

NESTA EDIÇÃO

Lei 13.140/2015,  
que dispõe sobre  
a Mediação, na íntegra  
e Caso Petrobras -  
Decisão de  
Nova Iorque.

# REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

## RArb

ANO 12 • 46 • JULHO-SETEMBRO • 2015

FUNDADOR E DIRETOR:  
ARNOLDO WALD

REDATOR CHEFE:  
GIOVANNI ETTORE NANNI

PUBLICAÇÃO OFICIAL



**IASP**

INSTITUTO  
DOS ADVOGADOS  
DE SÃO PAULO



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

# MEDIAÇÃO E DIREITO INTERTEMPORAL: DUAS LEIS EM VACÂNCIA E UM CONVITE À COMPATIBILIZAÇÃO

## MEDIATION AND INTERTEMPORAL LAW: TWO VACANT LAWS AND AN INVITATION TO HARMONIZATION

MARCELO MAZZOLA

Membro da Comissão de Mediação da OAB/RJ e da CMED – ABPI.  
Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

**RESUMO:** O artigo trata do aparente conflito entre o novo Código de Processo Civil (NCPC) e a Lei da Mediação. Ambos os diplomas legais, de mesma hierarquia, estão em período de *vacatio legis*, sendo que a Lei da Mediação, embora posterior ao NCPC, entrará em vigor primeiro. Esta situação traz muitas dúvidas e reflexões, sobretudo quanto à aplicabilidade dos dispositivos aparentemente conflitantes. A ideia deste estudo é mostrar a possibilidade de compatibilização das normas legais previstas nos referidos diplomas, aplicando-se regras de hermenêutica e interpretação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação – Código de Processo Civil – *Vacatio legis* – Antinomia – Compatibilização.

**ABSTRACT:** This article deals with the apparent conflict between the new Civil Procedure Code (NCPC) and the Mediation Law. Both laws, which share the same hierarchy, are vacant, and the Mediation Law, even though being posterior to the NCPC, will be effective before. This situation casts doubts and brings up the need for reflection, especially concerning the applicability of the apparently conflicting rules. The objective of this article is to, by applying the rules of hermeneutics and interpretation, show the possibility of harmonization between the rules contained in both laws.

**KEYWORDS:** Mediation – Civil Procedure Code – *Vacatio legis* – Antinomy – Harmonization.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Existência, validade e eficácia da norma – 3. Aparente conflito de normas e os critérios para avaliar as antinomias – 4. Lei de Mediação x NCPC – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Como sabemos, o novo Código de Processo Civil (NCPC) entrará em vigor em março de 2016 e sua vigência traz a reboque muitas dúvidas, indagações e reflexões.

A única certeza que temos é de que, a partir de agora, devemos enxergar o processo civil com lentes constitucionais, interpretando os dispositivos e normas do NCPC à luz da Carta Magna.

Além disso, percebemos claramente a vontade do legislador infraconstitucional de valorizar e incentivar os métodos alternativos de solução de conflitos (os chamados *alternative dispute resolutions*), estimulando a transformação da cultura do litígio na cultura do diálogo.

Neste particular, ganha especial importância a mediação, técnica exercida por terceiro imparcial (o mediador), sem poder decisório, que aproxima as partes e facilita o diálogo, potencializando as soluções consensuais.

Aliás, em boa hora foi publicada a Lei 13.140/2015, conhecida como o Marco Legal da Mediação, cuja *vacatio legis* é de 180 dias.

Diferentemente do NCPC, que regula apenas a mediação judicial, a Lei 13.140/2015 disciplina não só a mediação judicial, mas também a mediação extrajudicial e a mediação no âmbito da administração pública.

Encontram-se, portanto, em *vacatio legis* duas leis infraconstitucionais que tratam da mediação judicial. O detalhe é que a Lei da Mediação entrará em vigor em dezembro de 2015, ou seja, antes do NCPC (março de 2016).

Essa instigante concomitância vem agitando a vida dos operadores do direito. Muitas dúvidas são lançadas para o debate e dezenas de textos são publicados semanalmente.

Diante deste choque intertemporal, paira no ar a dúvida sobre qual diploma deve prevalecer. Há aqueles que pensam que, como o NCPC entrará em vigor depois da Lei da Mediação, derrogará essa última no que com ela for incompatível, em razão do critério cronológico ou temporal. Para outros, como a Lei da Mediação é especial, derrogará o NCPC no que com ela for incompatível, em virtude do critério da especialidade. Há quem entenda também que os diplomas legais são inconciliáveis.

