

O NOVO FUTURO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI DE MEDIAÇÃO

João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel¹

RESUMO

Este artigo, através de uma análise bibliográfica e empírica, buscou desenvolver um estudo acerca do instituto da Mediação no atual cenário do processo civil brasileiro, especialmente após as importantes edições dos textos do Novo Código de Processo Civil (Lei13.105/15) e da Lei de Mediação (Lei13.140/15). Sendo uma das principais inovações trazidas pelo código em comento, a Mediação, juntamente com outros meios de solução de conflitos passam a protagonizar o rito processual, e, para tanto, resta necessário um estudo detido acerca deste instituto, bem como acerca de como será sua aplicação após a entrada em vigor de ambas as leis.

PALAVRAS-CHAVE: MEDIAÇÃO. CONCILIAÇÃO. PROCESSO CIVIL. LEI DE MEDIAÇÃO.

¹ Cursando LL.M em Direito: Litigation - Os Novos Desafios dos Contenciosos na FGV Direito Rio. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior, Advogado Colaborativo certificado pelo IBPC, Mediador de Conflitos certificado pelo TJMG. email: joaricardo.pimentel@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma análise empírica e bibliográfica do instituto da Mediação no processo judicial brasileiro, principalmente como esta se dará após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/15).

Inicialmente buscaremos realizar uma distinção entre os Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASC), para, em seguida, dar destaque ao instituto da Mediação. Ato contínuo, abordaremos a evolução do conceito do Acesso à Justiça até a aprovação dos textos do NCPC e da Lei de Mediação, objetos de uma detida análise no último tópico deste trabalho, que não tem o objetivo de esgotar um tema tão rico e pouco explorado na doutrina nacional, mas sim de despertar o interesse e a reflexão sobre o assunto.

1 OS MEIOS ADEQUADOS/ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Inicialmente, é de grande valia observar que diante de conflitos de interesses, algumas posições podem ser adotadas, e visando resolvê-los, existem diferentes métodos de resolução de disputas que podem ser utilizados, a depender de determinados fatores intrínsecos e extrínsecos à questão, são eles: a) evitar o conflito; b) negociação; c) mediação; d) conciliação; e) arbitragem, e; f) judicatura.

Visando facilitar a compreensão, e facilitar o estudo, tais métodos são comumente classificados em subgrupos, sendo a classificação mais adotada entre os

estudiosos a que utiliza o fato de a solução ser fixada através da concordância das partes (podendo ser assim uma composição direta ou indireta a depender da

intervenção ou não de um terceiro), caso em que se denomina Autocomposição, ou através de uma decisão imposta por uma pessoa alheia ao conflito (por exemplo, um juiz ou árbitro), por sua vez denominado de Heterocomposição. A primeira das atitudes a serem adotadas é a de se evitar o conflito, na qual uma parte dispõe a totalidade de seu direito em relação à outra, visando exatamente por fim ao litígio, encerrando a lide existente. Essa situação é caracterizada portanto, como uma 'relação perde-ganha'.

Ainda dentro das relações 'perde-ganha', os Meios Heterocompositivos podem ser métodos de solução de conflitos de utilização voluntária, como é o caso, por exemplo, da Arbitragem, ou procedimento de submissão compulsória, por exemplo, a jurisdição estatal. Estas são caracterizadas pela intervenção no conflito, de um terceiro, que, diante dos fatos que lhe são levados, entregará a prestação jurisdicional às partes, impondo à estas, a sua vontade.

Por fim, os Meios Autocompositivos, que são o verdadeiro objeto deste trabalho, são caracterizados por uma natureza totalmente cooperativa, de submissão voluntária, nos quais através do diálogo entre as partes, objetiva-se tornar a relação controvertida em uma relação "ganha-ganha", na qual necessariamente não há a perda do direito por nenhuma das partes.

