

Universidade Federal de Pernambuco

Centro de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito do Recife

O espírito da mediação: Uma análise do instituto na legislação brasileira
e os perigos de sua redução a instrumento de promoção da celeridade
no judiciário

Karla Cilene de Almeida

Recife – PE

2018

Universidade Federal de Pernambuco

Centro de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito do Recife

O espírito da mediação: uma análise do instituto na legislação brasileira e os perigos de sua redução a instrumento de promoção da celeridade no judiciário

Karla Cilene de Almeida

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito básico para a conclusão do curso de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Frederico Koehler

Recife – PE

2018

AGRADECIMENTOS

Ser grato é das maiores qualidades que se pode ter. Cumpre agradecer a todos aqueles e aquelas que se fizeram presentes neste caminho, como representação singela da importância que sempre tiveram, direta ou indiretamente, na minha vida.

A Deus, em primeiro lugar, por nunca me deixar faltar força e fé na caminhada.

Aos meus pais pelo amor e apoio incondicional. Por me fazerem acreditar que nenhum sonho é grande demais e por serem, ao mesmo tempo, bússola e âncora em minha vida.

A Gabi por ser irmã no verdadeiro sentido da palavra, caminhando sempre ao meu lado na certeza de que estaremos sempre juntas.

A vovô e vovó por serem meu maior exemplo e fiéis encorajadores.

Às amigas queridas Gabriela, Julia, Marina, Manuela e Talita por representarem para mim o significado da palavra amizade, me escutando, apoiando, discordando e se fazendo sempre presentes a cada conquista.

Aos colegas Rodolfo, Thaisa, Bruno, Ana, Nuanne, Nunelen, Erasmo, Rennan e Thais que, junto comigo, percorreram e percorrem esse caminho de busca constante. Por serem companheiros nestes anos de caminhadas e descobertas.

À professora Cátia Marques Cebola que despertou, em mim, a curiosidade investigativa pela Mediação verdadeira e transformadora.

Por fim, ao meu orientador Frederico Koehler, pela presteza e disposição em aceitar o desafio de me guiar nesta empreitada.

RESUMO

O trabalho visa tratar da mediação na legislação brasileira, analisando seus fundamentos e os principais diplomas legais que a regulamenta. Desta forma, busca apontar algumas incongruências existentes entre o real espírito da mediação e a mediação judicial proposta pelas Leis 13.105/2015 e 13.140/2015, a exemplo da obrigatoriedade do procedimento e da imparcialidade do mediador. Da mesma forma, trata, especialmente, dos perigos de considerar a prática da mediação um mero instrumento de solução para a crise do judiciário. Para isso, apresenta os fundamentos da mediação, destacando que ela é boa em si mesma, e não mero meio de promover maior celeridade às demandas judiciais. Assim, o presente trabalho considera a importância das disposições do Novo Código de Processo Civil, bem como da Lei de Mediação, ao mesmo tempo em que tece certas considerações sobre a forma que estes diplomas legais devem ser encarados na prática, de forma a evitar a redução e o esvaziamento deste importante instituto para promoção da pacificação social.

Palavras- Chave: Mediação- Código de Processo Civil- Lei de Mediação- Crise do Judiciário- Mediação Judicial

ABSTRACT

This final course assignment aims to analyze mediation in Brazilian legislation, exposing its fundamental principles and the main legal documents that regulates it. Therefore, this study raises some mismatches between the real spirit of mediation and the judicial mediation proposed by the Laws 13.105/2015 e 13.140/2015, such as the compulsory mediation and mediator's neutrality. The goal of this work is also call attention about the risks of understanding mediation as a tool to solve the judiciary crisis. For this purpose, the fundamentals of mediation are presented, highlighting that the mechanism is good itself and not only a way to reduce lawsuits. In conclusion, the assignment recognizes the importance of the New Code of Civil Procedure and the Mediation Law at the same time that suggests a particular way to apply it without jeopardize the real spirit of mediation on promoting social peace.

Key Words: Mediation- Civil Procedure Code- Mediation Law- Judiciary Crisis- Judicial Mediation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – MEDIAÇÃO: ASPECTOS INICIAIS E CONTEXTO HISTÓRICO- JURÍDICO	8
1. Um breve histórico da mediação no mundo.....	8
1.1. Contexto da introdução da mediação no meio jurídico Brasileiro	9
1.2. Breve evolução Legislativa sobre o tema.....	12
CAPÍTULO II – MEDIAÇÃO E PROCESSO: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	13
2. Processo Judicial e Processo de Mediação: uma relação harmoniosa?	13
2.1. Conceito de Mediação	15
2.2. A essência da mediação.....	17
2.3. Princípios da mediação.....	19
2.3.1. Princípio da autonomia da vontade	20
2.3.2. Princípio da imparcialidade do mediador	21
2.3.3. Princípio da confidencialidade.....	22
2.3.4 Princípio da informalidade	23
2.3.5. Princípio da Consensualidade	24
2.3.6. Princípio da Isonomia.....	25
2.3.7. Princípio da independência	25
2.3.8. Princípio da boa fé.....	26
2.3.9. Princípio da oralidade	27
CAPÍTULO III – A MEDIAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA	27
3. A resolução 125 do CNJ.....	27
3.1. A mediação e o Novo Código de Processo Civil.....	31
3.2. O Novo CPC e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação)	32
3.3. A Mediação Obrigatória	35
3.4. A essência da mediação x deflação processual	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a mediação tem sido objeto de variados estudos, na medida em que a legislação brasileira passou a debruçar-se sobre o tema, regulamentando e proporcionando um maior incentivo à prática dos meios consensuais de solução de conflitos.

Não há dúvidas das diversas vantagens geradas por este tipo de equivalente jurisdicional: do protagonismo das partes, à manutenção e restauração das relações envolvidas, a mediação é mecanismo capaz de promover uma verdadeira revolução nas relações sociais.

É neste diapasão que insurge tratar, criticamente, do tema, de forma a compreender o conceito de mediação, seus fundamentos e seus princípios para, desta forma, ser capaz de analisar os dispositivos que a regulamenta de forma a compreender se são, ou não, compatíveis com o instituto o qual propõem regular.

No Brasil, assim como em diversos países da Europa, o legislador fez a opção por introduzir a mediação no Poder Judiciário, atribuindo a este órgão o papel de estimular, regular e propiciar a inserção de uma cultura de solução consensual de conflitos. Entretanto, cabe o questionamento sobre a compatibilidade entre o conceito de mediação e a ideia de mediação judicial. Não seria a mediação um mecanismo essencialmente privado? É possível a implantação de uma mediação judicial sem que isto afete a sua essência? Qual a essência da mediação? são essas perguntas que se busca responder.

Daniela Monteiro Gabbay chama atenção para o caráter formal, apesar de resumido, dos métodos consensuais de solução de conflitos:

A esse propósito, cabe mencionar a posição de Marc Galanter, destacando a importância de se resistir à generalizada e, equivocada caracterização dos meios dos meios alternativos de solução de conflitos como mero informalismos. Em suas palavras¹, “ os mecanismos alternativos de solução de controvérsias não são informalismos, mas sim formalismos de forma breve (*short form formalism*), não são desprofissionalização, mas sim uma mudança na atuação dos profissionais².

¹ GABBAY. Daniela Monteiro. **Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. Dissertação em Direito. Faculdade de Direito da USP. São Paulo:2011, p.12.

² GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of Dispute Processing. Denver University Law Review, v.66, 1989. In: GABBAY. Daniela Monteiro. **Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. Dissertação em Direito. Faculdade de Direito da USP. São Paulo:2011, p.12.

Paralelamente, sabe-se que os equivalentes jurisdicionais tiveram o auge de suas discussões iniciadas em um contexto de crise do Poder Judiciário, de dificuldade de promover a efetividade da tutela jurisdicional e de intensa preocupação da comunidade jurídica na busca por uma solução para este dilema.

A mediação, neste contexto, aflora como uma possível alternativa de suporte à jurisdição tradicional, na busca pelo reequilíbrio e recuperação da mencionada crise. É, justamente, a partir desta realidade que se questiona até que ponto é possível encarar a mediação enquanto instrumento de controle das demandas judiciais, sem reduzir a sua real essência e seus escopos pacificadores.

Imperativa, portanto, a compreensão das razões pelas quais foi feita a opção pela institucionalização na mediação no Poder Judiciário, para que seja possível tecer uma dialética capaz de compreender se tal opção condiz com os interesses da sociedade e de que maneira ela pode e deve ser encarada na prática, de forma a proporcionar o maior número de benefícios possível.

CAPÍTULO I – MEDIAÇÃO: ASPECTOS INICIAIS E CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO

1. Um breve histórico da mediação no mundo

A mediação, enquanto meio alternativo de solução de conflitos, é técnica que emana de uma conjuntura sociopolítica responsável por despertar nos indivíduos uma nova forma de enxergar, avaliar e lidar com os conflitos do cotidiano. Isto porque, os conflitos constituem parte inerente das relações humanas de qualquer natureza, compondo as interações diárias dos mais diversos grupos sociais.

Naturalmente, diante deste contexto, as mais variadas sociedades selecionaram, ao longo da história, diferentes formas de lidar com tais desacordos. No vocábulo da Teoria Geral do Processo, o conflito surge no momento em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo (pretensão resistida).³

É neste contexto que, nas sociedades mais primitivas, surgiram diferentes formas de superar as divergências, diante da ausência de um Estado-juiz com força e capacidade de impor o direito sobre as vontades dos particulares.

A autotutela é a forma mais inicial de resolução de conflitos e sua base reside no binômio: 1) ausência de um terceiro, distinto das partes, para “dizer o direito” 2) sobreposição da vontade de uma das partes envolvidas na disputa em relação à outra.

