

PANORAMA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL: AVANÇOS E FATORES CRÍTICOS DIANTE DO MARCO LEGAL

Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias¹

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve histórico sobre a concepção da mediação; 3 A crise do acesso ao poder judiciário e o florescimento da mediação no Brasil; 4 Novos espaços conquistados pela mediação no Brasil: a estruturação da mediação judicial e o Marco Legal; 4.1 A Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça; 4.2 O Novo Código de Processo Civil; 4.3 A Lei n.º 13.140 de 2015 (Lei de Mediação); 5 Fatores críticos da mediação no Brasil na atualidade de 2015; 6 conclusão; Referências.

Resumo: O presente estudo visa apresentar um panorama da mediação no Brasil, com relato histórico do seu desenvolvimento e expansão até a concepção do Marco Legal de 2015. Ademais, busca-se analisar quais as efetivas conquistas e fatores críticos atuais da conquista introduzida pela regulamentação nos novos diplomas normativos.

Palavras-chaves: Mediação. Histórico e Marco Legal.

Abstract: This study aims to present an overview of mediation in Brazil, with historical account of its development and expansion to the design of the Legal Framework of 2015. In addition, it seeks to analyze what the actual achievements and current critical factors of conquest introduced by regulation the new regulatory instruments.

Keywords: Mediation. History and Legal Framework.

1 INTRODUÇÃO

Vivencia-se no Brasil, na atualidade, o momento de eclosão do Marco Legal da Mediação. Neste cenário, a aplicação da mediação tornou-se uma realidade incontestável. Antes um processo considerado como “alternativo”, passa agora a ser reconhecido como adequado e efetivo,

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Instrutora de Mediação pelo Conselho Nacional de Justiça. Mediadora Judicial e Conciliadora Judicial pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Supervisora Jurídica dos Balcões de Justiça e Cidadania do Baixo Sul da Bahia (sendo este um projeto do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia). Diretora do Instituto Brasileiro de Meios Adequados de Solução de Conflitos (IBMASC). Coordenadora Jurídica do Núcleo de Mediação do Instituto Direito e Cidadania do Baixo Sul da Bahia (sendo esta uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público). Advogada.

ganhando força, notoriedade e credibilidade.

Todavia, embora seja esta uma conquista muito representativa, novos desafios se apresentam, novos espaços precisam ser conquistados, os impactos na advocacia necessitam ser desmitificados, a judicialização merece ser examinada. A construção do processo de mediação ganha novas facetas e por isso continua, de modo que não se pode perder de vista a sua repercussão e condição de garantir ou instrumentar a concretização da pacificação e justiça social.

A iniciativa legislativa inaugura um novo paradigma cultural, que visa promover os meios adequados consensuais de soluções de conflito. Embora este fenômeno seja atual, cumpre ressaltar que ele teve bases plantadas a cerca de duas décadas atrás, de maneira que a utilização de métodos consensuais, a exemplo da mediação, tem conduzido uma significativa trajetória.

O presente estudo visa examinar quais os principais pontos desta trajetória, para realizar um panorama das conquistas e fatores críticos desta atual conjuntura. Questiona-se que embora a difusão e inovação sejam relevantes, os percalços também precisam ser exteriorizados.

Assim, no primeiro capítulo, irá se apresentar um breve histórico da mediação no mundo, afinal a mesma foi executada primeiro em outros países e, devido a sua alta exportabilidade e eficiência, passou a ser desenvolvida no Brasil. Em seguida, será evidenciado o percurso desse processo no país, iniciado de modo extrajudicial, nas comunidades e câmaras privadas, para então atingir a esfera pública através do desenvolvimento da mediação judicial. Neste prisma, a Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil e a Nova Lei de Mediação irão ser examinados. Ao final, este trabalho irá tentar destacar aspectos críticos e delicados que igualmente precisam ser enfrentados para que a mediação venha a ser aplicada devidamente e com a efetividade que se espera.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A CONCEPÇÃO DA MEDIAÇÃO

A mediação é um processo autocompositivo de resolução de conflitos, através do qual duas ou mais pessoas, envolvidas em uma contenda real ou potencial, recorrem a um profissional imparcial – o mediador, em busca de espaço para criação de uma solução consensual e amigável, satisfatória para ambas as partes, de modo célere e a custos razoáveis.

Pode-se dizer que o processo de mediação acompanha a prática jurídica há tempos na história da humanidade, não se tratando de novidade a sua realização para a solução dos conflitos.

Em verdade, a mediação já existia desde o momento em que uma terceira pessoa intervinha no conflito tentando ajudar as partes a resolvê-lo.

Assim, não é possível afirmar o seu marco inicial, embora se encontrem registros remotos dessa prática no ocidente, através da concepção da conciliação cristã, com repercussões desde o Direito Romano. A Igreja, no âmbito religioso, exerceu o lugar daquele que busca o bom termo para solucionar uma desavença entre as pessoas. No Brasil, especificamente, sua primeira manifestação decorreu das Ordenações Filipinas, depois, regulamentada nacionalmente na Carta Constitucional do Império, de 1824, a reconhecer a atuação conciliatória do Juiz de Paz ante o desenvolvimento dos processos. (MARTINEZ, 2002).