Nesse sentido, uma consideração terminológica deve ser pontuada. Normalmente estes métodos são denominados *Meios Alternativos de Resolução de Disputas*, uma vez serem uma alternativa ao ingresso de uma demanda judicial, traduzido da expressão inglesa *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Ocorre todavia, que essa denominação não vem sendo compreendida como a mais adequada, uma vez que tal classificação é objeto de severas críticas pelo fato de colocar o Judiciário como centro gravitacional da alternatividade, e não propriamente o conflito em si.

Dentre os nacionais, destaca-se Carmona (2009, p. 32), segundo o qual:

[...] é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas

(negociação, mediação e conciliação); em caso de fracasso deste diálogo (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos, não os autocompositivos.

Nesse sentido, tratam-se de Meios Adequados de Resolução de Conflitos, e não meramente alternativos, justamente visando conferir-lhes legitimidade e credibilidade perante os jurisdicionados.

Por todo o exposto, visando por fim à essa discussão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do editamento da Resolução nº 125/10, ao tratar do tema, utilizou a denominação da matéria como "Políticas Públicas em Resolução Adequada de Disputas", sendo mais recomendável portanto, a utilização do termo Meios Adequados de Solução de Controvérsias (MASC).

Feitas tais considerações, passemos à uma análise mais detida acerca das peculiaridades de cada método autocompositivo.

1.1 A negociação

A Negociação é o primeiro e mais primordial método de resolução de conflitos, uma vez que pode ser realizado pelas partes diretamente, sem a necessidade inicial da presença de um terceiro facilitador do diálogo. Entretanto, é perfeitamente possível a utilização de um profissional capacitado para o melhor desenvolvimento da negociação (negociação assistida).

Como muito bem pontuado por Braga Neto e Sampaio (2007, p. 11) o objetivo da negociação "não é atingir a meta determinada de uma ou de outra parte (posição), mas,

sim, atender aos interesses comuns e opostos das partes, subjacentes e ocultos pelas posições".

Segundo Vezzulla (2001), a negociação consiste "no diálogo direto entre as partes envolvidas num problema, com o intuito de falar sobre ele e procurar uma solução através de um trabalho criativo, e cooperativo que deverá culminar num acordo mutuamente conveniente".

Dentre as escolas de Negociação, merece destaque o modelo proposto pelo *Program of Negotiation* da Universidade de Harvard, da negociação por princípios, cooperativa ou colaborativa. Neste, o foco não encontra-se nas posições dos negociadores, mas em seus reais interesses, subjacentes à posição que ocupam.

Atentando-se à regra de focar nos interesses subjacentes, alguns outros critérios devem ser igualmente observados segundo o modelo de negociação harvardiano, a saber: a) separar as pessoas do problema (externação); b) criar opções de ganhos mútuos; c) utilizar critérios e padrões objetivos para se negociar, e; d) ter uma alternativa de acordo.

1.2 A Conciliação

Noutro giro, a Conciliação consiste em um meio de resolução de controvérsias, no qual há a necessária presença de um terceiro alheio ao conflito, que, com a devida aptidão para escutar ativamente, consegue detectar um ponto comum das narrativas dos jurisdicionados, servindo a concessão de cada parte para a obtenção de uma

solução mais rápida, que se mostra mais vantajosa do que a própria existência do conflito.

Segundo Luchiarri (2012, p. 15):

A conciliação é o método de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial, que domina a escuta, sem forçar as vontades dos participantes, investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando-os à celebração de um acordo. [...] é útil para a solução rápida e objetiva de problemas superficiais [...], que não envolvem relacionamentos entre as partes.

O importante é frisar que o procedimento conciliatório tende a ser célere, uma vez não requerer o conhecimento da relação preexistente entre os litigantes. A conciliação visa tão somente o fim da demanda, pois mais proveitosa às partes que a perpetuação do conflito.

No que tange à atuação do terceiro facilitador (o conciliador), este pode apresentar sugestões, uma vez que possui o objetivo de evitar os desgastes de uma batalha judicial, e, atuando sem qualquer vínculo com as partes, poderá atuar com liberdade, fazendo-as refletirem sobre os argumentos que lhes foram apresentados.