Paralelamente à autotutela, no entanto, já se vislumbrava, neste momento histórico, a presença de métodos autocompositivos através dos quais uma, ou ambas as partes envolvidas no processo, cediam seus interesses, reciprocamente, na busca por uma solução comum.

Há, por exemplo, registros de que o início da mediação remete ao pensamento de Confúcio, que acreditava na busca pelo equilíbrio através da persecução da felicidade e da harmonia entre os homens⁴. O pensamento da civilização chinesa focava, portanto, na ideia de que o mais importante a ser construído era o equilíbrio social e, por esta razão, raras eram as penalidades e sanções aplicadas aos desvios

³ De Araújo Cintra, Antônio Carlos; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 26.

⁴ Miranda, Maria Bernadete. **Aspectos Relevantes da Mediação no Mundo e no Brasil**. Revista Virtual Direito Brasil: Volume 6, nº 2, 2012.

de conduta. Na realidade, o processo autocompositivo, baseado no pensamento de Confúcio, consistia na oitiva de todas as partes envolvidas e na busca de uma solução intermediária, capaz de atender o máximo possível de interesses envolvidos.

Nota-se, desta forma, que a mediação está presente desde o início da organização do ser humano em sociedade, inclusive porque, como será pontuado, é neste contexto que ela melhor se encaixa, diante do seu caráter pessoal, cuja eficácia é, significativamente, elevada quando utilizada entre indivíduos que possuem laços afetivos prévios ao surgimento do conflito.

1.1. Contexto da introdução da mediação no meio jurídico Brasileiro

No Brasil, a mediação começou a ocupar espaço de evidência na década de 90, quando se iniciou o seu uso na composição dos conflitos trabalhistas⁵, cuja experiência positiva resultou numa gradativa expansão da técnica às demais áreas do direito.

Assim, em termos de regulamentação no processo civil, já se observava, há algum tempo, a necessidade de demarcar os termos da prática da mediação no país, fazendo surgir a importantíssima resolução 125 do CNJ, pontapé inicial para a edição dos demais instrumentos legais sobre o assunto, a exemplo da Lei 13.140/2015 e do próprio Código de Processo Civil/2015.

Antes de adentrarmos na evolução dos diplomas legais que encaminharam a mediação brasileira ao patamar no qual se encontra hoje, é importante tecer algumas considerações sobre o contexto responsável por despertar o “boom” das discussões sobre os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil.

Sabe-se que um dos mais preocupantes dilemas do Poder Judiciário, nos últimos tempos, perpassa a dificuldade de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, diante da crescente e excessiva demanda judicial que sobrecarrega os tribunais e compromete a eficiência do judiciário na solução dos conflitos. Neste contexto, os métodos alternativos de solução de controvérsias – em especial a mediação e a conciliação – conquistaram espaço na esperança de que seriam capazes de apresentar, se não a solução, ao menos uma alternativa capaz de garantir o acesso à justiça.

⁵ O art. 11 da Lei 10.192/2001 já apresenta previsão de utilização da mediação promovida de forma preliminar, antes do ajuizamento do dissídio coletivo.

A Constituição Federal de 1988 salvaguarda em seu artigo 5º, XXXV, o direito do acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição quando preleciona:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito.

Depreende-se do princípio do acesso à justiça a concepção de universalidade do seu acesso, ou seja, a garantia de que todo e qualquer cidadão tem resguardado o direito à resolução do seu conflito por meio do judiciário⁶. Isto porque a garantia do acesso à justiça torna imprescindível a manutenção de um sistema judiciário através do qual o direito vigente será aplicado por um terceiro imparcial e alheio às partes e à questão discutida, por um juiz.

Isto não retira, absolutamente, a importância do princípio em análise. Não há controvérsias quanto ao papel protagonista que este desempenha para a garantia da justiça social, do equilíbrio das desigualdades e até mesmo da conscientização da população sobre os direitos que lhes são próprios. O que deve ser observado, no entanto, é que, a compreensão do acesso à justiça enquanto mera garantia de recurso ao judiciário é também fruto de uma cultura centrada na litigância judicial, de uma sociedade da sentença. Na realidade, o princípio do acesso à justiça deve ser compreendido no sentido do acesso à ordem jurídica justa (dentro ou fora do judiciário).

A ideia que, ainda hoje, permeia o inconsciente coletivo é a de que o judiciário, ainda é, a única forma de garantir a efetividade dos direitos sociais e individuais, mesmo diante de um momento histórico de amplo e vasto acesso à informação.

Diante de tal conjuntura, é possível observar um processo de retroalimentação da cultura do conflito, através do qual, conseqüentemente, cresce o número de processos sob as togas do tribunais, que começam a enxergar na medida de suas próprias limitações. Para Adolfo Braga Neto:

A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado. Decisão esta muitas vezes restrita à aplicação pura e simples de previsão legal, o que explica o vasto universo de normas no ordenamento jurídico

⁶ MERLO, Ana Karina França. **Mediação, Conciliação e Celeridade Processual**. Disponível em : <<https://www.diritto.it/mediacao-conciliacao-e-celeridade-processual/>>. Acesso em: 12/10/2017.

nacional, que buscam pelo menos amenizar a ansiedade do cidadão brasileiro em ver aplicada regras mínimas para regulação da sociedade.

É neste contexto que emergem as discussões sobre as técnicas alternativas de resolução de conflitos, dentre as quais figuram a mediação e a conciliação.

As experiências apresentadas pelos estudiosos e profissionais estrangeiros, que ministravam simpósios e palestras no Brasil, traziam as maravilhas que, de fato, acompanham a mediação e toda a sua proposta de atuação. Os métodos consensuais de resolução de litígios eram apresentados como as grandes soluções para o assoberbamento do judiciário e a mais viável saída para o desafogar os tribunais, que tanto sofrem com as incontáveis demandas.

São voluptuosas as referências à mediação como forma “alternativa” de atender as demandas judiciais de maneira mais dinâmica e célere que os meios processuais tradicionais. É com base neste ponto de partida que se critica a utilização do termo “meios *alternativos* de resolução de conflitos”.

O questionamento reside, na realidade, no emprego da termo “alternativo”. Isto porque, tal vocábulo denota a ocorrência de substituição e subsidiariedade, que não é o que se pretende neste contexto. Na realidade, a mediação é apenas uma outra forma de resolver determinados tipos de conflitos, não se trata de método melhor, ou pior, preferencial ou subsidiário quando comparado ao judicial. Neste sentido, afirma a portuguesa Cátia Marques Cebola⁷:

Não obstante a defesa destes meios ter assumido nos EUA cariz de movimento, sob a designação de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), preferimos denominar estes mecanismos de meios extrajudiciais de resolução de conflitos e não de meios “alternativos”, rejeitando-se qualquer ensaio de substituição ou eliminação dos métodos judiciais tradicionais. Acompanhamos, assim, Carl Moore considerando que as verdadeiras razões de sucesso destes meios assentam nas suas vantagens na resolução de certos problemas jurídicos, constituindo cada vez mais os mecanismos adequados para a solução de determinado tipo de litigância, mas que não visam anular o sistema judicial e que deverão ser apresentados às partes como opcionais e não obrigatórios.

Diante da crescente tendência em direção à judicialização da mediação, no entanto, o termo utilizado pela professora carece, ainda, de precisão técnica, pelo que o próprio Manual de Mediação Judicial do CNJ sugere o emprego do termo

⁷ CEBOLA, Cátia Marques. **A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do novo regime jurídico**. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31632&idsc=112472&ida=112747>. Acesso em: 15/10/2017.

“Resolução Adequada de Disputas” como sendo o mais conveniente para fazer referência à mediação e à conciliação, na medida em que engloba as situações nas quais a mediação é, verdadeiramente, adequada, seja através da mediação judicial, ou extrajudicial .

1.2. Breve evolução Legislativa sobre o tema

A primeira vez que se falou em mediação enquanto proposta de regulamentação foi com o Projeto de Lei nº 4.827/98 de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, cuja intenção era a de promover a sua institucionalização.

No ano de 1999, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) formou uma comissão centrada na elaboração de um anteprojeto de lei de mediação dentro do processo civil, fomentando, ainda mais, as discussões sobre o tema. O Projeto de Lei foi encaminhado ao senado, recebendo o número PLC nº 94/2002.

Em 2004, no entanto, com a edição da Emenda Constitucional nº45/2004, algumas alterações precisaram ser realizadas para que o texto, já produzido, permanecesse conforme os ditames da Constituição.

Apesar da qualidade técnico-jurídica, o texto ficou esquecido nos anos subsequentes. Foi apenas em 2009 que o tema mediação voltou a ser discutido, concomitantemente à convocação da comissão de juristas responsável pela redação do Novo Código de Processo Civil.

Após extensas discussões junto à comunidade acadêmica e à sociedade civil, o texto do NCPC foi sancionado em março de 2015, seguido pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), sancionada em junho do mesmo ano.

Estes dois diplomas normativos são, portanto, responsáveis por guiar e regulamentar a mediação no ordenamento jurídico brasileiro. Os textos trazem, não apenas a definição, mas o modo de implementação da prática judicial e extrajudicial, na tentativa de introduzir a mediação no inconsciente dos indivíduos em conflito e dos próprios profissionais do direito.