Por exemplo, quais seriam os princípios formadores da mediação, aqueles indicados no NCPC ou os listados na Lei 13.140/2015?

Estaria o mediador judicial advogado impedido de exercer a advocacia no juízo em que funcionar como auxiliar da justiça, à luz do NCPC, ou não haveria essa restrição diante da ausência de regra específica na Lei da Mediação?

Quais seriam os requisitos necessários para se atuar como mediador judicial, considerando que a Lei da Mediação prevê uma condição (o interessado deve ser graduado há pelo menos dois anos em curso superior) não disciplinada pelo NCPC?

Em situações de aparente contradição, “deve o hermeneuta desconfiar de si, presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis”.<sup>1</sup>

1. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110.

É preciso descobrir o “nexo oculto que as concilia. É quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas”.<sup>2</sup>

A ideia deste trabalho, sem qualquer pretensão de exaurir o tema, é demonstrar a possibilidade de convivência das referidas Leis, superando-se as aparentes antinomias com regras de hermenêutica e interpretação. Um convite para extrairmos desses ricos diplomas legais os benefícios e incentivos à solução consensual dos conflitos.

## 2. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA

Antes de passar às antinomias propriamente ditas, é importante analisar os efeitos da promulgação, da publicação e da vigência de uma norma. Essa distinção facilitará a compreensão, no próximo tópico, da aplicação do critério cronológico.

O Direito é, por vocação, um instrumento de pacificação social, oriundo da evolução da sociedade humana que, vencendo os impulsos da autotutela (justiça privada), outorgou a um terceiro – o Estado – o poder de criar, fiscalizar e executar as leis.

De nada adiantaria a criação de normas jurídicas se o seu cumprimento estivesse sujeito ao consentimento ou à boa vontade dos indivíduos. Exsurge daí a noção de imperatividade das normas jurídicas.

Ocorre que, para serem imperativas, as normas jurídicas devem satisfazer determinados requisitos de validade.

O primeiro destes requisitos é a necessidade de integração da norma ao ordenamento jurídico, isto é, “o processo de formação ou produção normativa, [deve ocorrer] em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento”.<sup>3</sup>

Trata-se, portanto, de observância ao devido processo legislativo, que, via de regra, tem início com a elaboração do projeto de lei pelo órgão legislativo competente e culmina com a sanção da Lei pelo chefe do Poder Executivo.

Como sabemos, a sanção pode ser tácita ou expressa. Para Manoel Gonçalves Filho<sup>4</sup> é “tácita quando o Presidente deixar escoar esse prazo sem manifestação de discordância (art. 66, § 3.º da CF)”.

Depois da sanção presidencial, ocorre a promulgação, que vem do latim *promulgare* e significa dar conhecimento de uma lei, declarando e publicando-a.

2. SAVIGNY, vol. 1, p. 263. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

3. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 197-198.

4. GONÇALVES FILHO, Manoel. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

Na lição de Celso Ribeiro Bastos,<sup>5</sup> “é através da promulgação que a lei passa a existir no mundo jurídico e está apta a produzir efeitos”.

Com efeito, é a promulgação da lei que determina o momento em que o diploma adquire vida própria e sai do mundo político, ingressando no mundo jurídico. A promulgação dá executoriedade à lei, porém a autoridade e a obrigatoriedade decorrem somente da publicação.

Nessa toada, a promulgação concede as condições necessárias para que a lei possa gerar consequências emanadas do seu teor. O ato subsequente da promulgação é a sua publicação adequada, para que a lei se torne conhecida por todos.

Interessante a distinção que o professor José Afonso da Silva<sup>6</sup> faz entre promulgação e publicação. Para o doutrinador, “a diferença entre a promulgação e a publicação é que a primeira tem por objetivo dar conhecimento da existência da lei para os órgãos da administração, aos encarregados de dar a sua execução, enquanto a publicação dá conhecimento aos particulares. Pela promulgação a lei torna-se eficaz para as pessoas administrativas e pela publicação a eficácia é para o público”.

Sob este prisma, a publicação é instrumento pelo qual se transmite a promulgação, determinando o momento em que a norma obterá eficácia, isto é, potencialidade para produzir efeitos concretos durante sua vigência.

Vale registrar que a publicação da lei não assegura o início de sua eficácia, já que o que garante a eficácia de uma lei é a sua vigência, ou seja, a data em que entrará em vigor.

Significa dizer que a vigência é condição de eficácia de uma lei, não estando a eficácia no plano de validade da norma, mas sim no terreno de sua obrigatoriedade. É a possibilidade de produção de efeitos no plano jurídico, político e social.