Concluindo, este é o método mais adotado nos tribunais brasileiros por sua fácil implementação, mas que deve ser adotado prioritariamente em casos nos quais não existem o relacionamento duradouro e continuado entre as partes, sendo o objeto do litígio exclusivamente material.

1.3 A Mediação

Por sua vez, a Mediação pode ser compreendida através do conceito de Moore (*apud* GALVÃO FILHO e WEBER, 2008, p. 21), para o qual:

A mediação é uma extensão, uma elaboração do processo de negociação que envolve a intervenção de comum acordo entre as

partes, de um terceiro, com limitado (ou não) poder de tomar decisões. Este terceiro assiste as partes a alcançar um acordo mutuamente aceitável do problemas em disputa. Assim como a negociação, o processo de mediação deixa o poder decisório primariamente nas mãos das pessoas em conflito. A mediação é um processo voluntário, no qual os participantes devem estar dispostos a aceitar a assistência de um interventor, se ele ou ela quiserem controlar ou resolver suas diferenças. A mediação é usualmente iniciada quando partes não conseguem mais lidar com o conflito e quando sua única forma de resolução aparenta necessitar da intervenção de uma terceira parte alheia à demanda..

Assim sendo, a mediação compreende um método autocompositivo, no qual os envolvidos, auxiliados por uma terceira parte (que pode ser uma ou mais pessoas) neutra ao conflito, objetivam alcançar uma composição do conflito. Em linhas gerais, trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por esta parte alheia à situação, que se utiliza de vários atos procedimentais, para habilitar as partes a melhor compreender seus reais interesses e a encontrar soluções que os atendam .

Autores a distinguem da Conciliação devido à sua características mais marcantes, que é exatamente em relação à atuação do terceiro (mediador). No processo de Mediação, este atua de forma muito mais passiva. Sem embargo este possuir pleno controle para gerir a reunião/audiência, sua atuação é mais restrita, já que não auxilia as partes na geração de opções para solucionar o conflito.

O objetivo dos mediadores reside em promover a comunicação entre as partes, através de um diálogo reflexivo que proporcione o aprendizado conversacional, estimulando a inovação, tolerância ao erro e a geração de confiança no outro.

2 O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo dos anos observamos que o conceito de acesso à justiça vem sofrendo grandiosas alterações, capazes inclusive de modificar legislações, além do próprio ensino jurídico.

Segundo Cappelletti e Garth (1988), ao longo dos séculos XVIII e XIX os litígios civis refletiam uma filosofia jurídica essencialmente individualista dos direitos, de modo que o acesso à justiça correspondia apenas ao "direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação", desde que para tanto, tivesse condições de enfrentar os seus custos, uma vez a atuação do Estado ser altamente passiva, em reconhecimento de um 'direito natural'.

Com a difusão da sociedade do *laissez-faire*, esse mesmo autor afirma que criou-se globalmente uma movimentação em prol da defesa dos direitos humanos, que culminou no editamento da Constituição Francesa de 1946, segundo a qual os direitos humanos "são antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados". Assim, o Estado passou a agir positivamente visando resguardar ao seu povo, estes direitos básicos.

No século XX, camadas populares começaram a se organizar, legitimando discussões em torno do tema. No Brasil, a primeira onda de acesso à justiça ganha força jurídica com a entrada em vigor em 1950, da Lei 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária à população, e, quarenta anos após, com a instituição da Defensoria Pública, por meio da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994.

No contexto atual, a Constituição Federal de 1988, esta onda encontra-se inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no inciso LXXIV do artigo

5º. A Defensoria Pública, por sua vez, foi consagrada no artigo 134 da Constituição como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, e assim, por ter se tornado uma garantia institucional, não pode em hipótese alguma, ser suprimida do ordenamento nacional.