Vale ressaltar que estas utilizações do processo de mediação foram feitas de modo inconsciente ou intuitivo. Ou seja, nestes períodos a mediação ainda não era assim denominada, de forma que somente após a conscientização e teorização deste processo, é que o mesmo foi assim definido e as experiências (acima) relatadas puderam ser devidamente classificadas como momentos de ocorrência de mediação.

Somente a partir da metade do século XX é que o processo de mediação foi definido e sua prática foi utilizada de forma direcionada e orientada. A sua verificação deu-se ao lado de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos como a negociação, a conciliação e a arbitragem.

Tais métodos pacíficos e não oficiais de resolução de conflitos foram “descobertos” em regiões subdesenvolvidas, como as áreas da África Oriental, África Central / Austral e Sudão. Esta constatação foi destacada por sociólogos, após a realização de estudos nos finais da década de 50, até inícios da década de 60, em que se verificou a utilização de padrões de vida jurídica e de Direito que se moldavam de maneira completamente diversa daqueles adotados pelas civilizações ditas como “civilizadas” (SANTOS, 1997). Assim, nestes cenários puderam ser observados:

direitos com baixo grau de abstração, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação as restantes actividades sociais; mecanismos de resolução de litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação activa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso retórico, persuasivo, assente na linguagem comum. Acima de tudo estes estudos revelam a existência na mesma sociedade de uma pluralidade de direitos vivendo e interagindo de diferentes formas. (SANTOS, 1997, p. 175).

Por conseguinte, estes estudos consagraram-se como importantes para a observação (da existência e modo de utilização) de “novos” métodos de resolução de conflitos, por via extrajudicial; e, para detectar que, em uma mesma sociedade, é possível a existência de uma

pluralidade de direitos (em convivência e interação recíprocas), bem como a coexistência de fenômenos judiciais tradicionais e mecanismos de resolução de conflitos informais (que funcionam com independência frente aos órgãos estatais jurisdicionais).

Logo, embora a busca por métodos de solução pacífica de conflitos seja um fenômeno antigo, somente na metade do século passado é que a utilização destes começou a ser tomada como um processo consciente, passando a ser alvo de estudos e pesquisas, intentando-se uma análise científica do evento e maneiras de aprimorá-lo para expandir sua utilização. O resultado destas pesquisas influenciou a administração da Justiça na América do Norte e Europa, principalmente, acabando por refletir em outras regiões. (SANTOS, 1997).

Foi assim que, após a conscientização do processo de mediação, os Estados Unidos decidiram analisar e aprofundar as pesquisas a respeito deste processo. Deu-se início à teorização da mediação. Atualmente já existem três escolas clássicas para orientar as diferentes formas de desempenhar a mediação: o Modelo Tradicional-Linear (desenvolvido por *Harvard Law School*), o Modelo Transformativo (introduzido por Robert A. Bush – teórico da negociação e Joseph F. Folger – teórico da comunicação) e o Modelo Circular-Narrativo (proposto por Sara Cobb) (LIMA; ALMEIDA, 2010).

Cumprе ressaltar que os três modelos referidos convivem harmonicamente. Não há que se falar em um modelo ultrapassado em contrapartida a um modelo moderno; nem mesmo que existe um modelo melhor ou superior a outro. Todos são atuais e todos podem ser aplicados. Na verdade, o que define qual o modelo mais adequado é o tipo de conflito a ser mediado, o contexto em que será realizada a mediação, as partes envolvidas e sua relação interpessoal, bem como o próprio estilo do mediador.

Acredita-se, por exemplo, que o Modelo de Harvard pode ser mais adequado para conflitos empresariais ou que envolvam pessoas jurídicas; enquanto o Modelo Transformativo é recomendado para todos os casos em que estão muito envolvidas as relações interpessoais, como os conflitos familiares; e o Modelo Circular-Narrativo tem a vantagem de sua grande aplicabilidade, uma vez que está centrado tanto nas relações, quanto nos acordos. Nesse sentido, alguns estudiosos brasileiros, a exemplo de Adolfo Braga Neto (2009), entendem que o mediador trabalha com uma “caixa de ferramentas”, que estão a sua disposição e são por ele escolhidas, de acordo com as possibilidades, habilidades, necessidades das pessoas e do conflito.

A condensação deste instrumental teórico diversificado sobre os distintos modelos de mediação garantiu a este processo polivalência, ao ponto de caracterizá-lo como um método capaz

de adequar-se e ser utilizado nos mais variados contextos, nos quais seu emprego se faça preciso ou interessante para solução pacífica de conflitos.

Com a globalização, a mediação ganhou destaque devido à sua eficácia, celeridade e baixo custo (em comparação a via judicial), tornando-se uma técnica de simples e passível de exportabilidade. A mediação, então, espalhou-se para diversos países como: Canadá, França, Argentina, Portugal, Espanha e Inglaterra, o que a fez tomar distintas formas e procedimentos, uma vez que ela pode ser adaptada de acordo com o contexto econômico, social e jurídico de cada país (LIMA; ALMEIDA, 2010). Com o Brasil, não foi diferente, de maneira que o mesmo igualmente importou a mediação, como processo extrajudicial de resolução de conflitos (em virtude, sobretudo, da crise instaurada no Poder Judiciário).