Normalmente a lei entra em vigor na data de sua publicação, isto é, tem aplicação automática. Porém, sua vigência pode ser postergada por dias ou anos, configurando a chamada *vacatio legis*, necessária para que a lei possa ser melhor conhecida por todos e, ao mesmo tempo, permitir que os envolvidos se preparem para o seu cumprimento.

Se a lei não trazer cláusula de vigência, o diploma normativo entra em vigor 45 dias após a sua publicação, nos termos do art. 1.º da LINDB.<sup>7</sup>

Assentadas tais premissas, podemos concluir que a lei passa a existir quando é promulgada; é conhecida por todos quando publicada; e só possui eficácia quando efetivamente entra em vigor.

5. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

6. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

7. Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942.

Um exemplo emblemático do passado ilustra bem a questão. Em 13.07.1990, foi promulgada a Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que estabelecia, em seu art. 263, o acréscimo de parágrafo único aos arts. 213 e 214 do CP, qualificando os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente, quando tais crimes fossem praticados contra menores de 14 anos.

Assim, o art. 213 do CP ficaria acrescido de norma preconizando pena de reclusão de quatro a dez anos se a ofendida fosse menor de 14 anos, enquanto o art. 214 cominava pena de três a nove anos de reclusão nas mesmas circunstâncias.

O período de *vacatio legis* do ECA foi de 90 dias, de modo que só seria aplicado a partir de outubro de 1990.

Todavia, em 25 de julho daquele mesmo ano, foi promulgada a Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), com início de vigência na data de sua publicação (26.07.1990).

O detalhe é que a Lei dos Crimes Hediondos alterou os delitos de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), cominando penas de seis a dez anos de reclusão aos seus tipos simples, independentemente de qualquer circunstância pessoal do ofendido.

No caso de vítima menor de 14 anos, aplicar-se-ia a majorante prevista neste diploma, elevando-se a pena na metade. Logo, a pena para estupro ou atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos seria de 9 a 15 anos de reclusão.

Na época, houve muita discussão sobre qual seria o diploma aplicável à espécie e a doutrina majoritária defendia que entre uma lei já promulgada, mas ainda não vigente, e uma norma promulgada posteriormente, mas já em vigor, essa última deveria prevalecer em caso de aparente contradição.

Anos depois, a questão foi dirimida pelo STF, que reconheceu a aplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos. A ementa a seguir é elucidativa:

“*Habeas corpus* – Delito de estupro praticado contra criança de três anos de idade – Crime hediondo – Alegado erro na dosimetria da pena – Inocorrência – Decisão fundamentada – Inaplicabilidade do art. 263 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) – Vigência imediata da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) – Possibilidade jurídica de revogação, ainda que tácita, de lei que se acha em período de *vacatio legis* – Doutrina – Jurisprudência – Pedido indeferido”.<sup>8</sup>

Ou seja, os dispositivos do ECA foram revogados antes mesmo de sua entrada em vigor, o que reforça o argumento de que com a promulgação, e sua posterior publicação, a lei já existe, é válida e pode ser revogada, pendendo apenas de eficácia.

8. HC 72.435/SP, j. 12.09.1995, rel. Min. Celso de Mello.

De fato, “pode ser promulgada nova lei, sobre o mesmo assunto, sem ficar tacitamente ab-rogada a anterior: ou a última restringe apenas o campo de aplicação antiga; ou, ao contrário, dilata-o, estende-o a casos novos; e possível até transformar a determinar especial em regra geral”.<sup>9</sup>

Em suma, para saber se uma lei é posterior ou não, não deve ser analisada a sua data vigência, mas sim a respectiva data de promulgação.

### 3. APARENTE CONFLITO DE NORMAS E OS CRITÉRIOS PARA ÁVALIAR AS ANTINOMIAS

Antinomia é antítese, contradição, oposição, contraste. Uma antinomia jurídica é um conflito entre duas normas ou dois princípios, ou, ainda, entre uma norma e um princípio, cuja solução não se acha prevista expressamente no ordenamento jurídico.

Uma lei nova é sempre um campo fértil para a hermenêutica, a ciência que trabalha a interpretação das palavras e dos textos, já que possíveis questionamentos podem surgir entre a lei nova e outras leis e/ou princípios já existentes.

A hermenêutica não cria regras, mas apenas sugere procedimentos para esse trabalho interpretativo. Faz sentido, porque nenhuma lei poderia criar regras para interpretar outra lei, sob pena de um odioso círculo vicioso, já que a lei “regulatória” também teria que ser interpretada.