No tocante à segunda onda, cumpre destacar que ao menos no que tange aos interesses metaindividuais, buscou-se desenvolver regras processuais que possibilitassem a alguns entes que, dispondo de maiores recursos e gozando dos benefícios de organização, pudessem enfrentar, em melhores condições, seus *ex adversos*. À estes, estariam abertas as portas para uma maior participação popular no judiciário, uma das possíveis manifestações da cidadania participativa, fundamento do Estado Social e Democrático de Direito, conforme Art. 1º, inciso II da Carta Magna. Nesse sentido, fez-se mister o desenvolvimento de normas próprias para o processo de massa, de modo a operacionalizar uma verdadeira “insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico.”

Sobre esta segunda onda, Cappelletti e Garth (1988, pp. 50) afirmam que:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.

Noutro giro, a terceira onda do acesso à justiça é ampla, uma vez levar em consideração, dentre outros, o papel do magistrado na condução do processo. Este passa a possuir como objetivo, o de atuar ativa e direcionadamente, a contornar os

obstáculos burocráticos e formais que impedem uma prestação jurisdicional efetiva. Esta onda propugna portanto, que os magistrados abandonem o tradicional papel passivo de mero expectador, e passem a atuar de forma ativa na busca da solução do conflito existente, para serem criativos e inovadores durante toda a condução do processo.

Nesse sentido, Baptista da Silva (1996, p. 219 *apud* GASTALDI, 2013):

Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de ‘modernização’ de nosso processo civil, todas elas, como já o dissemos, serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária. Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso ‘paradigma’, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas decepções. Como temos insistido em dizer, é indispensável, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, ‘técnicos sem princípios’, meros ‘intérpretes passivos de textos’, em última análise, ‘escravos do poder’ (Michel Villey, ‘Leçons d’histoire de la philosophie du droit’, Paris, 1957, p. 109), pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder Estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.

Em 1997, como reflexo da terceira onda vislumbrando o acesso à tutela jurisdicional como o “espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania”, o ex-ministro do STF Nelson Jobim demonstrou preocupação com a reforma do Judiciário em seu discurso de posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse Poder da

República. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados. Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação e não a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: acessibilidade a todos; previsibilidade de suas decisões; e decisões em tempo social e economicamente tolerável. [...] Esse dimensionamento, absolutamente necessário, reclama uma análise estratégica do Poder Judiciário, na sua integralidade. Análise essa que induza os 27 Tribunais de Justiça Estaduais, os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, os 5 Tribunais Regionais Federais, com todas as suas estruturas de primeiro grau, juntamente com os 4 Tribunais Superiores e com o Supremo Tribunal Federal a começarem a agir em comum e de forma sistêmica.

No Brasil, observamos mais recentemente, com a edição pelo CNJ de sua Resolução nº 125/10, que o conceito de acesso à justiça encontra-se mais ligado à satisfação do jurisdicionado com o resultado final do processo de resolução de um conflito do que simplesmente com o acesso ao poder judiciário, à formação de uma relação jurídico processual aplicada ao caso concreto.

De acordo com o Manual de Mediação Judicial da Escola Nacional de Mediação e Conciliação elaborado por Azevedo (2015, p. 35):

[...] as pesquisas desenvolvidas atualmente têm sinalizado que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o processo foi justo. Bem como, nas hipóteses permitidas por lei, alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça.

Logo, o que se vê atualmente é que cada vez o conceito de acesso à justiça vem sendo concebido precisamente em administrar-se o sistema público de solução de conflitos, como se este fosse legitimado principalmente pela satisfação do jurisdicionado na condução e resultado final de sua demanda. Não obstante, como ressaltou Luchiari (2012, p. 56):

[...] apesar de ter havido algum progresso no afastamento dos obstáculos econômicos e políticos, com a criação da Defensoria Pública

e do sistema de assistência judiciária gratuita, bem como a edição de leis especiais (Juizados Especiais, Ação Popular, Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor), ainda há muito a ser feito em relação à chamada "terceira onda" do acesso à Justiça (no dizer de Mauro Cappelletti), que visa à pacificação social.