3 A CRISE DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E O FLORESCIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Em verdade, o desenvolvimento histórico do Estado moderno em sua (atual) feição de Estado Democrático do Direito (no que se inclui o Brasil), impulsionou o deslocamento do centro de decisões do Poder Legislativo e Executivo para o Judiciário. Este passou a ser visto como o último (ou único) dos recursos dos cidadãos para garantir a efetivação de direitos não realizados pela atuação dos outros poderes, porém previstos na Constituição (BEZERRA, 2011, p. 212). Tão logo se imagina, esta perspectiva, aliada a ampliação das complexidades das relações humanas, abarrotou o Poder Judiciário de demandas que não foram suportadas, de modo que vivencia-se atualmente, no Brasil, uma crise estrutural no Poder Judiciário e uma crise ao próprio acesso à justiça.

Ademais, a ordem jurídica – por demais ritualizada e dogmática, fulcrada no convencionalismo de sua lógica individualista e de sua racionalidade formal –, não conseguiu acompanhar o ritmo crescente de transformações aceleradas, da criação de constantes e maiores necessidades, de reivindicações por que passa a sociedade, representando normalmente o interesse exclusivo de uma minoria burguesa. A ordem jurídica já não consegue se comunicar a toda população, gerando entraves ao acesso do órgão estatal jurisdicional. (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

A própria estrutura suntuosa dos prédios do Poder Judiciário, a ausência de conhecimento por parte da população sobre os processos burocráticos, a linguagem formal rebuscada utilizada, os altos custos de litigação, a lentidão dos processos judiciais representam,

também, outros fatores relevantes que implicam na ausência de efetividade do direito ao acesso ao Poder Judiciário (e, por consequência, ineficácia no atendimento do acesso à justiça). (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Diante da crise que assola o Judiciário, este tentou reagir realizando uma série de reformas judiciais, assegurando a assistência judiciária gratuita, a criação de novos instrumentos que possibilitam a representação em juízo para os interesses difusos e a instituição de Juizados especializados com ritos especiais. Tais reformas foram de extrema importância, contudo, não foram suficientes sequer para garantir a efetividade do escopo meramente jurídico da jurisdição, e muito menos para garantir o efetivo acesso à justiça a toda população ou a sua grande maioria. (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Assim, tais fatos induziram ao entendimento de que o Estado não é suficiente – como único centro de poder – para garantir a resolução de conflitos e efetivação de direitos e deveres dos cidadãos, especialmente aqueles localizados nas comunidades mais carentes e marginalizadas (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

A partir dessa conjuntura, verificou-se o surgimento de duas novidades: um (novo) centro de poder – a sociedade organizada (ou emancipada) e (novos) instrumentos processuais (que podem ser manuseados por este novo centro), para satisfazer a solução de conflitos, a promoção de direitos e deveres fundamentais – através de ações legais e pacíficas. A sociedade civil organizada aparece muitas vezes fundamentada na participação comunitária, localizada nas regiões mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar este acesso, sendo reconhecida por centros de organização comunitária. Os novos processos – a exemplo, por excelência, da mediação – visam à utilização de procedimentos compatíveis com a estrutura destas organizações (WOLKMER, 1997). Com efeito, dá-se vazão à mediação comunitária como um processo paralelo ao processo judicial – mas que a ele não se opõe – o qual tem apresentado diversas vantagens tais como: celeridade, agilidade, informalidade, flexibilidade, baixos custos, proximidade geográfica das zonas marginalizadas.

Tais instituições comunitárias conseguem com maior eficiência e rapidez, suprir com vantagem lacunas deixadas pelo Poder Judiciário, configurando-se em uma resposta natural à incapacidade da Justiça oficial do Estado de absorver as crescentes demandas sociais geradoras de conflitos e de decisões judiciais. Logo, a crise do acesso ao Poder Judiciário, favorece (paradoxalmente) o surgimento de organizações alternativas não institucionalizadas, fundamentadas na participação comunitária, justamente nos locais mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar este acesso.

Vale dizer que sendo essa transformação protagonizada por agentes sociais comunitários localizados nas regiões mais carentes, devidamente organizados e articulados em instituições, necessitam elas utilizar procedimentos compatíveis com sua estrutura. Portanto as organizações comunitárias utilizam processos alternativos em relação ao processo judicial estatal (WOLKMER, 1997, p. 90). Dentre estes, vale ressaltar ser a mediação de conflitos o processo informal e efetivo de resolução de conflitos e garantia de direitos, por excelência, a saber. Tem-se, pois, a representação da modalidade de mediação conhecida como mediação comunitária, configurando-se como um exemplo de mediação na sua mais pura essência.

Assim é que a mediação floresceu no Brasil, nas regiões mais pobres, (assim como em outros países), envolta às classes mais prejudicadas e preteridas do acesso à justiça – tanto em seu sentido formal (que compreende o acesso ao Poder Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional de um direito), quanto material (que se constitui no “acesso à justiça propriamente dita”, e importa no “efetivo acesso à justiça”, por meio da efetivação da democracia e dos direitos fundamentais) (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Daí decorre a falsa crença de que este processo apenas pode ser utilizado por populações marginais, em questões de menor complexidade, que envolvem famílias e vizinhos, que em especial possuem uma forte ligação inter relacional. No entanto, esta visão é equivocada e ultrapassada, eis que a cada dia a mediação torna-se um instrumento útil e favorável para solucionar os mais diversos tipos de conflitos (a saber: familiares, civis, consumeiristas, trabalhistas, ambientais, entre outros), protagonizados pelas mais diversas personalidades (pessoas físicas ou jurídicas).