Exatamente por isso, as hipóteses legais e positivadas de hermenêutica são raras, destacando-se aquelas previstas no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>10</sup> e no preâmbulo<sup>11</sup> e nos arts. 1.º e 3.º da Carta Magna.<sup>12</sup>

De fato, o intérprete precisa entender a lei tendo como diretriz fundamental os seus fins. Até porque, por trás de um texto legal, há sempre um valor, uma meta

9. PUCHTA. *Pandekten*. 12. ed. § 18. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

10. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

11. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

12. “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)”

que se quer tutelar. Deve-se perquirir então a vontade da lei, fazendo-se uma cuidadosa interpretação teleológica.

Em relação ao preâmbulo da Carta Magna e seus arts. 1.º e 3.º, apesar de não constituírem normas de interpretação, encerram consagrados princípios constitucionais, verdadeiros vetores de interpretação que se irradiam para as demais normas do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, qualquer interpretação de uma lei que viole, por exemplo, os princípios da igualdade e da justiça, será fundamentalmente uma interpretação inconstitucional.

No plano prático, existem três critérios principais para dirimir as aparentes antinomias:<sup>13</sup>

- a) critério hierárquico: norma superior prevalece sobre norma inferior;
- b) critério cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior (art. 2.º da LINDB); e
- c) critério da especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral.

Adicionalmente, o intérprete pode se valer de metacritérios, valendo-se destacar os seguintes:

a) *é incorreta a interpretação que conduz ao vago, inexplicável, contraditório ou absurdo*. A lei tem um sentido e um objetivo, e sua essência deve ser buscada. San Tiago Dantas<sup>14</sup> alerta que “o legislador não pode ter querido o absurdo”;

b) *a lei não contém frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito*. Nenhum termo ou expressão podem ser desconsiderados na atividade de interpretação;

c) *prevalece a interpretação que compatibiliza normas aparentemente antinômicas*. Como o direito é um sistema, o intérprete deve realizar o maior esforço possível para buscar uma interpretação que permita a convivência das normas;

d) *quando a lei não faz distinção, o intérprete não deve fazê-la*. Não pode o intérprete criar e inventar situações que não estejam na lei;

e) *no todo se contém a parte*. É preciso haver uma coerência interpretativa. Por exemplo, a lei aplicável a um contrato também se aplica às suas cláusulas;

f) *o que é conforme o espírito e letra da lei se compreende na sua disposição*. É uma tentativa de dar inteligência às disposições conexas, uma espécie de validação da aplicação analógica;

g) *quando a lei é obscura, interpreta-se restritivamente*. No caso de uma norma mal redigida ou pouco clara, deve-se interpretar o mínimo, evitando-se que a incompreensão produza efeitos nocivos ainda maiores;

13. SANTOS, Alberto Marques dos. *Revista Judiciária do Paraná: Amapar*. ano VI. n. 2. jan. 2011.

14. SAN TIAGO DANTAS. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio Ed., 1979. vol. 1, p. 139.

h) *não deve àquele a quem o mais é lícito, deixar de ser lícito o menor*. Simples questão de lógica, já que o todo compreende a parte e “quem pode o mais, pode o menos”;

i) *leis especiais devem ser interpretadas restritivamente*. Por criarem regras próprias e bem específicas, as normas devem ser interpretadas sem elasticidade;

j) *prevalece a interpretação que melhor atenda à tradição do direito*. Na dúvida, o intérprete deve preferir a interpretação que se harmoniza com a história do direito;

k) *a ementa da lei facilita sua compreensão*. Muitas vezes as palavras destacadas na ementa da norma denotam o seu real objetivo, alcance e finalidade;

l) *a posição do dispositivo no texto esclarece seu alcance*. Deve o intérprete analisar a topologia da norma (artigo, parágrafo, alíneas), fazendo uma interpretação sistemática, de acordo com as respectivas abrangências;

m) *a equidade não permite o enriquecimento sem causa*. Em nenhuma hipótese, a interpretação deve favorecer o locupletamento ilícito.

Por outro lado, não se pode olvidar que existe uma tendência do direito moderno de valorizar mais o conjunto do que as individualidades, interpretar mais o contexto do que as normas isoladas e preferir o sistema à particularidade.