CAPÍTULO II – MEDIAÇÃO E PROCESSO: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

2. Processo Judicial e Processo de Mediação: uma relação harmoniosa?

Entende-se por processo a atuação do Estado, no desempenho de sua função jurisdicional, por meio de normas e regras preestabelecidas. Trata-se de uma verdadeira conjunção de atos, poderes, deveres e ônus que impulsionam a atividade jurisdicional em prol da resolução dos conflitos no bojo da estrutura estatal. Do ponto de vista da sua finalidade jurídica, o processo é, portanto, um meio capaz de efetivar a aplicação do direito material:

O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.⁸

É justamente por ser meio, que uma das principais características do processo judicial reside na sua instrumentalidade, na medida em que é, em última instância, um serviço, um instrumento em busca da paz social. E neste ponto reside a sua justa comparação com a mediação.

O entendimento doutrinário não é unânime quanto à conveniência de adotar-se uma expansão da compreensão metodológica do processo. Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o processo transcende o direito processual, uma vez que representa, na realidade, um instrumento para o exercício do poder (seja ele estatal, ou não).

Para Barbosa Moreira, por outro lado, a delimitação conceitual do processo possui seus atrativos, pois nem toda relação de poder, ou procedimento conduzido com base no contraditório, interessa, de fato, ao direito processual.

Em que pese os posicionamentos antagônicos dos doutrinadores, admitir a natureza processual da mediação traz, sim, benefícios.

⁸ De Araújo Cintra, Antônio Carlos; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 46

Compreender a mediação enquanto processo, método de trabalho regido por princípios, com a participação de um terceiro facilitador - que possui função, papel e atribuições específicos - permite considerar, comparar e analisar elementos desta e do processo judicial.

É a partir deste paradigma que urge uma concepção de jurisdição baseada na inclusão dos meios autocompositivos de solução de conflitos, afinal, ambas as formas de solução de controvérsias possuem escopo magno comum: a pacificação com justiça.

Assim, entendendo o processo como método de trabalho é possível notar uma série de características e elementos da mediação e compará-los com o processo judicial. Na mediação as partes são as protagonistas do processo decisório, sendo apenas intermediadas e amparadas pelo mediador, na qualidade de terceiro facilitador. A lógica da mediação implica a inexistência do dualismo vencedores x vencidos, que dá lugar ao procedimento *win-win*, na medida em que as soluções às quais se pretende chegar devem ser favoráveis a ambas as partes através de um processo dialógico e participativo.

Além disso, o processo de mediação pressupõe um procedimento mais flexível, fruto justamente da liberdade concedida às partes integrantes do conflito, na construção de uma solução que, diferentemente do que ocorre com o processo judicial, não está necessariamente pronta, pré-concebida e emoldurada. A mediação permite a atividade criativa dos agentes nela envolvidos na busca de uma solução que contemple ambos os interesses em conflito.

Desta forma, um dos principais atributos da mediação é também o motivo pelo qual considerá-la processo pode ser potencialmente problemático. A flexibilidade é qualidade inerente à mediação. É importante perceber que, apesar de a mediação possuir status de processo, esta não se confunde com o processo judicial. Não se confunde, justamente, pela concepção de processo adotada: a de instrumento de controle de poder jurisdicional do Estado (dentro ou fora de sua estrutura).

Dizer que a mediação exige uma considerável margem de flexibilidade, no entanto, não implica afirmar que estão ausentes quaisquer procedimentos mínimos a serem seguidos. Na sua qualidade processual, a mediação possui um devido processo legal mínimo, pelo qual se deve assegurar o contraditório, a igualdade material entre as partes e a autonomia da vontade, por exemplo.

Sobre este ato de introduzir os meios, tradicionalmente, extrajudiciais de resolução de conflitos na Teoria Geral do Processo, Richard Reuben defende uma nova teoria como opção ao modelo dicotômico tradicional (que divide a solução de conflitos entre público e privado). Para o autor, a teoria unitária serve melhor à nova realidade, uma vez que, através dela passa-se a reconhecer a influência estatal sobre os meios alternativos de solução dos conflitos, demandando a submissão a um devido processo legal mínimo.⁹

O norte americano destaca ainda a existência de três formas diferentes para as partes recorrerem aos mecanismos alternativos de solução de conflitos: pela escolha livre, por estipulação normativa ou por determinação judicial. Neste sentido, o autor considera que quanto mais atrelado ao Poder Judiciário, mais evidentes são os perigos de sua redução a um instrumento judicial. Por outro lado, quanto mais comunitária a prática, maior a preservação da sua identidade e essência.¹⁰

Mas, como dito acima, o devido processo legal, neste caso, é mínimo. Mínimo porque deve respeitar o instituto, seu escopo e sua intenção. Deve respeitar seu espírito. É nesta linha limítrofe que se desenrola a problemática discutida por este trabalho: em que medida a regulamentação da mediação pela legislação brasileira respeita os limites do instituto? Até que ponto a regulamentação exercida não a descaracteriza, corrompe a sua finalidade?

2.1. Conceito de Mediação

A mediação pode ser compreendida como uma negociação facilitada por um terceiro imparcial. O que acontece no processo de mediação é a construção de um ambiente acolhedor no qual, através da técnica empregada pelo mediador, as partes constroem e desenvolvem um caminho de auto compreensão dos sentimentos e, conseqüentemente, dos interesses que envolvem o conflito.

La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden voluntariamente evitar el sometimiento a un largo proceso judicial -con el desgaste económico y emocional que éste conlleva- pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial.

⁹ REUBEN. **Constitucional Gravity: na Unitary Theory**. In: GABBAY. Daniela Monteiro. **Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. Dissertação em Direito. Faculdade de Direito da USP. São Paulo:2011, p.36.

¹⁰ GABBAY. Daniela Monteiro. Ob. Cit. p.13-14.

Plantea la resolución en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual o dos ganan, cambiando las actitudes que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse 'perdedor' al tener que cumplir lo decidido por juez.¹¹

Desta forma, entendendo as raízes da disputa e o que dela se espera, os envolvidos habilitam-se a desenvolver o protagonismo inerente ao processo de mediação, encaminhando as discussões a uma etapa de construção de soluções coletivas e consensuais. Pode-se dizer, assim, que a mediação é a intervenção de um terceiro desprovido de poder de decisão, responsável por auxiliar as partes a alcançar uma solução duplamente favorável.

Importante perceber que, na mediação, está inserida também a negociação, já que esta, enquanto diálogo aberto e direto entre as partes, é condição indispensável do processo. A mediação é, assim, uma negociação com a presença de um terceiro conhecedor de técnicas e procedimentos aptos a ajudar os envolvidos a atingir seus objetivos.¹²

Considerando que os meios autocompositivos integram uma das mais anciãs formas de resolver conflitos, a mediação também se manifesta em caráter informal, nas mais variadas situações do cotidiano, através da intervenção de amigos, líderes religiosos e familiares. Neste contexto, os métodos utilizados, são baseados no senso comum e de caráter intuitivo, com a utilização das experiências de vida individuais daquele que exerce o papel de mediador.

Paralelamente, a mediação, na qualidade de mecanismo formal, tem alcançado, cada vez mais espaço, desenvolvendo-se enquanto técnica estruturada, específica e aplicada por um conjunto interdisciplinar de ciências que a enxerga com grande potencial transformador.

¹¹ A mediação é um procedimento não adversarial no qual um terceiro neutro ajuda as partes a negociar para atingir um resultado que contemple ambos. Constitui um esforço estruturado para facilitar a comunicação entre as partes contrárias, através do qual elas podem, voluntariamente, evitar um longo processo judicial – e todo o desgaste econômico e emocional por ele gerado- podendo acordar uma solução para o problema de uma forma rápida, econômica e cordial. Semeia uma solução em termos de cooperação com enfoque de futuro e com um resultado no qual ambas as partes ganham, mudando o ponto de vista adotado no litígio, no qual a postura é antagônica, onde uma parte ganha e a outra perde. Na mediação, ambas as partes são ganhadoras uma vez que se atinge uma solução consensuada e não existe o ressentimento de sentir-se “perdedor” ao ter que cumprir a decisão de um juiz. HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 122. Tradução livre.

¹² CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. Brasília: 2015, p. 111.

Quanto a sua aplicação, a mediação é melhor aproveitada e mais eficaz se utilizada em situações nas quais as partes possuem uma relação duradoura, e não meramente pontual. Isto porque, na mediação, as partes são responsáveis pela solução do conflito, cabendo-lhes alcançá-la de forma a preservar e restaurar os laços existentes.

Recomenda-se a mediação quando as partes têm uma relação que se perpetua no tempo, pois o que se quer, neste caso, é terminar com o conflito, mas não com a relação, em que a solução heterocompositiva tornar-se-ia uma solução arriscada. Na mediação as partes conservam para si o controle sobre o resultado do conflito e compartilham a responsabilidade por sua existência e solução.¹³

Da mesma forma, não se recomenda o procedimento, quando diante da existência de hierarquia entre os envolvidos. Nesta situação, a jurisdição estatal é o meio mais adequado, dada a necessidade de adequação da igualdade material entre as partes para, a partir daí, ser possível alcançar a solução mais adequada.

De todo o exposto extrai-se que a mediação é, a participação de terceiro imparcial na negociação, objetivando uma autocomposição que considera e respeita as relações interpessoais preexistentes e todas as suas vicissitudes.

2.2. A essência da mediação

Não há unanimidade doutrinária quando o assunto é o escopo principal da mediação. Os estudiosos dividem-se e desdobram-se em classificações e construções teóricas na busca pela categorização das suas funções. Existem, portanto, diversos modelos de mediação que, via de regra, dividem-se em dois grandes grupos: a mediação focada no acordo e a mediação focada na relação.

A mediação focada no acordo é chamada de mediação satisfativa, ou conciliação. Neste modelo, como o próprio nome sugere, prioriza-se o problema em concreto e foca-se no alcance e na formalização do acordo.¹⁴

Por outro lado, a mediação focada na relação é também denominada de modelo circular- narrativo, ou modelo transformativo e busca alcançar uma verdadeira revolução na forma de gerenciar e tratar os conflitos.