Nesse sentido, vale dizer que muito embora a mediação tenha surgido em espaços comunitários e de forma voluntária, logo a sua fundamentação de solução através do diálogo atingiu conflitos de médio e grande porte, sobre matérias diversificadas, abrindo-se um campo vasto para a realização de mediação extrajudicial.

As vantagens para pessoas físicas ou jurídicas de direito privado era tamanha. Isto se deve a diversos fatores, a exemplo da confidencialidade. No Brasil, o processo judicial é público (sendo que em raras exceções concede-se a opção do “segredo de justiça” à lide). Desta feita, a mediação apresentou-se como uma forma discreta de solução, que ajudava a preservar a imagem dos envolvidos, o que muito interessa ao mundo empresarial. Ademais, nem todos os conflitos podem aguardar o transcurso extremamente lento de um processo judicial, de maneira que é muito comum a necessidade de resolução objetiva e eficiente de casos, apresentando a mediação mais esta vantagem. Até mesmo os custos eram mais privilegiados na mediação, já que, sendo mais curto, as despesas correrão por menos tempo, assim como todo o desgaste de energia.

É evidente que o principal atrativo era a possibilidade de resolver diretamente, sem ter que contar com a indefinição e desconhecimento de uma decisão futura ofertada por um terceiro. Logo, através da mediação as partes perceberam ter a possibilidade de resolver de modo participativo, direto, simples e ágil um conflito – com base na comunicação e com a possibilidade de restabelecimento ou transformação da relação.

4 NOVOS ESPAÇOS CONQUISTADOS PELA MEDIAÇÃO NO BRASIL: A ESTRUTURAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL E O MARCO LEGAL

O instituto da mediação, embora utilizado por instituições privadas no Brasil desde a década de noventa, foi (apenas) recentemente reconhecido pelo Poder Judiciário. Fato é que os resultados e benefícios computados pela mediação no âmbito extrajudicial conquistaram a consciência e credibilidade deste ente Público. Este e outros processos alternativos de resolução de disputas estão sendo cada vez mais reconhecidos e absorvidos pelo Poder Judiciário, com vistas a amenizar a crise deste sistema ou oferecer novas bases de estruturação – afinal, o que importa precipuamente são a pacificação, a concretização de direitos fundamentais e a satisfação do jurisdicionado.

Nesse sentido, vivencia-se atualmente no Brasil o momento do marco legal da mediação, a partir da produção de bases normativas. Estas objetivam: regulamentar o processo de mediação, para oferecer maior segurança jurídica aos procedimentos; estabelecer diretrizes capazes de estabilizar uma política pública de disseminação no Poder Judiciário; e fomentar a sua utilização em diferentes espaços, públicos e privados, para tratar de diversos tipos de conflitos.

As principais normas gerais são: a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil e a Nova Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015). Muito se têm discutido sobre estas normas, suas possíveis deficiências e potencialidades. Vale ressaltar que este trabalho não comporta a análise detalhada e profunda de cada uma dessas normas (com seus artigos e incisos). Em verdade, nas linhas seguintes, almeja-se pontuar alguns itens relevantes, que tem impactado ou gerado polêmica no mundo jurídico.

4.1 A RESOLUÇÃO N.º 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Resolução n.º 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a política nacional de disseminação da mediação e conciliação no Poder Judiciário, atrelando orientações para todos os Tribunais brasileiros. Esta foi a primeira tentativa de estimular o Poder Judiciário a incorporar a mediação e oferecer este método diretamente à população como forma de solução de problemas. Esta Resolução faz parte de um programa conhecido como “Movimento pela Conciliação”, que visa influenciar na mudança paradigmática da cultura do litígio para a cultura do consenso, estimulando a busca por soluções mediante à construção de acordos.

Para tanto a Resolução n.º 125/2010 dispõe sobre a rede para tratamento adequado dos conflitos, estabelecendo que cada tribunal deverá ter dois órgãos: i) o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; e ii) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos. O primeiro órgão é responsável pelo fomento aos métodos consensuais naquele tribunal, criando políticas internas, qualificando a equipe técnica e multiplicando esta proposta. Já o segundo órgão deve funcionar como câmaras para administração propriamente dita dos conflitos.

Visando a padronização da política pública no Poder Judiciário, a Resolução n.º 125/2010 estabelece os princípios da mediação e da conciliação no âmbito judicial, um Código de Ética para mediadores e conciliadores judiciais, bem como o conteúdo detalhado de um programa pedagógico de cursos de formação específica de mediadores e conciliadores judiciais.