Isto porque, o “Direito não é conglomerado caótico de preceitos, constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora cada uma no seu lugar próprio”.<sup>15</sup>

De fato, “a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quicá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto”.<sup>16</sup>

Neste árduo trabalho de sistematização, “o intérprete deve encarar as normas como um todo, destinadas a complementarem-se mutuamente, de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra”.<sup>17</sup>

Sua hercúlea tarefa é se esforçar para “entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de se presumir ter querido instituir ou regular, e não haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante”.<sup>18</sup>

15. MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 105.

16. DOMAT. Teoria da interpretação das Leis. Trad. Correia Teles, transcrita integralmente no Código Filipino, de C. Mendes, vol. 3, p. 431, X. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

17. MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 111.

18. BIERLING, E. R. Juristische Prinzipienlehre, 1911, vol. 4, p. 200. Vede n. 32. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

Trata-se de providência pragmática, já que o “confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas, ou análogas, evidencia a continuidade, embora progressiva, de ideias e teorias preexistentes”.<sup>19</sup>

Nesse contexto, tem especial importância o § 2.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Em suma, nesse desafiador processo de construção e restauração, pode o intérprete se valer de todos esses preceitos e técnicas de hermenêutica para dirimir as antinomias.

#### 4. LEI DA MEDIÇÃO X NCPC

A primeira observação, que parece óbvia, mas deve ser feita, é que as aparentes antinomias entre a Lei da Mediação e o NCPC dizem respeito apenas à mediação judicial, uma vez que o NCPC, como já mencionado, não regula a mediação extrajudicial e a mediação no âmbito da administração pública.

Aliás, no que diz respeito à mediação no âmbito da administração pública, o próprio NCPC, em seu art. 174, estabelece que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos”, tais como (incs. I a III) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Da mesma forma, em relação à mediação extrajudicial, o art. 175 do NCPC disciplina que “as disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”.

Logo, não havendo incongruência e maiores discussões quanto à mediação extrajudicial e/ou à mediação no âmbito da administração pública, temas regulados pela Lei da Mediação, nos ateremos às aparentes antinomias em torno da mediação judicial.

No caso do NPC e da Lei da Mediação, ambas são leis ordinárias e foram aprovadas pela maioria dos parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado Federal presentes durante as respectivas votações, tendo sido regularmente sancionadas pela Presidente. Logo, não é possível aplicar o critério hierárquico.

19. WURZEL, Karl. Das Juristische Denken. *Oesterreichisches Zentralblatt fur die Juristische Praxis*. vol. 21, p. 838-839. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

Por outro lado, quanto ao critério cronológico, não há qualquer dúvida de que a Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) é posterior à Lei 13.105/2015 (NCPC), em razão da data de sua promulgação. Ou seja, ela “nasceu” depois.

Com efeito, enquanto a Lei da Mediação foi promulgada em 26.06.2015 e publicada no *Diário Oficial* em 29.06.2015, o NCPC foi promulgado em 16.03.2015 e publicado no *Diário Oficial* em 17.03.2015.

Como demonstrado no tópico anterior, o marco para se verificar a anterioridade de uma lei não é a data em que passa a ter eficácia, mas sim o dia em que passou a existir e a ter validade. Neste ponto, a própria numeração das Leis reforça a anterioridade do NCPC.

Assim, à luz do critério cronológico (art. 2.º da LINDB), a Lei da Mediação prevalece em eventual conflito de normas, por se tratar de diploma posterior, ainda que entre em vigor primeiro que o NCPC.

Todavia, o critério cronológico é reconhecidamente o mais fraco dos critérios, o que torna fundamental a análise do critério da especialidade.<sup>20</sup>

Neste particular, parece não haver dúvidas de que a Lei da Mediação é especial em relação ao NCPC, pois disciplina, mais amiúde e diretamente, o tema, inclusive com maior abrangência.

Assim, por ser posterior e especial, a Lei da Mediação, com base em dois consagrados critérios de hermenêutica, teria, em tese, o condão de derrogar tacitamente os dispositivos do NCPC com ela incompatíveis.

Afirma-se “tacitamente” porque, em nenhum dos seus 48 artigos, a Lei da Mediação revoga expressamente os dispositivos do NCPC. Logo, existiria, no máximo, uma derrogação tácita dos dispositivos do NCPC incompatíveis com a Lei da Mediação.

Em que pese o complexo mosaico de normas e regras de hermenêutica, é possível compatibilizar a aplicação de alguns dispositivos da Lei da Mediação e do NCPC que aparentemente estariam em descompasso.

Assim, passaremos a examinar algumas dessas situações de aparente conflito.