¹³ CALMON, Petronio, Ob. cit. p.114.

¹⁴ DE VASCONCELOS. Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p.36.

Os modelos transformativos intencionam mudar as relações dos envolvidos, facilitar e aprimorar a comunicação e estimular o reconhecimento. Na realidade, a verdadeira mediação circular- narrativa possui um forte caráter educacional, na medida em que busca transformar e reeducar os indivíduos a respeito de suas posturas em situações de conflito.

No Brasil, onde se faz a distinção conceitual entre mediação e conciliação, utiliza-se o termo conciliação quando a intenção é fazer referência à mediação satisfativa e o termo mediação (propriamente dita) quando o objetivo é tratar do modelo de mediação transformativa.

Feitas tais considerações, cumpre observar, portanto, que a essência da mediação, como a compreendemos, não reside, de forma alguma, meramente no acordo final. A solução consensual é consequência e não requisito do processo de mediação, tão pouco a sua finalidade principal.

A mediação enquanto modelo transformativo visa impactar as vidas e as relações das pessoas, preservar e restaurar os vínculos e reestabelecer os laços de afeto fragilizados. É, justamente, em razão destas características que a mediação possui um procedimento mínimo e flexível, capaz de se adaptar a cada conflito. Assim sendo, ainda que as sessões de mediação não resultem em acordo, isto de nenhuma forma significa o seu fracasso e, muito menos, a ineficácia do método.

Ainda que a mediação se faça em nome do acordo, este não é o único objetivo. A função da mediação é educativa, importa sobretudo que as partes transformem o conflito e se transformem.¹⁵

Vale, ainda, ressaltar que, além das vantagens práticas, próprias da mediação, também os fatores políticos - no que tange a integração da sociedade civil nas deliberações sobre os conflitos que surgem no âmbito de seus relacionamentos - devem ser considerados como pontos positivos.

Considerando que a participação social é um dos escopos do processo, ainda distante de ser plenamente atingido, torna-se claro que ao serem oferecidas diversas alternativas à solução de conflitos, amplia-se a possibilidade de participação social no sistema de decisões.¹⁶

¹⁵ SALES, Lídia Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 83

¹⁶ CALMON, Petronio, Ob, cit. p.117.

É neste sentido que se aponta a natureza eminentemente privada da mediação. Mas não privada no aspecto meramente econômico do termo. Privada porque livre e independente da intervenção do Estado. Ela consiste, ou deveria consistir, em uma opção diferenciada a ser oferecida ao cidadão que não intenciona recorrer à proteção do Estado para dirimir um conflito.

Outra interessante particularidade do instituto, que facilita a percepção sobre a mudança que ele propõe promover, reside na desnecessidade de fixar uma posição prévia. Explica-se: no processo judicial existe a exigência da formulação de um pedido concreto e delineado, através do qual é estabelecida a lide. Tal requisito atua como óbice ao alcance de uma posterior autocomposição pois qualquer decisão diferenciada daquela expressa pelo pedido significaria, para a parte envolvida, uma derrota.

Na mediação, por outro lado, não se faz necessária a fixação de uma posição prévia, muito menos de um pedido. A proposta aqui é, mais do que fixar posições específicas, compreender os interesses e os anseios dos envolvidos e estimular o diálogo construtivo, livrando as partes do apego às ideias fixas. Desta forma, a mediação é focada na revelação de problemas e dificuldades, de modo que a solução, quando e se alcançada, é vista como fruto do esforço e da construção conjunta, e não da derrota de uma das partes em detrimento dos interesses da outra.

O escopo magno da mediação integra, portanto, a utilização das técnicas desenvolvidas, de forma prática e sensível, para direcionar os mediados à reflexão sobre os seus verdadeiros interesses, sentimentos e intenções.¹⁷

Em outras palavras, a finalidade da mediação é resolver a lide sociológica, ou seja, o relacionamento como um todo, proporcionando a possibilidade de continuidade pacífica da relação; o método utilizado exalta a participação dos envolvidos; e a mediação não se vincula ao Poder Judiciário ou a qualquer outro ente estatal. Para uma mediação exitosa, faz-se mister estar motivado a participar, fazer-se responsável por si mesmo, estar disposto a discordar e estar disposto a concordar.¹⁸
(grifei)

2.3. Princípios da mediação

¹⁷ DE VASCONCELOS. Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p.38.

¹⁸ CALMON, Petronio, Ob, cit. p.118.

Semelhante a qualquer outro instituto, a mediação possui as suas características, princípios, fundamentos e estes são essenciais a sua compreensão e à discussão ora proposta, na medida em que representam a base de toda a intenção que permeia esta forma de resolver controvérsias.

Os princípios constituem normas e valores irrenunciáveis de qualquer instituto, são os mandamentos nucleares norteadores de um sistema. Assim sendo, essencial compreender os princípios que norteiam a mediação.

Considerada a proposta deste trabalho de discutir se, ou de que maneira, a posituação da mediação, no ordenamento jurídico brasileiro, interfere ou afronta os seus escopos e princípios, cumpre analisar, previamente, o significado de cada um deles para tecer, posteriores, críticas e considerações à forma que têm sido aplicados no contexto nacional.

A Lei 13.140/2015 e o Código de Processo civil trazem, respectivamente, em seus artigos 166, caput e art. 2º os princípios que regem a mediação, os quais serão sistematicamente comentados a seguir.

2.3.1. Princípio da autonomia da vontade

É o princípio que garante às partes a participação no procedimento de mediação de forma livre, voluntária e se encontra disposto no art. 166 do CPC:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

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

O art. 2º, V da Lei 13.140/2015 ainda a este respeito:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:
V - autonomia da vontade das partes;

Na mediação, o facilitador (mediador) não oferece às partes a solução do conflito, mas possibilita aos envolvidos a construção de uma saída conjunta. Portanto, o princípio da autonomia da vontade surge para assegurar que a vontade das partes seja levada a cabo em todas as etapas do processo.

Importante perceber que, sem o respeito ao princípio da voluntariedade, o procedimento de mediação não apenas não se prolonga, mas sequer se inicia. Isto porque, é através dele que se garante às partes o recurso, totalmente voluntário, ao método: as partes mediadas devem desejar ingressar e permanecer no procedimento.

A autonomia da vontade contempla, ainda, outros horizontes, para além da opção pela mediação. Pode-se falar, por exemplo, que está presente no processo de escolha de um mediador para o conflito, o qual deve ser realizado por ambas as partes de forma consensual.

A importância deste princípio reside na sua relação direta com o escopo pacificador e restaurador das relações em conflito. Não cabe, aqui, a imposição do procedimento de mediação às partes. Tal conduta é incompatível com a essência da mediação.

2.3.2. Princípio da imparcialidade do mediador

A resolução nº 125 do CNJ, em conjunto com o art. 5º da Lei 13.140/2015 e o art. 170 do Código de Processo Civil, asseguram a exigência da imparcialidade do mediador em relação às partes e à controvérsia discutida:

Art. 1º, anexo III, da Resolução Nº 125, CNJ- São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Lei 13.140/2015. Art. 5º. Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Parágrafo único. 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.

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

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

A imparcialidade do mediador foi introduzida, na qualidade de princípio, no ordenamento jurídico brasileiro, na intenção de assegurar às partes mediadas a maior lisura possível no decorrer do processo de mediação, evitando situações de favorecimento e concessão de benesses em detrimento da busca pelo ideal de solução adequada.

Trata-se de exigência equivalente a que se espera de um juiz, o qual deve adotar posicionamento equidistante em relação aos envolvidos, inclusive sendo delineadas situações de suspeição e impedimento da sua atuação. A imparcialidade requer, tanto do magistrado, quanto do mediador, um determinado distanciamento em relação ao processo, de forma a garantir a manutenção do seu equilíbrio.¹⁹

2.3.3. Princípio da confidencialidade

A confidencialidade permite às partes a construção de um ambiente propício à discussão das questões que vão além da disputa em si. Sabe-se que a mediação tem como escopo não apenas a busca pela solução das controvérsias através do consenso, mas também a restauração dos laços afetivos e do relacionamento existente entre as partes conflitantes.

Para alcançar este, que é um dos elementos de sua essência, faz-se fundamental o respeito ao princípio da confidencialidade. Através dele, crescem as chances das sessões de mediação se desenvolverem de forma mais aberta e verdadeira, favorecendo a construção de soluções que contemplem, de fato, os interesses das partes.

A confidencialidade está prevista no artigo 166 do CPC, quando este menciona que:

Art. 166, do CPC. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 30-31.

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

Quanto ao alcance, a confidencialidade contempla todas as etapas da mediação, assegurando aos envolvidos a preservação do sigilo sobre tudo aquilo que for discutido durante cada fase do procedimento. Esta premissa vale, inclusive, para os *caucus* (sessões individuais). Por esse motivo, o mediador deve pedir autorização da parte para compartilhar quaisquer das informações discutidas com a parte contrária.

Além disso, o presente princípio deve ser aplicado ao próprio processo, na medida em que garante a discricção sobre a sua existência: a confidencialidade contempla a não divulgação, a terceiros, da existência de um procedimento de mediação entre as partes.

Em que pese a ressalva de que não existe hierarquia entre princípios, a confidencialidade ocupa papel de destaque na medida em que se relaciona com o escopo fundamental de reatar relações. A mediação é meio de solução de controvérsias utilizado para resolver conflitos essencialmente privados, nos quais estão presentes laços e relacionamentos anteriores ao conflito posto. Desta forma, diferentemente do processo judicial, guarda em si a necessidade da preservação da privacidade e das informações discutidas durante as sessões.