Deve-se pois atentar ao fato de que a mediação e a conciliação são os métodos com melhores perspectivas de efetiva integração à realidade brasileira, principalmente se fizermos uma análise com a proposta do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), aliado à política pública proposta pelo CNJ. Busca-se assim, uma mudança na mentalidade dos operadores do Direito, visando uma formação de novos modelos de profissionais da área jurídica.

Luchiari (2012, p. 123) complementa ainda, que:

Em resumo, o que se pode perceber é que os métodos alternativos de solução de conflitos não podem ser vistos apenas como meios ou métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo "alternativo", utilizado para qualificá-los, mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, havendo uma complementaridade entre a solução adjudicada, típica do Poder Judiciário, e as soluções não adjudicadas.

Tal afirmação se coaduna com o disposto na Carta de 1988, uma vez esta não assegurar somente um acesso à justiça de maneira formal (a mera possibilidade de ingresso em juízo), mas um acesso qualificado, que necessariamente exige ser efetivo, célere, e adequado à tutela jurisdicional, levando em última análise à pacificação social, escopo máximo de nossa Constituição, o que nem sempre se é atingido com a decisão judicial, dada a natureza do litígio, o que só pode ser alcançado através de uma abordagem diferenciada.

Deve-se afirmar de antemão, que não se trata de retirar o prestígio e não se conferir a devida importância dos magistrados, pelo contrário, trata-se de se reservar à

estes, questões mais complexas, que versem sobre direitos indisponíveis, intransacionáveis, ou ainda aquelas em que, mesmo podendo, as partes decidam se submeter à sentença.

Nesse sentido expõe Braga Neto (*apud* GALVÃO FILHO e WEBER, 2008, p. 11)

[...] o paradigma trazido pela mediação traz em seu bojo alguns questionamentos sobre o acesso à justiça e não sobre a justiça ou o poder judiciário, como muitos inicialmente observam. Esse questionamento não é realizado com a pretensão de substituí-los ou contrapô-los, mas sim como uma possibilidade de oferecer um procedimento alternativo para que todos sem exceção possam usufruir da justiça mais rapidamente ou queiram ter seu acesso a ela facilitado, desde que possuam efetivo interesse por esta opção. A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico que justice só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado. Decisão esta muitas vezes restrita a aplicação pura e simples de previsão legal, o que explica o vasto universo de normas no ordenamento jurídico nacional, que buscam pelo menos a amenizar a ansiedade do cidadão brasileiro em ver aplicada regras mínimas para regulação da sociedade.

Ergo, pode-se afirmar que o verdadeiro acesso à justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade, para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas com os seus resultados.

3 A MEDIAÇÃO NA ATUALIDADE

3.1 A Mediação no Novo CPC (Lei nº 13.105/2015)

Em 16 de março de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.105/15, que contém em seu bojo, um código de processo civil bastante reformulado sob diversos aspectos, principalmente no tocante aos MASC. Dentre alguns objetivos cuja menção faz-se necessária, temos o de constitucionalizar o processo, o que fica evidente nos primeiros

artigos da codificação, que em larga escala reproduz textos constitucionais, deixando claro que o NCPC está inserido em um universo normativo em cujo topo, encontra-se a Constituição Federal. Ademais, a nova codificação processual visa tornar mais eficiente o procedimento jurisdicional, por entender que "um código de processo que não garante a realização concreta de direitos, esvazia a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição".

Segundo Wambier (2015, p. 51):

Enfatiza-se a necessidade de se incentivarem os meios alternativos de solução de conflitos, principalmente a mediação e a conciliação (esta última não no sentido de acordo, mas no de processo conciliatório), como forma a contribuir com a criação de uma "cultura" do acordo. Cria-se, com o NCPC, o processo que rende: que resolve de vez a controvérsia subjacente à demanda.