#### a) Princípios da mediação:

De acordo com o art. 166 do NCPC, a conciliação e a mediação são permeadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

20. TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. *Revista Jus Navigandi*, ano 10, n. 879, 29. Teresina, nov. 2005. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/7585>]. Acesso em: 13.07.2015

Por sua vez, o art. 2.º da Lei da Mediação disciplina que a mediação será orientada pelos seguintes princípios (incs. I a VIII): *imparcialidade do mediador*, isonomia entre as partes, *oralidade*, *informalidade*, *autonomia da vontade das partes*, busca do consenso, *confidencialidade* e *boa-fé*.

Como se vê, alguns princípios são comuns em ambos os diplomas legais, mas existem diferenças. O NCPC menciona os princípios da independência e da decisão informada, não listados na Lei da Mediação, enquanto esta última acrescenta os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé, não indicados no NCPC nesse capítulo.

Lamenta-se que os legisladores não tenham chegado a um consenso sobre os princípios da mediação como forma de garantir a coesão sistêmica, mas não há qualquer incompatibilidade relevante, já que todos os princípios mencionados no NCPC e na Lei da Mediação permeiam a atividade da mediação.

Na verdade, além dos referidos princípios, poderíamos citar muitos outros, como, por exemplo: os princípios da igualdade (tratamento simétrico dos medianos); da diligência (cuidado e prudência para garantir a qualidade e credibilidade da atividade); da transparência (agir de modo claro e idôneo); do respeito (agir com sensibilidade, cooperação, acolhimento, bom-senso, respeitando o protagonismo dos medianos) e da competência (capacitação, experiência e formação continuada do mediador).

Logo, chega-se à conclusão de que os princípios da mediação foram elencados de forma exemplificativa, e não taxativa, o que, por si só, afasta qualquer aparente antinomia entre os dispositivos em questão.

Este entendimento, inclusive, está em linha com o já citado metacritério de hermenêutica, que prevê que a interpretação que compatibiliza normas aparentemente antinômicas deve sempre prevalecer.

b) Advogado mediador judicial impedido de exercer a advocacia no juízo em que atuar como auxiliar da justiça

Aqui a questão é um pouco mais sensível.

De acordo com o § 5.º do art. 167 do NCPC, os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Porém, a Lei de Mediação, posterior e especial, não traz disposição semelhante.

Indaga-se, então: teria a Lei de Mediação derogado tacitamente o referido dispositivo do NCPC? Em outras palavras, teria a Lei de Mediação, pela simples omissão, derrubado a restrição dos advogados mediadores judiciais de exercerem a advocacia no juízo em que desempenham as suas funções?

Penso que não. O simples fato de a Lei de Mediação não ter reproduzido o referido dispositivo do NCPC não implica automaticamente a sua derrogação tácita.

Isso porque, como já ventilado, “leis posteriores, desde que não sejam contrárias às anteriores, fazem parte destas, cujas prescrições ratificam, esclarecem ou completam”.<sup>21</sup>

Neste sentido, ao criar uma restrição que não é reproduzida pela Lei da Mediação, mas que apenas delimita especialmente, no âmbito judicial, a atuação do mediador advogado, o NCPC não caminha em rota de colisão com a referida Lei e também não viola o art. 2.º da LINDB.

Consequentemente, não há que se falar em revogação tácita do referido dispositivo do NCPC. Até porque, se a Lei da Mediação não fez essa distinção, não cabe ao intérprete fazê-la, à luz de outro metacritério de hermenêutica.

Propõe-se, no entanto, uma interpretação restritiva em relação ao dispositivo do NCPC.

Como se sabe, interpretar restritivamente não é reduzir o campo da norma, mas sim determinar as suas fronteiras exatas. Progride-se sem se alterar o texto, adaptando-se às necessidades. Evita-se a dilatação, porém não se suprime coisa alguma.

Este exercício de ponderação é importante, pois “muitas vezes o próprio dispositivo, intencionalmente ou não, vai além ou se detém aquém do fim para que foi promulgado”.<sup>22</sup>

Ao que parece, a finalidade da restrição trazida pelo NCPC é evitar uma possível influência dos advogados mediadores junto aos Juízos em que advogam. Uma espécie de blindagem para proteger a imparcialidade e assegurar a neutralidade dos julgamentos.

No entanto, esta restrição deve ser vista com temperamento.

Isto porque, o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF) e tem o dever de atuar com honestidade, lealdade e boa-fé. Logo, sua ética não pode ser questionada.

Com efeito, não se pode partir da premissa de que o advogado mediador usará o prestígio de sua função de auxiliar da justiça (art. 149 do NCPC) para se beneficiar em demandas por ele patrocinadas.