2.3.4 Princípio da informalidade

Art. 166, CPC. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Art. 2º, Lei 13.140/2015. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...] IV - informalidade; [...]

Do princípio da informalidade depreende-se o caráter flexível da mediação. Isto significa dizer que, excetuado o devido processo legal mínimo, o procedimento não está vinculado a uma forma fixa e preestabelecida.

Na mediação, é possível que a duração do processo seja variável, a depender apenas das nuances e da complexidade de cada caso. Não se pode falar, neste tipo de procedimento, em vinculação a ritos complexos e rígidos.

Tal característica está, naturalmente, ligada ao princípio da autonomia da vontade, que permite às partes compactuar sobre os moldes em que ocorrerá o procedimento, sendo completamente autônomas suas decisões a este respeito.

A mínima formatação ou vinculação a exigências de natureza formal potencializa a possibilidade de construção de decisões mais criativas e adequadas aos ditames da controvérsia em exame. Em se tratando de um processo autocompositivo, o excesso de formalismos fatalmente cercearia o mediador em sua liberdade de conduzir o conflito em observância aos interesses, às necessidades e às possibilidades do caso concreto.²⁰

Reconhecer a informalidade enquanto princípio não significa sustentar a ausência de uma sistemática, de uma organização ou de parâmetros a serem seguidos. A mediação é um mecanismo e, como tal, possui seus métodos. A informalidade, na realidade, remete à simplicidade do procedimento e não à inexistência de parâmetros técnicos.

2.3.5. Princípio da Consensualidade

A tarefa mais desafiadora do mediador encontra-se, não na solução do conflito, mas na compreensão de todas as suas dimensões. O mediador tem a função de identificar os interesses explícitos e implícitos - muitas vezes desconhecidos pelas próprias partes- e facilitar o diálogo de forma a buscar uma solução criativa e adequada.

Observa-se, assim, que não existe solução, dentro da mediação, se esta não for alcançada através do consenso. O acordo consensual é compromisso de todos aqueles envolvidos no processo de mediação. Aos mediados cabe a responsabilidade de formular acordos mutuamente benéficos, enquanto ao mediador cabe certificar-se de que aquela solução foi alcançada de forma balanceada e contemplando ambos os interesses.

²⁰ SANTOS. Ricardo Goretti. **Acesso à Justiça e Mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos**. Dissertação (dissertação em direito) - Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, p. 129. 2008.

Desta maneira pode-se dizer que muito dificilmente se alcançará um acordo, verdadeiramente consensual, na ausência de um mediador habilitado a identificar todos os interesses e todas as complexidades particulares de cada conflito. Apenas através desta compreensão, é possível estimular e facilitar um diálogo verdadeiro e restaurador, capaz de gerar uma solução, de fato adequada e baseada no princípio da consensualidade.

2.3.6. Princípio da Isonomia

A isonomia está relacionada à imparcialidade e trata-se da garantia de que os mediados serão tratados de maneira igualitária, sem favoritismos ou outras espécies de distinções. O princípio já se encontra sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro sendo contemplado inclusive pelo art. 5º, *caput* e inciso I e art. 37, *caput*, da Constituição Federal/88.

Para além do texto constitucional, a legislação específica tratou de positivizar o princípio, destacando-o no procedimento de mediação. Neste sentido determina o art. 2º da Lei 13.140/2015:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:
II - isonomia entre as partes;

Durante as sessões de mediação, deve ser proporcionado às partes o protagonismo, entretanto, este deve ser exercido mutuamente, sem a sobreposição da vontade de um em detrimento da do outro. Assim, os mediados devem ter uma proporcional oportunidade de expressar seus interesses, medos e anseios, sem privilégios e com o máximo de transparência e isonomia.

2.3.7. Princípio da independência

A independência é prevista pelo art. 144, §4º do CPC e pode ser compreendida sobre dois espectros: do mediador e dos mediados.

as partes têm a faculdade, o direito e o poder de definir suas questões, necessidades e soluções e determinar o resultado do processo da mediação, sendo responsabilidade das partes decidirem mutuamente os termos de qualquer acordo que seja celebrado

No que diz respeito às partes, o princípio da independência é também denominado princípio da autoridade dos mediados e se refere ao protagonismo dos mediados, os quais têm o poder e a faculdade de definir e resolver as questões, atingindo, ou não a um acordo a ser celebrado.

Através do princípio da independência, os mediados são estimulados a exercer o poder de autodeterminação, possibilitando um conhecimento amplo do conflito e, conseqüentemente, a autocomposição. Nestas circunstâncias, os acordos atingidos pelas partes têm maior probabilidade de ter seu cumprimento efetivado, uma vez que foi construído pelos próprios envolvidos, no exercício de sua independência.

Sob o ângulo do mediador, por outro lado, a independência garante o exercício da função sem a interferência de quaisquer fatores externos. Ainda que a função do mediador seja a de facilitar o entendimento entre partes e não a de solucionar o conflito, esta deve ser desempenhada de forma independente, sendo, inclusive, facultada a possibilidade de recusa, suspensão ou interrupção do procedimento de mediação, caso o mediador considere que tal princípio foi desrespeitado.

2.3.8. Princípio da boa fé

O princípio da boa-fé, já muito caro ao Direito, especialmente no que diz respeito às relações obrigacionais, estabelece que cabe aos indivíduos, nas relações jurídicas, adotarem comportamentos baseados na confiança de uma conduta honesta, leal e correta.²¹

Na lei 13.140/2015 a positivação da boa-fé enquanto princípio da mediação encontra-se no art. 2º, VIII.

Reconhece-se que, também aqui, é importante que os envolvidos atuem com probidade, ética, lealdade e confiança, como forma de construir interações justas, mesmo nos momentos de conflito. Para Menezes Cordeiro, a boa-fé desencadeia três deveres específicos: o dever de evitar causar prejuízos de qualquer ordem à outra parte, o dever de informarem-se mutuamente sobre fatos e circunstâncias pertinentes e importantes à autocomposição do conflito e o dever de agir com lealdade.

Na mediação a boa-fé é essencial, uma vez que o objetivo é trabalhar o conflito da forma mais direta e madura possível, na busca por uma solução adequada. Não

²¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77-79

cabe, neste procedimento, o recurso a meios escusos, desleais e egoístas para alcançar o seu interesse particular. As partes que optaram, livremente, com base no princípio da autonomia da vontade, pelo processo de mediação, devem estar dispostas a cooperar e construir um diálogo baseado na confiança e na troca verdadeira e construtiva.

2.3.9. Princípio da oralidade

A oralidade é princípio inerente à mediação e, por isso é assegurada pelo artigo 166 d CPC e pelo art. 2º, III da Lei 13.140/2015.

Trata-se de decorrência evidente do princípio da informalidade e da própria confidencialidade. Desta forma, não resultaria coerente com os demais princípios do instituto, reduzir a termo as declarações prestadas durante o procedimento, pelo que se reconhece sua natureza, genuinamente, oral.

No caso de atingir-se um acordo, este sim, poderá ser reduzido a termo, no molde final decidido pelas partes e condizente com tudo o que foi pactuado de forma consensual. No entanto, não é necessário, nem cabível na mediação, o registro de toda e qualquer declaração realizada em seu decurso, devendo ser respeitado o requisito da oralidade em cada uma das suas etapas.

CAPÍTULO III – A MEDIAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA

3. A resolução 125 do CNJ

A resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça surgiu com o objetivo de implantar uma política de tratamento dos conflitos capaz de garantir a sua solução através dos meios adequados a cada situação concreta. É isto que diz o seu artigo primeiro:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da

solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

De antemão, convém mencionar que a Resolução apresenta diversos aspectos positivos no incentivo a uma proposta de mudança cultural, na forma de ver e encarar a solução de controvérsias e as próprias práticas dos meios adequados de solução de conflitos. Antes da edição da norma, a mediação, a conciliação e a até mesmo a arbitragem eram encaradas e desempenhadas de forma ainda muito inicial e localizada.

A Resolução nº 125 do CNJ impôs a criação dos chamados “núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos e centros judiciários de solução de conflitos e cidadania”, o que gerou um burburinho no meio jurídico, dada a surpresa e inovação trazidas pelo dispositivo.

Em se tratando da visão de acesso à justiça trazida pelo ato normativo, são notáveis o avanço e a modernidade do conceito adotado:

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa.

Trata-se do maior acerto da Resolução e da mais contemporânea interpretação do princípio do acesso à justiça. A resolução acolheu a compreensão do acesso à justiça enquanto direito à ordem justiça justa, ou melhor dizendo, à justiça na qualidade de valor social, logo, enquanto substantivo abstrato. A correta interpretação deste princípio processual constitucional incorre na interpretação extensiva do termo justiça, que deve ser compreendido muito além da mera estrutura judiciária, do simples processo judicial.

A Resolução 125, no entanto, considera pouco interpretar “acesso à justiça” como simples acesso ao Poder Judiciário, como simples acesso ao processo judicial, como simples e provável acesso a uma sentença judicial, como simples e provável acesso ao cumprimento de tal sentença. A tudo isso a Resolução 124 trata com “vertente formal perante os órgãos judiciários”. Para a Resolução, o que vale é o acesso à ordem jurídica justa. Eu simplificaria, diria apenas “acesso à justiça, pondo jotinha bem minúsculo para revelar que não estou tratando de um órgão público, mas sim de um valor humano, de um valor social.”²²

²² CALMON, Petronio, Ob, cit. p.129.

