os mediadores não estão sujeitos à prévia aceitação das partes. Entendo que não haja aceitação prévia, o que não significa dizer que as partes estarão vinculadas a um conciliador ou mediador contra a sua vontade.

O disposto no art. 168, § 3.º, do Novo CPC deve ser aplicado com ressalvas. Segundo o dispositivo legal, sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador. Essa pluralidade de intermediários deve ser reservada para situações excepcionais, nas quais realmente seja imprescindível a presença de diferentes sujeitos com formações distintas. Além do encarecimento gerado pela presença de mais de um mediador ou conciliador, essa multiplicidade pode tornar a mediação ou conciliação mais complexa do que seria necessário, demandando mais tempo para chegar a um resultado positivo.

⁵ Enunciado 60/ENFAM: “À sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador aplicam-se os impedimentos de que tratam os arts. 167, § 5º, e 172 do CPC/2015”.

⁶ Maia-Hill, *Do cadastro*, p. 160. Contra: Enunciado nº 59 da ENFAM: “O conciliador ou mediador não cadastrado no tribunal, escolhido na forma do § 1º do art. 168 do CPC/2015, deverá preencher o requisito de capacitação mínima previsto no § 1º do art. 167”.

1.2.2.2.3.5. Princípios das formas consensuais de solução dos conflitos

1.2.2.2.3.5.1. Introdução

Ainda que notoriamente sejam formas consensuais de solução de conflitos diferentes, a mediação e a conciliação são informadas pelos mesmos princípios, concentrados no art. 166 do Novo CPC. O dispositivo é bastante próximo do art. 1.º do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, ainda que não traga entre os princípios o da competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

1.2.2.2.3.5.2. Independência

Os conciliadores e mediadores devem atuar de forma independente, sem sofrerem qualquer espécie de pressão interna ou externa. Nos termos do art. 1.º, V, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, a independência também permite ao conciliador e ao mediador deixar de redigir solução ilegal ou inexecutável, em nítida prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito em detrimento da vontade das partes. Trata-se do princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes, constante expressamente da norma administrativa, mas não presente no art. 166, *caput*, do Novo CPC.

1.2.2.2.3.5.3. Imparcialidade

O mediador deve ser imparcial, ou seja, não pode com sua atuação deliberadamente pender para uma das partes e com isso induzir a parte contrária a uma solução que não atenda às finalidades do conflito. Também o conciliador deve ser imparcial porque, quando apresenta propostas de solução dos conflitos, deve ter como propósito a forma mais adequada à solução do conflito, e não a vantagem indevida de uma parte sobre a outra.

Ao tratar do tema da imparcialidade na conciliação e mediação, o inciso IV do art. 1.º do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ prevê o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Segundo o art. 5º, *caput*, da Lei 13.140/2015, aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, o mesmo se podendo dizer do conciliador. Nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015, a pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

O § 3.º do art. 166 do Novo CPC consagra a importante distinção entre inércia e imparcialidade ao apontar que o emprego de técnicas negociais com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição não ofende o dever de im-