O novo código cria uma nova e relevante diretriz para o processo civil, a de que cumpre ao operador do direito, encaminhar as partes ao mecanismo adequado para a composição do impasse, o que aliás já trazia o art. 1º da Resolução 125/10 do CNJ. Conforme previsto na exposição de motivos da Lei 13.105/15:

Pretende-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Ao abordar tal tema o Novo Código de Processo Civil (NCPC) em seu artigo 3º em seu §2º dispõe que "o Estado promoverá sempre que possível a solução consensual de conflitos", devendo tal promoção ser realizada pelos magistrados, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, como previsto pelo §3º deste mesmo dispositivo.

Digno de menção e de extrema relevância é a necessidade de criação pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, os CEJUSC (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), que, conforme previsão legal do art. 165, *caput* do NCPC, é o local para o qual deverão ser encaminhados os processos, por serem estes os responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação. Cumpre destacar, que novamente o legislador positivou texto constante na resolução nº 125 do CNJ, nesta parte no que tange ao artigo 7º, motivo pelo qual vários tribunais já contam com centros judiciários como este instalados e em funcionamento.

Importante observar ainda, o texto do art. 166 do NCPC, o qual prevê alguns princípios norteadores dos processos de solução de conflitos, a saber: a) independência, pelo qual o processo de mediação é totalmente autônomo, sem qualquer dependência com o desenvolver do processo litigioso; b) autonomia da vontade, uma vez o processo de conciliação e mediação ser regido pela vontade das partes; c) confidencialidade, já que tudo o que for trazido, gerado, conversado entre as partes durante as sessões fica adstrito ao processo consensual, de modo que não pode ser, a menos que haja autorização dos interessados, a externalização de nenhuma informação que lhes diz respeito; d) oralidade, tendo em vista tratar-se de um procedimento conversacional; e) informalidade, dada a ausência de rigidez procedimental e; f) da decisão informada, segundo o qual as pessoas têm o direito de receber informações quantitativas e qualitativas acerca do acordo que estão celebrando, a fim de não serem surpreendidas por quaisquer consequências inesperadas da solução pela qual optaram.

3.1.1 O Mediador

Segundo Moore (*apud* BRAGA NETO e SAMPAIO, 2007, p. 79) o mediador é uma terceira parte capaz de alterar o poder e a dinâmica social do relacionamento conflituado, influenciando as crenças ou os comportamentos das partes.

Ao tratar da pessoa do mediador, o responsável pela condução da sessão, o NCPC no art. 168 do NCPC, segundo o qual as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação, podendo haver ainda a designação de um ou mais mediadores/conciliadores, de modo que não o fazendo, haverá um sorteio dentre os profissionais cadastrados (art. 168 §2º). Ressalta-se que podem ser indicados profissionais capacitados, mas que não encontram-se no cadastro do respectivo tribunal de justiça.

Para que possa atuar, no entanto, não basta a mera indicação ou a distribuição, uma vez que este deve constar cadastrado perante o tribunal de justiça ou tribunal regional federal (art. 167, §1º). Para que possa requerer seu cadastramento, portanto, deve ser obedecido o requisito de ter o mediador realizado curso em entidade credenciada, obedecendo o parâmetro curricular definido pelo CNJ através da Resolução nº 125, e pelo Ministério da Justiça, havendo a previsão ainda de prescindir ou não de aprovação em concurso público (art. 167 §2º e §6º).

No que tange à remuneração, caso não se trate de mediador voluntário, deverá ser obedecida a remuneração prevista em tabela a ser fixada pelo tribunal, como prevê o art. 169 *caput* do NCPC, e, para as câmaras privadas que se cadastrarem, ser-lhes-á determinado um percentual de sessões gratuitas que deverá realizar, como contrapartida pelo seu credenciamento, como conta do §2º do mesmo dispositivo.