Informa-se que esta Resolução, quando publicada ainda em 2010, inovou quando estabeleceu outras formas de administração de conflito, ao lado do processo judicial, para garantir o acesso à justiça, sendo este a mediação, que por sua vez evidencia-se como um processo justo, adequado, devido, com garantia a direitos e deveres, bem como com atenção à satisfação do jurisdicionado. Nesse sentido, *in verbis*

Consolida-se no Brasil, então, com Resolução 125/2010 a implantação do chamado Sistema Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade, alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.) representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito. (CAHALI, 2013, p. 53)

Como evidenciado, o foco da Resolução n.º 125/2010 encontra-se atrelado à tentativa de atendimento do acesso à justiça, através da satisfação do público, com serviços de pacificação

social. Assim, “estabeleceu-se que o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos [por heterocomposição ou autocomposição].” (AZEVEDO, 2012, p. 29). Nota-se, pois, que o acesso à justiça está mais relacionado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) a respeito do resultado final do processo de resolução de conflito, do que com o mero acesso ao Poder Judiciário (personificado em uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto). (AZEVEDO, 2012, p. 29).

Esta Resolução influenciou bastante para o início da propagação de uma cultura de consenso e de diálogo voltada à resolução de conflitos, inclusive no interior do Poder Judiciário. Foi o primeiro passo para a transformação de paradigma. Todavia, nem todos os Tribunais iniciaram essa caminhada, de modo que esta Resolução encontrou forte resistência. Por ser uma resolução interna do Poder Judiciário e não uma lei federal, muitos tribunais se delongaram e não realizaram estas atualizações, de maneira que, em alguns Estados, esta não teve aplicabilidade.

4.2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil encontra-se estabelecido na Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Através deste diploma legal houve a institucionalização da mediação nos processos judiciais, conhecida como mediação judicial. O principal objetivo desta inovação é conferir celeridade à resolução dos conflitos. Nesse sentido, o Novo Código traz dentre as suas principais mudanças o amplo incentivo aos métodos autocompositivos (originariamente, como visto tópicos acima, executados em esfera extrajudicial).

De acordo com essa lei, todos os Tribunais deverão ter Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, que deverão realizar sessões de mediação e conciliação, bem como desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Vale dizer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também deverão instituir câmaras de mediação e conciliação, com funções semelhantes no âmbito administrativo. Estes centros irão contar com profissionais considerados, pela nova Lei, como auxiliares à Justiça, sendo estes o mediador e o conciliador judicial. (FRANCO, 2015).

A lei sancionada discrimina as diferenças entre as funções do conciliador e do mediador. De acordo com a lei, o conciliador tem a possibilidade de realizar sugestões de solução e deverá trabalhar preferencialmente nos casos em que não há vínculo prévio entre as partes ou uma relação

continuada no tempo. O mediador, por sua vez, deverá atuar preferencialmente nos casos em que os conflitantes possuem uma relação permanente e não pode realizar sugestões. Tem como função precípua a restauração da comunicação entre as partes, para prevenção de novos conflitos e transformação da relação com restabelecimento dos vínculos. (FRANCO, 2015).

Cada Tribunal será responsável pela capacitação, ingresso, exclusão dos profissionais que irão integrar o Corpo de Mediadores e Conciliadores Judiciais. Existe inclusive a prerrogativa de que os Tribunais poderão operar este cadastro mediante a realização de concurso público de provas e títulos.

O grande desafio do Poder Judiciário, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios será capacitar profissionais para atuarem a partir da vigência da nova Lei, devendo ser estes bem dotados tecnicamente e harmonizados com as diversas esferas dos Direito.

É imprescindível dizer que a conciliação e a mediação judiciais deverão coexistir com modalidades extrajudiciais de mediação e conciliação, vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes (além de outros métodos de solução de conflitos, como a arbitragem). (FRANCO, 2015).

Nesse aspecto, nota-se que o Novo Código de Processo Civil objetiva estimular não apenas a conciliação e mediação judicial, mas sim todas as formas de solução autocompositivas de conflitos, especialmente a mediação extrajudicial. Logo, o Novo Código de Processo Civil oferece um novo mercado para advogados (consensual) e uma nova profissão para a comunidade (mediador e conciliador).

O Novo Código de Processo Civil estabelece princípios da mediação e detalha, especialmente, sobre a confidencialidade. Esta deve recair sobre todas as informações transmitidas, para que as partes tenham a confiança de que nada que seja dito poderá ser utilizado contra elas em outras esferas. Sendo a mediação um processo baseado na comunicação, que deve ser aberta e produtiva, este é um princípio essencial para sua boa produtividade. Outro princípio basilar expressamente citado é a livre autonomia das partes, o que é fundamental para legitimar as decisões produzidas nas sessões pelos sujeitos envolvidos.

O Novo Código também dispõe que a conciliação e mediação devem ser estimuladas pelos Juízes, que deverão encaminhar casos para a resolução autocompositiva, esclarecer às partes e seus advogados sobre a relevância desse método, sendo um importante gerenciador de conflitos. Com efeito, os Juízes poderão encaminhar os casos para solução por mediação judicial (que poderá ocorrer em um dos centros judiciários de resolução consensual de conflitos, já disposto linhas

acima). Todavia, poderão as parte optar por realizar a mediação com profissional que não esteja cadastrado no Tribunal, efetivando-se, nesse caso, a realização de uma mediação extrajudicial.

Dessa forma, através do Novo Código de Processo Civil a mediação sofre impactos positivos, tendo a oportunidade de ser difundida e tornar-se a primeira opção dos envolvidos para a solução de conflitos.