Entretanto, em que pese e faça-se registrar o caráter inovador, no contexto nacional, da referida Resolução, é importante destacar também que, em alguns aspectos, ela deixa a desejar e revela uma verdadeira incompreensão da importância social da mediação em um contexto que transcende a mera busca pela solução dos conflitos no ponto de vista da pura e simples lide jurídica.

Pontuado o primeiro e principal acerto da Resolução, passa-se a analisar os seus equívocos, revelando a verdadeira preocupação do CNJ com a sua edição: o combate à inflação processual.

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação. (grifei)²³

Os equívocos da Resolução são observados nos excertos que tratam da necessidade da implantação de uma política pública que incentive os meios adequados de tratamento de conflitos de interesse, atribuindo tal papel ao Poder Judiciário. É importante destacar o perigo de interpretar o mencionado dispositivo de forma a atribuir a responsabilidade sobre os meios adequados de solução de conflitos quase que, exclusivamente, ao judiciário.

A política pública em questão não é e nem deve ser compreendida enquanto monopólio de quaisquer órgãos de qualquer Poder da República conquanto representa responsabilidade de toda a nação.

A mediação, conforme já mencionado, possui escopos, objetivos intermediários e modalidades diversas e complexas, que possuem caráter incompatível com o ambiente judicial. Isto não significa que ao judiciário não cabe o estímulo e o incentivo às práticas autocompositivas, muito pelo contrário, apesar de não ser sensato deter o monopólio, o Poder Judiciário possui papel indispensável na construção de uma cultura de paz, devendo fazer parte da implantação e do desenvolvimento da política pública que se propõe a introduzir tal mudança de paradigmas.

Assim, o Poder Judiciário pode, sem nenhuma mácula, promover a conciliação, enquanto mecanismo objetivo e focado no acordo, de forma complementar a sua

²³ BRASIL. Resolução nº 125 de 29/11/2010 CNJ. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

principal tarefa de julgar. A mediação, contudo, é atividade que não condiz com o ambiente judicial, uma vez que o seu caráter extrajudicial é, exatamente, um dos elementos de sua essência.

A mediação é tarefa que deve ser incluída no cotidiano da sociedade enquanto prática eficaz, suficiente e adequada. É uma atividade complexa, especializada. É importante compreender que a judicialização é caminho diametralmente oposto à mediação. A mediação visa evitar a judicialização enquanto forma de resolver conflitos através da demonstração de que é meio muito mais eficaz para determinados tipos de controvérsias.

O principal equívoco da lógica que permeia toda a resolução e o próprio Judiciário, atualmente, é tratar a mediação enquanto mero instrumento para diminuição dos processos judiciais. Este é o vício do raciocínio que se encontra nas decisões judiciais e nas próprias manifestações dos membros do judiciário que se referem à mediação como solução instantânea e milagrosa para a crise do judiciário e para a inflação processual. A este respeito, comenta Petronio Calmon:

O principal pecado, repita-se, é que o Judiciário e o CNJ tomam os meios alternativos como instrumentos de deflação, ou seja, como solução para a diminuição dos conflitos judicializados, o que vicia qualquer raciocínio e diminui consideravelmente a importância desses maravilhosos instrumentos. Conforme salientado neste livro, a mediação não é boa porque a Justiça não funciona bem, a mediação é boa em si mesma, porque é um mecanismo de incentivo à autocomposição, recomendada para certos tipos de conflito como o melhor meio de solução. A mediação é um meio adequado, muito mais do que alternativo.²⁴

A mediação é mecanismo essencialmente privado, mas privado em acepção que transcende a econômica. Privado porque independente do Estado enquanto principal responsável pela promoção e execução do procedimento; privado porque confere às partes o protagonismo de desempenhar a atividade fora da estrutura judicial do Estado, sendo esta, inclusive, uma das suas principais vantagens.

Em que pese as discordâncias, a moderna acepção de acesso à justiça não permite o argumento de que afastar a mediação do Estado implicaria em óbice ao referido princípio. Isto porque, assim como ocorre com a arbitragem- que é justiça privada e independente do monopólio da jurisdição estatal-, a mediação é meio de justiça e deveria gozar da prerrogativa de ter a jurisdição comum afastada quando da opção das partes pela mediação, diante do contexto de uma justiça multiportas.²⁵

²⁴ CALMON, Petronio, Ob, cit. p.131

²⁵ CALMON, Petronio, Ob, cit. p.132

Pontue-se que existe espaço para os três caminhos os quais devem ser vistos nas suas independências e peculiaridades, sendo cada um adequado a determinado tipo de conflito. Não deve existir preocupação quanto à interferência de um mecanismo no outro. As opções são todas válidas e cada uma delas se propõe a garantir o efetivo acesso à justiça, cabendo às partes através da análise concreta do seu conflito optar pela jurisdição estatal, pela mediação, ou pela arbitragem.

3.1. A mediação e o Novo Código de Processo Civil

A Lei nº 13.105/2015 representou um avanço substancial no que diz respeito aos meios alternativos de solução de conflitos, na medida em que faz expressa menção aos institutos em diversas oportunidades. Tal relevância é ainda maior quando se analisa, especificamente, o caso da mediação, que não possuía referência alguma no Código de Processo Civil anterior.

Logo no art. 3º da atual legislação processual, é possível observar a referência à mediação enquanto parte da prestação da tutela jurisdicional, na medida em que o artigo faz menção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, destacando a possibilidade das partes recorrerem aos métodos de solução consensual, o que deve ser estimulado pelos atores envolvidos na estrutura do Estado e do Judiciário.

Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º 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.

Evidente, portanto, que o diploma citado faculta à parte a escolha entre a mediação extrajudicial e a chamada mediação judicial, que se desenvolve no decorrer do processo judicial.

Diversas consequências advém da judicialização da mediação, dentre elas, a necessidade de introduzir os mediadores na qualidade de auxiliares da Justiça, com uma regulamentação e um controle específico, disposto no próprio código(Capítulo

III, Seção V). O NCPC segue elencando os princípios inerentes à mediação já analisados em momento pertinente.

O artigo 168 dispõe sobre a liberdade das partes na escolha do mediador como forma de garantir que o profissional seja pessoa da confiança de todos os envolvidos, enquanto o artigo 169 garante o direito dos mediadores e conciliadores à remuneração pelo desempenho da atividade. O código é feliz, ainda, ao priorizar que a mediação seja desenvolvida por mediadores profissionais, evitando-se, ao menos em tese, que outros profissionais desempenhem a função de forma cumulativa.

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

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

§ 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.

O CPC/2015 preocupou-se, portanto, com a mediação judicial, como não poderia ser diferente. Apesar de não vedar a mediação extrajudicial, o diploma legal escolheu não regulá-la, conferindo autonomia às partes, contudo, para escolher livremente pela utilização da estrutura judicial ou pelo recurso aos profissionais liberais que oferecem seu serviço no mercado.

A lei cria, por fim, uma espécie de obrigatoriedade mitigada para o procedimento de mediação, uma vez que o autor deve expressar na peça inaugural a intenção de direcionar o conflito à mediação ou conciliação. Da mesma forma, ao demandado cabe a expressa menção da falta de interesse na audiência de mediação, restando a mesma dispensada, apenas diante do exposto e recíproco desinteresse das partes (art. 334, 4º).

3.2. O Novo CPC e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação)

A Lei 13.140/2015, sancionada em 26 de junho de 2015 representou um importante passo na regulamentação da mediação judicial e extrajudicial. A lei dedica-

se a oferecer o conceito de mediação, apresentar seus princípios, estipular suas regras e suprir uma demanda da sociedade e da própria comunidade jurídica.

Não obstante o louvor do esforço legislativo na busca pela inserção da mediação no cotidiano e na cultura local, a análise atenta dos dois diplomas legais em questão, evidencia uma relativa incerteza do legislador quanto a sua forma de implementação.

Karime Silva Silveiro²⁶ preocupou-se, especificamente, em pontuar as inconsistências existentes entre a Lei 13.140/2015 e o Código de Processo Civil de 2015, como forma de chamar atenção para uma realidade, ainda nebulosa no que se refere ao regramento da mediação brasileira.

Em primeiro lugar, é importante analisar a obrigatoriedade da mediação de um ponto de vista comparativo entre os dois diplomas legais. De um lado, como já citado, o novo Código de Processo Civil institui as audiências necessárias de mediação e conciliação, que devem ocorrer de maneira imperativa, ressaltando às partes o direito de renunciar. Desde que tal manifestação pela renúncia seja recíproca, fica dispensada a audiência, nos termos do art. 334, §4º, I e §5º CPC.

Por outro lado, a Lei de mediação, quando trata das audiências, não inclui a previsão da dispensa pela renúncia recíproca das partes, diferentemente do que se extrai do diploma processual. Neste sentido, três correntes buscam explicar tal antinomia: a) a que sustenta a inconstitucionalidade da mediação obrigatória; b) a que não enxerga incompatibilidade entre o NCPC e a Lei de Mediação; c) A que interpreta que a Lei de Mediação revogou este dispositivo do CPC, instituindo, no Brasil, a mediação obrigatória.

De todo modo, em que pese a divergência da doutrina, neste aspecto, o que é pertinente mencionar é que, mesmo no CPC, existem duas situações nas quais se aplica a obrigatoriedade plena do procedimento de mediação: nas ações de família e nos litígios coletivos que tratem da posse de imóveis, quando o esbulho ou turbacão datar de período superior a um ano (art. 565 CPC).

Assim, ainda que não pacificado o entendimento da doutrina sobre as antinomias entre a Lei 13.140 e Novo Código de Processo Civil, é fato que a mediação

²⁶ SIVIERO, Karime Silva. **Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação**. Cadernos do programa de pós-graduação: UFRGS, 2015, v.10, n.3, p.326

obrigatória existe no ordenamento jurídico brasileiro, em contraposição ao próprio princípio da autonomia da vontade e da voluntariedade da mediação.