Na prática, isso não ocorre. Primeiro, porque os Juízes não designam pessoalmente os mediadores judiciais (existirá uma lista de profissionais capacitados e a distribuição será alternada e aleatória – art. 167, § 2.º, do CPC), e, segundo, porque as sessões de mediação acontecerão, via de regra, em centros criados pelos próprios tribunais (art. 165 do NCPC), e não nas respectivas Varas.

21. PAULO, no Digesto, livro I, título 3, frag. 28. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

22. ENNECERUS, vol. 1, p. 115, nota 7. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit.

Significa dizer que o Juiz da causa não terá qualquer contato com o mediador judicial. E, mesmo que tenha, o dever de sigilo desse último o impede de divulgar ou depor a respeito de fatos ou elementos da mediação (art. 166, § 2.º, do NCPC).

Note-se que, da mesma forma que o Juiz pode declarar seu impedimento ou suspeição para julgar uma ação, o mediador deve rejeitar a nomeação na ocorrência de tais hipóteses (art. 5.º da Lei 13.140), o que demonstra que o auxiliar da justiça deve agir dentro da mais estrita legalidade, sob pena de ser responsabilizado administrativamente e até penalmente (art. 8.º do referido diploma legal).

Não há razão para preocupação. Afinal, se o advogado pode ser nomeado Perito por um Juiz e patrocinar outras demandas perante aquele mesmo Juízo, por que impedir o advogado mediador judicial, que sequer é nomeado pelo Magistrado, de exercer a advocacia no Juízo em que figura como auxiliar da justiça?

Além de sua capacitação, o advogado mediador normalmente tem conhecimento técnico da matéria em discussão, o que facilita o diálogo entre as partes e a própria construção do consenso.

Arriscaria dizer que, em breve, os tribunais também irão refletir e editar enunciados flexibilizando essa restrição do NCPC, para esclarecer que o impedimento do advogado se limita unicamente à ação judicial na qual foi nomeado mediador.

Aí sim fará todo sentido e permitirá a compatibilização das normas. Até porque, o mediador judicial já é impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (arts. 6.º da Lei 13.140 e 172 do NCPC).

### c) Requisitos do mediador judicial

De acordo com o art. 11 da Lei da Mediação, poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, *graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.*

Por sua vez, o § 1.º do art. 167 do NCPC estabelece que preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Na sequência, o respectivo § 2.º prevê que o registro poderá ser precedido de concurso público.

A dúvida que surge é a seguinte: além do requisito da capacitação mínima, precisa o mediador judicial ser graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo MEC, conforme determinado pela Lei da Mediação, mas não disciplinado pelo NCPC?

Penso que sim. Esse prazo de dois anos revela uma preocupação do legislador na melhor preparação e capacitação do mediador judicial, já que a graduação em curso de ensino superior amplia os leques de conhecimento do mediador, permite o maior amadurecimento do profissional e transmite credibilidade acadêmica.

Neste contexto, por se tratar de requisito previsto em lei posterior e especial, os Tribunais devem respeitá-lo e observá-lo nos processos de cadastramento e na elaboração dos editais de seus concursos públicos, sob pena de eventual nulidade dos certames, já que a regra da norma especial prevalece sobre a normal geral.

#### d) Prazo do procedimento de mediação judicial

O art. 28 da Lei da Mediação prevê que “o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem a sua prorrogação”.

Por outro lado, o § 2.º do art. 334 do NCPC estabelece que poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, *não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.*

Por que uma lei adota o prazo de “60 (sessenta) dias” e outra o de “2 (dois) meses”? Por que diferenciar as ressalvas finais dos dispositivos quando a ideia central é a mesma, isto é, deixar a porta aberta para a prorrogação do prazo, quando as partes ainda estiverem buscando o consenso?

Vale registrar que dois meses não significa, necessariamente, 60 dias, o que denota ainda mais essa incompatibilidade.

Assim, por se tratar de norma especial e posterior, deve ser prestigiado o prazo de “sessenta” dias fixado na Lei da Mediação.

De qualquer forma, essas inconsistências não são capazes de configurar qualquer incompatibilidade sistêmica. O único detalhe é que, na prática, esse prazo dificilmente será suficiente, pois a mediação é atividade artesanal que exige a disponibilidade e comprometimento dos envolvidos, além de muita reflexão e principalmente tempo.

#### e) Ausência de custas judiciais finais em caso de solução do conflito antes da citação do réu

A questão é interessante e precisa ser examinada.