4.3 A LEI N.º 13.140 DE 2015 (LEI DE MEDIAÇÃO)

A Lei n.º 13.140 de 2015 dispõe sobre a mediação entre particulares (por via judicial ou extrajudicial) como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A proposta, elaborada com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem como uma das principais finalidades resolver conflitos de forma simplificada e rápida para ambas as partes e, com isso, reduzir a entrada de novos processos no Poder Judiciário. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Sobre a disposição para solução de conflitos junto à Administração Pública, nota-se que esta conquista merece destaque, pois, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, o maior litigante do país e que, portanto, mais colabora para abarrotar o Poder Judiciário, é o próprio Estado, através dos entes da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (fundações, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). (SENADO FEDERAL, 2015).

Na realidade, vale frisar, a mediação, por ser um processo que se baseia no diálogo, é permitida para todos os casos e pessoas que comportam resolução por negociação. A norma estabelece que poderão ser solucionados por meio da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Especialmente, quando existe entre eles uma relação jurídica pré-existente ao conflito (com perenidade no tempo), a mediação merece ser aplicada.

Esta, através do auxílio de um terceiro imparcial devidamente capacitado e aplicação de técnicas bem elaboradas, facilita o diálogo entre os envolvidos, trabalha com sentimentos emoções (quando existentes), busca evidenciar os verdadeiros interesses, necessidades, anseios e receios, para que seja possível a criação, pelas próprias partes, de uma solução factível e sustentável no tempo e no espaço, que proporcione satisfação para ambas. Assim, intenta-se não apenas a

produção do acordo (embora este seja o resultado culturalmente mais representativo de êxito), mas também a prevenção de novos conflitos, a inclusão social e a pacificação.

Este diploma legal define que a mediação pode ser feita por entes privados (como câmaras privadas de mediação), ou por entes públicos (através da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais).

Conforme a lei, há a possibilidade de que contratos privados tenham cláusula de mediação como opção prévia à abertura de processo judicial. Já na hipótese de demandas já judicializadas, caso a mediação venha a ser concluída antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais – o que estimula a adesão ao método consensual.

Evidencia-se no marco legal que as partes estejam acompanhadas por advogados, para que tenham a exata consciência dos efeitos jurídicos do acordo assinado, podendo atuar com o devido consentimento informado. Este ponto é fundamental, afinal, a autodeterminação está atrelada diretamente ao conhecimento e à conscientização. Quando a mediação for judicial, estabelece a lei que a assistência por advogados ou defensores públicos é obrigatória. Porém, no que tange à mediação extrajudicial, a lei apenas recomendou a participação dos advogados, mas não condicionou à realização da sessão às suas presenças. Deste modo, a participação dos procuradores é sugerida, mas não obrigatória. Na mediação extrajudicial, esta se torna obrigatória somente no caso de uma das partes comparecer à sessão devidamente assistida (quando então deve ser a sessão suspensa para que a outra parte tenha a possibilidade de se instrumentar com um procurador ou defensor).

Os critérios utilizados para qualificação do mediador judicial divergem daqueles referidos ao mediador extrajudicial. Estabelece-se que os mediadores extrajudiciais podem ser qualquer pessoa que tenha a confiança e credibilidade das partes, bem como a capacidade técnica necessária para fazer a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho ou entidade de classe. Já o mediador judicial deverá ter graduação completa 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). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Por fim, cumpre ressaltar que a grande novidade da lei de mediação é a prerrogativa de que ela poderá ser feita pela internet, ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. (MEDIACAONLINE, 2015).

A partir desta lei, conhecida como Lei de Mediação ou Marco Legal da Mediação no Brasil, acredita-se que haverá uma expansão da utilização da mediação (no âmbito judicial e extrajudicial). Estima-se que a regulamentação (legalidade explícita) desse instrumento irá conferir maior segurança jurídica aos seus usuários, sem falar no fato de que sua utilização pelo Poder Judiciário conferirá às suas resoluções e termos de acordo um status jurídico (agora) inexorável.

Todavia, questiona-se, em contrapartida, se uma regulamentação e se uma incorporação pelo Poder Judiciário são de fato elementos capazes para conferir um “selo” de garantia de desempenho à mediação. De fato, não há que se discutir, estas são conquistas e circunstâncias relevantes. Porém, não se deve jamais esquecer ou afastar as verdadeiras raízes, origens e heranças da mediação: essencialmente extrajudicial, simples, ágil, particularizada e informal. Deve-se cuidar para que o Novo Marco Legal, na medida que proporcione a expansão, não o faça a respeito de uma “nova” faceta, por demais ritualizada, engessada, padronizada. Mas sim, que efetivamente, fortaleça o instituto como celebrado em sua essência.

5 FATORES CRÍTICOS DA MEDIAÇÃO NO BRASIL NA ATUALIDADE DE 2015

Apesar dos imensos avanços e inovações apresentados pelos novos diplomas normativos já explicitados, existe na atualidade alguns pontos críticos que precisam ser enfrentados. O primeiro deles é a concepção de que a mediação presta-se ao desafogamento do Poder Judiciário. Observe que, de acordo com o explicitado acima, o legislador em todas as regulamentações, tentou reduzir o número de demandas judiciais. Porém, como sabido e desenvolvido, muito embora a mediação seja um método de resolução eficiente, esta não é a sua principal função.