Outro aspecto questionável encontrado no Código de Processo Civil é o referente ao princípio da imparcialidade do mediador (art. 166 do CPC). Isto porque foi desenhado um paralelo entre o princípio da imparcialidade do magistrado, o qual foi decalcado tal e qual para função do mediador judicial. Para Petrônio Calmon, a imparcialidade seria o princípio que garante aos envolvidos um método justo e equitativo, através do qual os mediados estão isentos de prejuízos, ou favoritismos.²⁷

Ocorre, contudo, que a liberdade é atributo essencial dos mediadores e, apesar de ser crucial a manutenção de uma postura equilibrada na mediação, não cabe aos profissionais uma postura passiva diante de situações de flagrante desequilíbrio.

Na realidade, a interpretação que deve ser dada ao princípio da neutralidade/imparcialidade, no âmbito da mediação, é a de que esta, apenas é exigível nos casos em que há relativo equilíbrio entre as partes. Nas situações em que exista vulnerabilidade de qualquer espécie, deve ser possível e permitido ao mediador a proteção dos mais frágeis, de forma a balancear o processo e garantir a real pacificação por via do procedimento.

Ao contrário dos magistrados, o mediador não dispõe dos poderes e prerrogativas inerentes à função jurisdicional, razão pela qual privar-lhe de qualquer possibilidade de aproximação das partes ou de intervir para reequilibrar as relações de forças entre elas, equivaleria a esvaziar de sentido o seu papel.²⁸

A crítica que é feita ao princípio da imparcialidade é, portanto, polêmica e diz respeito, a uma interpretação restrita e literal, que veda a aproximação dos mediadores em relação às partes, em situações de desequilíbrio, nas quais afigura-se necessário o reestabelecimento de um canal de diálogo.

A Lei 13.140/2015, no mesmo sentido, ao tratar da imparcialidade do mediador, segue os mesmos passos do Código de Processo Civil sem, no entanto, apresentar definição normativa para a interpretação do conteúdo de tal exigência (da imparcialidade). O questionamento permanece pertinente, portanto, ainda após a Lei de Mediação.

²⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Brasília:2015, p. 127.

²⁸ SIVIERO, Karime Silva. **Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação**. Cadernos do programa de pós-graduação: UFRGS, 2015, v.10, n.3, p.324.

3.3. A Mediação Obrigatória

Diante do exposto, observa-se que diversas são as contradições presentes no novo sistema de mediação judicial, e não apenas no que diz respeito às antinomias legais entre a norma processual e a Lei de Mediação, mas, principalmente, em relação à obrigatoriedade da mediação implantada e os tradicionais princípios norteadores do próprio procedimento de mediação.

Isso significa que embora a norma processual inclua a autonomia da vontade no rol de princípios informadores da mediação, o que ela faz em seguida é esvaziar-lhe o sentido. A primeira impressão transmitida pela leitura do artigo 334 é a de que a mediação foi pensada para servir como obstáculo ao exercício legítimo do direito de ação, atendendo aos propósitos de celeridade do judiciário- beneficiado com o filtro de admissibilidade das demandas recém-instituído- e aos litigantes de má fé interessados na procrastinação do julgamento da lide.²⁹

É esta, especialmente, a preocupação deste trabalho: a de que a mediação obrigatória não seja encarada como mero *filtro de admissibilidade das demandas*.

Existem, no mundo contemporâneo, exemplos positivos de mediação obrigatória, como é o caso do Canadá, Argentina e Itália. Os dados são estimulantes em Ontário, que com a obrigatoriedade da mediação conseguiu uma taxa de 40% de acordo nas mediações obrigatórias e de 10% a 20% de acordos parciais³⁰.

Entretanto, a mesma fonte traz dados ainda mais interessantes: nos casos de mediação voluntária, os índices de acordo saltam para uma variação entre 70% a 80%, levando à afirmação de que, embora expressivos os números alcançados com a mediação compulsória, a mediação deve ser compreendida como meio eminentemente privado cuja eficácia é largamente ampliada quando utilizado de forma voluntária.

Apesar de entender que a obrigatoriedade da mediação contraria, em certos aspectos, a essência do procedimento, interpreta-se que, no momento atual, tal opção foi acertada. No entanto, faz-se mister ressaltar que deve estar muito claro - tanto para

²⁹ SIVIERO, Karime Silva. **Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação**. Cadernos do programa de pós-graduação: UFRGS, 2015, v.10, n.3, p.320.

³⁰ Allan J. Stitt. **Mediating commercial disputes**. Ontario: Canada Law Book, 2003, pp. 11/12.

a comunidade jurídica, quanto para a sociedade civil - o propósito da opção pela mediação compulsória.

Inegável a importância de uma política pública de incentivo aos métodos autocompositivos de solução de conflitos e inegável, também, que a obrigatoriedade da mediação perpassa tal necessidade de introduzir na cultura brasileira a opção consciente por este tipo de mecanismo. No entanto, entende-se como essencial que a obrigatoriedade seja assim compreendida e que este objetivo esteja claro para aqueles que trabalham com a mediação e para os próprios operadores do direito.

Desta forma, diminuem as chances de instrumentalização e esvaziamento do procedimento a um mero mecanismo para diminuição das demandas judiciais e passa-se a tratar a mediação com o respeito e autonomia que ela requer, na qualidade de método independente e revolucionário.

3.4. A essência da mediação x inflação processual

Apesar da pacificação ser o escopo magno do processo, o que se observa, na prática, é que a justiça estatal apenas é capaz de prover aos jurisdicionados uma resolução impositiva dos conflitos, que não necessariamente implica na mencionada pacificação.

A mediação, por sua vez, visa, como largamente discutido, uma justiça restaurativa, capaz de reaver os laços e proporcionar às partes o protagonismo da solução do próprio conflito, possibilitando uma abordagem aprofundada e ampla, não apenas da pretensão objetiva, mas também de todos os demais elementos que circundam os atritos sociais.

Deixa-se de lado o jurídico para dar valor aos aspectos individuais do conflito, que é muito mais que um fenômeno sociológico, mas também psicológico e quando envolve empresas, um fenômeno de sua própria administração e economia. Não se pretende substituir a solução estatal, mas proporcionar à população variadas e adequadas formas de tutela.³¹

Ora, claro, portanto que a essência da mediação reside na busca por efetivar o escopo magno do processo, que muitas vezes a justiça tradicional não alcança: a busca da tão mencionada pacificação social.

³¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Brasília:2015,p. 148.

Entretanto, isto não significa que não se possa desfrutar das consequências práticas que advém da popularização da mediação na cultura de solução de conflitos brasileira. Assim, Calmon sintetiza em dez os objetivos fundamentais dos meios autocompositivos, entre eles, a mediação. São eles³²:

- a) Reduzir a inflação processual;
- b) Reduzir o custo e a demora dos processos;
- c) Promover sua efetiva qualidade;
- d) Proporcionar à sociedade alternativas para a solução dos conflitos, de forma a que haja opção entre os diversos meios e mecanismos;
- e) Proporcionar a justiça restauradora e a efetiva pacificação social;
- f) Proporcionar alternativas adequadas a cada tipo de conflito, racionalizando a distribuição da justiça;
- g) Incrementar a participação da comunidade na solução dos conflitos
- h) Facilitar o acesso à justiça;
- i) Proporcionar meios de solução para a litigiosidade contida (recuperação de controvérsias);
- j) Proporcionar a mais adequada informação do cidadão sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica.

Registrada a presença da importância dos mecanismos autocompositivos para a redução da inflação processual, bem como para a celeridade no judiciário, cumpre observar que este não é o seu alvo primário, tampouco sua finalidade precípua. A crise da justiça estatal não deve, nunca, ser interpretada como a justificativa para a mediação, ou qualquer meio autocompositivo. Muito pelo contrário, um Poder Judiciário com uma tutela efetiva e eficaz é pressuposto do sucesso dos métodos autocompositivos.

A obtenção da solução de conflitos por via dos métodos autocompositivos, no entanto, acaba por proporcionar, sim, uma inegável vantagem e um caminho eficaz para a saída da crise judiciária. O que se critica é o posicionamento de grande parte dos operadores do direito, que limitam a mediação a uma forma tangencial de justiça, que teria como único propósito a diminuição da demanda judicializada.

³² CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Brasília:2015,p. 149.

E qual seria, portanto a abordagem correta? O modelo que está posto na nossa legislação, apesar das críticas mencionadas, representa sim um importante avanço e um grande passo para a mudança cultural na solução de conflitos. Entretanto, o cerne da questão encontra-se na compreensão do que significa o verdadeiro sistema multiportas.

Cada tipo de conflito requer uma específica e diferente forma de abordagem e solução, que dever ser própria e adequada a cada situação. Assim, a mediação, a conciliação e a arbitragem não tem o propósito de substituir a jurisdição comum, e deve ser compreendida como mais uma forma de acesso à justiça

Não existe procedimento rápido, eficaz e pouco custoso. Essa é a realidade quando se pensa em eleger o modelo ideal para a solução dos conflitos. O escopo de todos é evidente e coincide com os anseios da sociedade, mas é evidente, também a realidade, pois nenhum meio ou mecanismo, visto isoladamente, atinge as qualidades apontadas em grau satisfatório em relação a todos os conflitos que lhe são postos a resolver.³³

A ideia é valorizar cada meio de solução de conflitos, seja ele judicial, extrajudicial de jurisdição tradicional ou autocompositivo, de forma a valorizá-lo na sua essência, pois cada um é próprio para um determinado tipo de situação e desta maneira dever ser compreendido. O papel do sistema judicial deve ser sempre compreendido como *ultima ratio*, ou seja, a última porta a qual se deve recorrer, nas situações em que a via consensual não é possível ou não é capaz de entregar o resultado esperado.