Quanto às hipóteses de impedimento e suspeição, previstas nos artigos 144 e 145 do NCPC, incumbe ao mediador comunicar imediatamente tal situação ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, para que este proceda com uma nova designação, de acordo com o art. 170 do NCPC. Cumpre ressaltar que pelo texto do art. 172 e 167 §5º, novos impedimentos surgem para o mediador advogado, que, respectivamente, não poderá assessorar, representar, ou patrocinar qualquer das partes período de 01 (um) ano, e ainda, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Por fim, no tocante à suspensão e exclusão do mediador do cadastro dos tribunais, o artigo 173 do NCPC traz regras a serem obedecidas. De acordo com o texto do §2º, caso o juiz do processo, ou o juiz coordenador do centro de mediação verifique atuação inadequada do mediador, poderá suspendê-lo de suas atividades pelo período de até 180 (cento e oitenta) dias, devendo comunicar o fato ao tribunal, a fim de ser instaurado procedimento administrativo para se apurar a falta porventura cometida. No tocante à exclusão, esta terá lugar sempre que o mediador violar os deveres de confidencialidade e sigilo, previstos nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 166 do NCPC.

3.1.2 Funcionamento do Processo

Inicialmente a abordagem do conflito trazido pela parte deve iniciar com o questionamento pelo advogado, de qual será a estratégia a ser abordada, o enfrentamento pela via contenciosa, ou a busca de saídas pela via consensual. Tendo sido escolhida a via consensual, o advogado, após receber o cliente em seu escritório e realizar uma análise de qual o tipo de conflito em questão, de acordo com o art. 319 inciso VII do NCPC, ao redigir a petição inicial, deverá indicar de antemão, sua opção pela realização (art. 319, inciso VII NCPC) ou não (art. 334 §5º NCPC) de audiência de conciliação ou de mediação. Apesar de já ter sido feita a distinção em momento oportuno, à qual reportamos, deve-se observar na escolha do MASC, que na

perspectiva do NCPC, a conciliação sempre que possível deverá ocorrer nos casos em que não houver uma relação pré-existente entre as partes (art. 165 §2º), ao passo que a mediação ocorrerá preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, visando o restabelecimento da comunicação (art. 165 §3º).

A correta indicação se faz necessária, uma vez ser a mais coerente das possibilidades de indicação, e ser realizada pelo operador do direito que primeiro teve contato com a situação, o que lhe permite filtrar de forma mais interessante, as questões em jogo.

Admitida a petição inicial, será designada dentro do prazo preferencial de 30 dias (úteis) a audiência de conciliação/mediação, devendo desta ser o réu ser citado com pelo menos 20 dias (úteis) de antecedência conforme artigo 334 do NCPC, para que este, em até 10 dias antes da data da audiência (art. 334 §5º NCPC), se manifeste em petição avulsa, constando o requerimento de não realização da audiência inicial de mediação (não é o caso de se aguardar a contestação, uma vez o prazo para esta ter início após a audiência de mediação, ou, quando esta não for realizada, o prazo será contado a partir do protocolo da peça indicando o desinteresse no processo autocompositivo).

Deve-se ressaltar, que para que não ocorra a audiência de mediação, é necessário que ambas as partes manifestem o seu desinteresse, conforme dispõe o artigo 334 do NCPC em seu parágrafo 5º. Isso pois, a partir de uma interpretação sistemática do novo código, caso uma das partes não se manifeste, prevalecerá o disposto no §2º do art. 3º do NCPC, segundo o qual sempre que possível, o Estado promoverá a solução consensual de conflitos.

Havendo necessidade, pode ser o caso de ser remarcada mais uma audiência, que deverá ocorrer, preferencialmente, dentro do prazo de 02 meses. Destaca-se que o §4º prevê que não ocorrerá audiência, quando ambas as partes manifestarem-se seu desinteresse na composição consensual, e, havendo litisconsórcio, todos deverão se manifestar (§6º). Caso alguma das partes não

compareça na audiência, de forma injustificada, ser-lhe-á aplicada multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, a ser revertida em benefício em favor da União ou do Estado.