A mediação presta-se à solução do conflito na essência, com estímulo à comunicação, restabelecimento dos vínculos, tratamento das diferenças, emoções, sentimentos. É um processo complexo e profundo que, ainda para manter a sua essência, merece ser feito minuciosamente, do como individualizado e artesanal. Tenha-se que o termo artesanal não se refere a uma característica primitiva, mas sim a um atributo por demais qualificado e lapidado.

O grande receio é que os novos diplomas legais, quando manejados pelo Poder Judiciário, promovam uma massificação do processo de mediação, uma desqualificação dos seus profissionais e, por fim, uma “desacreditação” pelos usuários na sua eficiência. Enfim, que o processo de mediação seja demasiadamente desvirtuado. Por isso, ao invés de ampliar tanto a utilização da mediação pelo Poder Público, os novos diplomas deveriam ter se preocupado em

estimular mais e garantir a satisfação do processo por meio de entes privados, já experientes no desenvolvimento das ações mediativas.

Um segundo ponto que merece destaque é a qualificação dos profissionais. Questiona-se sobre o fato de ser ou não suficiente um curso teórico de quarenta horas e um estágio para acompanhamento de apenas dez sessões – como estipulado na Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Evidente que a qualificação para mediar requer muito mais do que o proposto, muito embora esta tenha sido a formatação de capacitação de mediadores judiciais. Outra importante ponderação é a necessidade de realizar um controle de qualidade e satisfação das mediações prestadas – ponto e preocupação silente nas normas comentadas.

Especialmente nos casos em que a participação no processo de mediação for determinada pelo Juiz, deveriam as partes ser convidadas a evidenciar se foram satisfeitas ou não e por quais motivos. Porém, até então, esta temática não está sendo discutida. Corre-se o risco de profissionais estarem mantendo e realizando conciliações, mas as apresentarem erroneamente, por imperícia ou negligência, como mediações.

Nesse sentido, há que se evidenciar que os diplomas legais não definiram como será a remuneração desses profissionais, que a princípio devem ser altamente especializados. As normas fixaram tal discricionariedade aos Tribunais. Logo, muitos deles estimam contar com mediadores voluntários, ou desviar funções de atuais conciliadores (não capacitados a mediar) – subvertendo a prerrogativa da realização de concurso público, já que este não se constitui em uma obrigatoriedade, mas sim em uma faculdade. Dentre as câmaras privadas, igualmente ainda existe uma inespecificidade quanto à cobrança de honorários no Brasil. Deste modo, não raro, as partes sentem-se inseguras quanto à cobrança de tais valores e, na prática, tenderão a utilizar as mediações judiciais (que aparentemente serão gratuitas). Ou seja, ocorre uma extrema ausência de exatidão sobre este tópico.

Outro aspecto crítico é a manifesta desorganização dos Tribunais. Os prazos de *vacatio* são curtos, mas não existe uma movimentação concreta para a implantação dos centros de resolução de conflitos. Tudo ainda esta sendo especulado e a conquista destas leis não podem deixar de ser implantadas. Ademais, é premente a ausência de investimento e de adequação da estrutura física necessária à mediação. No âmbito privado, em contrapartida, observa-se uma grande disseminação e pulverização de câmaras privadas. Porém, não se conhece os níveis éticos ou histórico de boas práticas de muitas destas novas pessoas e o campo pode se apresentar mais mercadológico e capitalista pela busca de clientes, do que sério e eficiente para operação com ética, qualidade e satisfação das demandas.

Um ponto igualmente relevante que precisa ser trabalhado é sobre a participação dos advogados. Muitos destes profissionais ainda mantêm ao extremo a cultura do litígio e estão desencorajados a participar deste processo ou recomendá-los aos seus clientes. Mais grave é que eles próprios não estão preparados para atuar de forma colaborativa nas sessões.

Com efeito, os novos diplomas e atualidades temáticas expressam avanços, mas igualmente críticas e dificuldades de implementação e prática. Não se deve abandonar a causa consensual por conta delas, mas necessita-se estar atento para poder aplicar ações que venham a solucioná-las. Os novos diplomas estão alinhados com as mudanças que precisam acontecer urgentemente no país – qual seja a transformação paradigmática da cultura do litígio para a cultura do consenso.

6 CONCLUSÃO

O processo de mediação tem percorrido um grande caminho no Brasil. Inicialmente era aplicado em comunidades marginalizadas, para conflitos de baixa complexidade, como auxílio de terceiros que em geral eram integrantes daquele mesmo ambiente. O acompanhamento era realizado de forma voluntária, com o intuito de promover a pacificação, o diálogo entre os envolvidos, celebrar a comunicação, restabelecer novos vínculos, promover a participação e a inclusão social. A mediação através do seu escopo, princípios e etapas era tida como um instrumento de empoderamento e autodeterminação, que visava resgatar a autonomia e cidadania de pessoas até então marginalizadas socialmente.