William L. Ury menciona, inclusive, que quanto maior o número de procedimentos passíveis de resolver os conflitos, de forma menos onerosa, em uma sociedade, mais eficiente é o sistema de solução de controvérsias³⁴.

Assim, em que pese as críticas mencionadas neste trabalho, faz-se mister compreender e encarar a mediação na legislação vigente de forma a ampliar o seu sentido e preservar os seus princípios, evitando sua instrumentalização e utilização de forma mecanizada. Mediação e conciliação são técnicas diferentes e assim devem ser encaradas. A mediação é prática eminentemente restaurativa e não deve ser compreendida como mero meio de diminuição das demandas judiciais.

Assim, parece coerente a posição de Daniela Monteiro Gabbay quanto menciona que institucionalizar a mediação é uma importante forma de incentivar os

³³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Brasília:2015,p. 150.

³⁴ URY, William L. **El arte de negociar**. Revista *Libra*, n.2, p. 17-19

métodos autocompositivos, na medida em que o Judiciário representa um ambiente para o qual confluem os conflitos, razão pela qual seria o espaço ideal para se iniciar uma política de incentivo à mediação. A institucionalização, da forma como foi feita, além de ampliar o acesso à justiça, foi capaz de conferir credibilidade e divulgação à mediação. Além disso, permitiu uma fiscalização, por parte do judiciário, importante neste momento inicial de implementação, além de funcionar como remédio à crise do judiciário.³⁵

A autora compreende, ainda, que a institucionalização da mediação desempenha um importante papel pedagógico, na medida em que possibilita não só às partes, mas aos juízes, advogados e demais profissionais do direito, o reconhecimento de que a via judicial não é a única solução existente, mas sim, uma via que pode, ou não, ser adequada a determinado conflito.

É importante perceber, ainda, que mesmo diante da ineficiência, o judiciário goza da credibilidade das partes enquanto instância de solução de conflitos, e também por esta razão, a estratégia de institucionalizar a mediação tem se demonstrado eficaz.

Desta forma, conforme preleciona Humberto Pinho, é importante estar sempre alerta para os perigos que acompanham tanto a institucionalização da mediação, quanto a interpretação de que esta representa a solução milagrosa para a crise do judiciário. Para o autor, as realizações de sessões de mediação em série e de forma mecanizada é uma afronta à essência do instituto.³⁶

Por fim, deixa-se a ponderação de Kazuo Watanabe:

Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga. Tenho um grande receio de que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade; não se pode pensar nela como uma forma de aliviar sobrecarga a que o Judiciário está sendo submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando aos juizados especiais.³⁷

³⁵ GABBAY. Daniela Monteiro. **Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. Dissertação em Direito. Faculdade de Direito da USP. São Paulo:2011,p. 62.

³⁶ PINHO. Humberto Dalla Bernadina. **A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/a-mediação-e-a-necessidade-de-sua-sistematização-no-processo-civil-brasileiro>. Acesso em 10/01/2018.

³⁷ WATANABE. Kazuo. **Modalidades de mediação**. Série Cadernos do CEJ, n.22. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 45-46.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do trabalho consistiu em realizar uma breve análise da mediação, seus princípios, fundamentos e, especialmente, sua recente regulamentação pela legislação brasileira, como forma de posicionar-se, criticamente, a respeito da institucionalização do procedimento e dos perigos deste ser encarado como mero instrumento de solução da crise do judiciário.

Para compreender a institucionalização da mediação foi necessário estabelecer um paralelo com o processo judicial, e compreender suas semelhanças, inclusive no que concerne aos escopos, os quais são comuns a ambos os procedimentos. Destacou-se como essencial a compreensão de que a mediação desempenha um papel relevante no contexto de uma justiça multiportas e que, portanto, não se presta a substituir a jurisdição comum, muito menos está a ela subordinada, uma vez que se trata de instituto que guarda em si mesmo a sua importância.

Tratou-se da essência da mediação destacando-a como mecanismo que objetiva resolver a lide sociológica e não, meramente a lide jurídica, razão pela qual, é um procedimento de caráter eminentemente privado, pois cabe às partes- inclusive em consideração ao princípio da autonomia da vontade-, recorrer voluntariamente à mediação como forma adequada de solucionar o seu conflito específico.

A breve análise de pontos específicos dos diplomas legais que tratam da mediação, desde a Resolução nº 125 do CNJ ao Novo Código de Processo Civil, passando pela Lei 13.140/2015, destinou-se a compreender a opção do legislador pela institucionalização e pela obrigatoriedade da mediação.

Por fim, concluiu-se que, em que pese as antinomias existentes nos diplomas legais estudados e as contradições conceituais de se falar em uma mediação judicial, a opção do legislador por uma política pública de institucionalizar e incluir a mediação no bojo do judiciário foi acertada para o momento histórico e objetivo almejado.

Diante de um país com uma cultura de litígio altamente enraizada, utilizar o judiciário- na qualidade de instituição reconhecida e respeitada socialmente- para apresentar uma “nova” forma de solução de conflitos foi, de fato, a forma mais coerente de introdução, divulgação e incentivo dos métodos autocompositivos.

No que tange à crise da justiça brasileira, inegável que a popularização dos meios consensuais de solução de conflitos proporcionou um “desafogamento” das

demandas judiciais e nada há de ilegítimo nesta consequência, muito pelo contrário, ela deve ser encarada como resultado positivo da implementação de tais mecanismos. Compreende-se, contudo, que é necessária a vigilância no sentido de não permitir que a prática da mediação limite-se a persecução deste fim, devendo ele ser encarado como consequência das boas práticas de mediação.

A mediação não deve ser compreendida, como *the second best solution*, ou como mero filtro de admissibilidade das demandas que chegam ao judiciário, assegurando que os meios autocompositivos sejam visto, de fato, no contexto de uma justiça multiportas, como os métodos verdadeiramente adequados a determinadas demandas, da mesma forma que o processo judicial se destina a um outro tipo de litígio.

Assim, apesar de considerar acertada a forma escolhida pelo legislador, deixa-se uma ressalva para que as políticas públicas de implementação permaneçam sempre atentas ao tratar da mediação, enaltecendo o seu fim pacificador e restaurador e não considerando-a mero meio de solução da crise do judiciário. Entende-se, assim, que a mediação não deve ser compreendida como mero instrumento do Poder Judiciário na busca pela eficiência, mas sim como método equivalente jurisdicional autônomo e essencial à manutenção do equilíbrio das relações sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Eliana Calmon. *A crise do poder judiciário*. Correio Braziliense, Brasília, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, n. 11310

BANDEIRA, Susana Figueiredo. *A Mediação como Meio Privilegiado de Resolução de Litígios*. Julgados de Paz e Med. Portugal: 2002.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica: 2015.

CEBOLA, Cátia Marques. *A mediação pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico*. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31632&idsc=112472&id_a=112747. Acesso em: 15 out. 2017

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COLOIÁCOVO, Juan Luis; COLOIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, Mediação e Arbitragem: teoria e prática*. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999

DE VASCONCELOS. Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. *Panorama da Mediação no Brasil: Avanços de fatores críticos diante do marco legal*. Revista Direito UNIFACS. n.188.2016. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/231>> Acesso em: 17 Set.2017.

GABBAY. Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de doutorado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 2011.

GONÇALVES, Bruno Coelho; MEDEIROS, Marcelo Farina. *Princípios da mediação e conciliação como forma de resolução dos conflitos de interesse*. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p.648-654 jan/abr 2017.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Maria Bernadete. *Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil*. Revista Virtual Direito Brasil. Volume 6. Número 2. 2012. Disponível em: < <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>> Acesso em: 15 Julh. 2017.

RIFKIN, Janet; Cobb, Sara. *Practice and Paradox: deconstructing neutrality in mediation*. Lay and Social Inquiry, Vol. 16. Nº 1. Winter, 1991.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995

SANTOS. Ricardo Goretti. *Acesso à Justiça e Mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos*. Dissertação (dissertação em direito) - Faculdade de Direito de Vitória. Vitória.

SIVIERO, Karime Silva. *Aspectos políticos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação*. Cadernos de Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. Edição Digital. Porto Alegre. Volume X. número 3.

TARANTO, Cláudia Valéria. *A mediação como forma eficaz no processo de desjudicialização*. Rio de Janeiro: ESG, 2013. Disponível em: < <http://www.esg.br/images/Monografias/2013/TARANTO.pdf> > Acesso em 25 fev.2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. São Paulo: Método, 2008.

PINHO. Humberto Dalla Bernadina. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume->

[v/a-mediação-e-a-necessidade-de-sua-sistematizacao-no-processo-civil-brasileiro>](#)

Acesso em 10/01/2018.

URY, William L. *El arte de negociar*. Revista Libra. n.2, p. 17-19

WATANABE. Kazuo. **Modalidades de mediação**. Série Cadernos do CEJ, n.22.

Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011.

Textos de Lei:

Código de Processo Civil. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 01 fev. 2018.

Constituição da República federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2017.

Lei de Mediação. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 3 set.2016.

PROJETO DE LEI N.º 4.827-D, DE 1998. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6CEF262F8962FFCC252C6323B3422ED0.node2?codteor=1106141&filename=Avulso+PL+4827/1998>. Acesso em 3 set. 2016.

RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11_032016162839.pdf>. Acesso em 3 set. 2016.