O art. 29 da Lei da Mediação estabelece que, solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

Porém, não existe nenhum dispositivo parecido no NCPC.

Então, façamos uma pausa para reflexão: como o conflito pode ser solucionado antes da citação do réu, se, à luz do art. 334 do NCPC, o réu é citado para comparecer à audiência de mediação? Como o conflito poderia ser resolvido antes da própria citação por meio da *mediação judicial*?

Para dirimir este aparente conflito, cabe ao intérprete buscar a *ratio essendi* da norma e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, já que a lei não contém palavra inútil e sem efeito.

Em uma análise mais detida, parece claro que o legislador não está se referindo à mediação judicial convencional, isto é, aquela que acontece durante a audiência de mediação depois da citação do réu, mas sim à mediação realizada após a propositura da ação e antes da citação.

Em alguns tribunais da federação, já existem projetos em andamento estimulando a conciliação e a mediação logo após a propositura da própria ação judicial.<sup>23</sup> É o que acontece, por exemplo, quando um consumidor propõe uma ação contra um terceiro (normalmente uma empresa) que, por força de um convênio com o tribunal, já tem um e-mail cadastrado naquele órgão para tal finalidade.

Por meio de uma plataforma virtual, o conciliador ou mediador do tribunal interage e auxilia o prejudicado na resolução do conflito e o caso pode ser encerrado rapidamente, sem maiores delongas.

Trata-se de um bom exemplo capaz de assegurar a aplicabilidade do art. 29 da Lei da Mediação. Aliás, essa norma tem uma importância dúplice. De um lado, incentiva os prestadores de serviços a resolverem a contento as agruras dos consumidores, livrando-os das custas judiciais finais, e, de outro, evita que o consumidor tenha que aguardar o regular processamento da ação judicial.

## 5. CONCLUSÃO

A concomitante *vacatio legis* de duas leis infraconstitucionais, de mesma hierarquia, desperta a curiosidade, aguça a mente e desafia a compreensão.

Nesse movediço terreno das incertezas, surgem muitas dúvidas e questionamentos. Nada mais natural. Afinal, o momento é de estudo e ponderação.

Daí a relevância das regras de hermenêutica, tesouros valiosos nesse trabalho de compatibilização.

23. Sobre o tema, merece destaque o trabalho do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dirigido pelo Des. Cesar Cury.

Sabemos que as imperfeições e inconsistências legislativas existem e sempre vão existir, pois decorrem de um processo de humanização construtiva. Porém, antes de apontarmos o canhão da destruição para diplomas legais que ainda nem entraram em vigor, vamos interpretar e construir a base do entendimento.

Mediação é a busca do consenso e interpretação é bom-senso.

Assim como o mediador, que deve aproximar as partes e usar suas habilidades para facilitar o diálogo na busca do consenso, cabe ao intérprete mergulhar de olhos abertos em busca da compatibilidade, sempre que possível. Aparentes antinomias podem ser dissipadas com reflexão e ponderação.

No presente trabalho, alguns exemplos foram ventilados apenas para fins de ilustração. Poder-se-ia citar muitas outras situações de aparentes antinomias entre o NCPC e a Lei da Mediação, mas certamente nossos intérpretes terão tempo suficiente para desenvolver outras perspectivas e direcionar a bússola interpretativa.

Em suma, conquistamos dois poderosos instrumentos jurídicos sobre a mediação. Vamos saudá-los e recebê-los de braços abertos, pois no direito moderno não há mais espaço para censura prévia.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES FILHO, Manoel. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SAN TIAGO DANTAS. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio Ed., 1979. vol. 1.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Revista Judiciária do Paraná: Amapar*. ano VI. n. 2. jan. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. *Revista Jus Navigandi*. ano 10. n. 879. 29. Teresina, nov. 2005. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/7585>].

## PESQUISAS DO EDITORIAL

**Veja também Doutrina**

- A mediação e o Código de Processo Civil projetado, de Humberto Dalla Bernardina de Pinho – *RePro* 207/213-238 (DTR\2012\38932);
- Conciliação e mediação. Novo CPC e leis específicas, de Luis Fernando Guerrero – *RArb* 41/19-42, e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 6/789-814 (DTR\2014\8921);
- Considerações sobre a mediação e conciliação no Projeto de novo Código de Processo Civil, de Luis Alberto Reichelt – *RDC* 97/123-142 (DTR\2015\1376); e
- O novo Código de Processo Civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento, de Victor Roberto Corrêa de Souza – *RePro* 243/583-603 (DTR\2015\7926).