Estes mesmos princípios foram preservados quando a mediação (ainda realizada de modo extrajudicial) passou a ser destinada a conflitos de complexidade mais alta, sobre questões financeiras significativas, capazes de envolver não só pessoas físicas, mas também pessoas jurídicas. Esta aceção representou sensivelmente um avanço, afinal um instrumento tão rico poderia agora disputar novos espaços e solucionar novas modalidades de conflito.

Tamanha foi a sua credibilidade, que o mesmo passou a ser considerado pelo Poder Público. Este, diante da crise que o acomete, percebeu que para promoção da pacificação, garantia de direitos e satisfação do jurisdicionado necessitava de um processo mais leve, ágil, simples, flexível e eficiente. Assim é que a mediação foi adotada pelo Poder Judiciário e conquistou um status de indiscutível aplicabilidade. Desta feita, com o incentivo público, a mediação alcançou conquistas legislativas significativas no ano de 2015, que visam a estruturação de uma categoria de mediação judicial.

Muito embora esta conjuntura represente um avanço, ao mesmo tempo, aponta para fatores críticos que, se não forem devidamente observados e enfrentados, poderão incidir no enfraquecimento e descrédito deste singular instituto da mediação. O primeiro ponto se refere a suposta expectativa imposta à mediação de promover o desafogamento do Poder Judiciário. Infelizmente, o número de demandas é tão amplo que se essa realidade ocorresse, a própria mediação seria abarrotada e os novos projetos fatalmente não alcançariam satisfatoriamente todas as demandas. Logo, a mediação não pode solucionar a crise do Poder Judiciário. Sua função é solucionar conflitos entre as partes com base na comunicação, e isso precisa ser imediatamente esclarecido.

A qualificação dos mediadores precisa ser melhor estruturada e acompanhada, a fim de que não sejam aplicadas verdadeiras conciliações, equivocadamente apresentadas às partes como mediações. Os honorários desses profissionais não estão estipulados, sendo este assunto ainda obscuro. Os investimentos dos Tribunais nas práticas judiciais de mediação ainda não foram postos em prática e o universo jurídico composto especialmente por juízes e advogados ainda apresentam resistência e despreparo para lidar com o novo paradigma não adversarial.

Enfim, o momento é crítico. Muito foi plantado pela experiência originária e extrajudicial da mediação no Brasil e não pode ser desperdiçado. A qualificação dos profissionais e o zelo pela excelente aplicação do processo deve ser a palavra de ordem, aliada à compostura ética. A mediação, ainda que aplicada judicialmente, não pode ser massificada e perder seu principal escopo qualitativo, em troca de um escopo quantitativo. Acredita-se que, diante do novo Marco Legal, o verdadeiro avanço não será a exploração maçante da mediação judicial (método mais uma vez protagonizado pelo Poder Judiciário), mas sim o exaustivo estímulo à mediação extrajudicial, (protagonizada essencialmente por entes privados).

A mediação extrajudicial é, originariamente, a modalidade mais adequada e preparada para a solução consensual de conflitos e por isso deve ser extremamente difundida e validada – inclusive pelo próprio Poder Judiciário, como método auxiliar ao processo judicial. Deve-se persistir a coexistência de protagonistas (públicos / privados) e processos de solução de controvérsias (público processual / privado mediativo). Espera-se, ao final, que todas estas conquistas, ainda que com algumas deficiências momentâneas, sejam capazes de, a certo prazo, gerar uma mudança de paradigma para o tratamento adequado, colaborativo e solidário dos conflitos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 5ª ed. Brasília/DF:CNJ: 2015.

BEZERRA, Tassio. **A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito**. Revista Direito e Sensibilidade. 2011, 1ª edição, p. 211-226. Disponível em: < <http://periodicos.bce.unb.br/index.php/enedex/article/download/4356/3655>> Acesso em: 09 out. 2015.

BRAGA NETO, ADOLFO. **Mediação: uma volta às origens**. Os métodos alternativos de solução de conflitos cada vez ganham mais força no Brasil e no mundo, reavivando velhas práticas pacificadoras como a mediação: depoiment. Publicação em jan. 2009. 13ª edição. São Paulo: Revista Getúlio. Disponível em: <http://biblioteca.digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7031/Ed.%2013%20-%20Entrevista%20%28site%29.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 out. 2015.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out.1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos.Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso: 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>>. Acesso em: 09 out. 2015.

FRANCO, CINTIA. Publicação de artigos científicos. **A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil**, mar. 2015. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: 09 out. 2015.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. **A mediação harvardiana e a mediação transformativa**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 83, 01/12/2010 [Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8622. Acesso em: 09 out. 2015.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Mediação para a paz: ensino Jurídico na era medialógica**. 2002. Artigo. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6863>>. Acesso em: 09 out. 2015.

MEDIACAOONLINE. **A Nova Lei da Mediação (Lei 13.140/2015)**. Disponível em: <http://www.mediacaoonline.com/#!A-Nova-Lei-da-Media%C3%A7%C3%A3o-Lei-131402015/cz9e/55c383210cf26ee10880559b>>. Acesso em: 09 out. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SENADO FEDERAL. **Lei da Mediação entra em vigor em seis meses**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/29/lei-da-mediacao-entra-em-vigor-em-seis-meses>>. Acesso em: 09 out. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2.ed. São Paulo: Ed. Alfa Omega, 1997.