3.2 A Lei de mediação (Lei nº 13.140/15)

Após sanção presidencial em 26 de Junho de 2015, a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), põe-se fim à uma luta pela regulamentação deste MASC que vem desde 1997 com o projeto de Lei 9.469, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro. Trata-se de um momento de extrema importância e relevância jurídico-histórica por se estabelecer um marco regulatório para a mediação e a conciliação judicial e extrajudicial, uma vez que existe um movimento global de conversão para uma revolução paradigmática na forma de solucionar os conflitos sociais. Trata-se de uma nova cultura cujo pressuposto é o deslocamento da justiça estatal para a autocomposição, e que faz parte de uma segunda etapa tão esperada de reforma do judiciário, iniciada com a promulgação da emenda constitucional 45/2004.

Não obstante os princípios serem mencionados no NCPC (oralidade, informalidade, confidencialidade e autonomia da vontade das partes), a Lei de Mediação em seu artigo 2º, reafirma e positiva outros, que encontram-se implícitos na legislação processual, dignos de menção, a saber: a) imparcialidade do mediador; b) isonomia entre as partes; c) busca do consenso, e; d) boa-fé. No que tange ao princípio da confidencialidade, comum de ambas legislações, o artigo 30 da Lei de Mediação dispõe que este dever aplica-se além do mediador, às partes, prepostos, advogados,

assessores técnicos e demais pessoas que participarem do processo, não abrangendo a ocorrência de um crime de ação pública dentro da sala de audiência.

Em seu artigo 3º a Lei traz que "pode ser objeto de mediação, o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação", podendo inclusive versar sobre todo o conflito, ou somente parte deste. Caso trata-se de direitos disponíveis não é necessária a homologação judicial, o que é imprescindível, caso o litígio verse sobre direito indisponível, porém transacionável, devendo inclusive ser ouvido o representante do Ministério Público.

Inova a Lei ainda no que diz respeito aos mediadores judiciais, que agora deverão possuir, além do curso de capacitação que já trazia o NCPC, um prazo mínimo de 02 (dois) anos de conclusão de curso de ensino superior reconhecido pelo Ministério da Educação.

3.2.1 A Mediação Judicial

Apesar de haver grande proximidade com o que dispôs o legislador anteriormente o texto do Novo Código de Processo Civil, a Lei de Mediação traz algumas modificações a serem observadas pelo operador do direito.

Inicialmente, deve-se observar que encontra-se vetada a possibilidade que trazia o NCPC em seu artigo 168, de as partes em comum acordo elegerem o mediador. Conforme artigo 25, "na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o art. 5º desta Lei". Destarte, às partes cabe somente se manifestarem, no que diz respeito à existência de alguma causa de impedimento ou suspeição do mediador.

Cumprido destacar ainda que a audiência de mediação (ou se for o caso, de conciliação) será uma fase obrigatória do processo judicial, de modo que, conforme artigo 27, caso a petição inicial preencha os requisitos e não seja o caso de improcedência liminar, deverá ser designada pelo juiz da causa, audiência específica para este fim.

Ressalvadas as hipóteses previstas em lei (Lei 9.099/95 e 10.259/01), as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos, como dispõe o artigo 25 da Lei 13.140/15.

Ademais, em seu artigo 28, a lei dispõe ainda, que, havendo mais de um encontro, o processo de mediação deve, salvo acordo entre as partes, ser concluído em até 60 (sessenta) dias, período em que seu andamento ficará suspenso, ressalvada a concessão de medidas de urgência.

Cumprido destacar ainda, no que se refere aos honorários dos mediadores, que segundo o art. 13 da Lei 13.140/15, que estes serão fixados pelos tribunais e custeados pelas partes, sendo resguardada a gratuidade da mediação, aos assistidos pelo benefício da assistência judiciária, como determina o §2º do art. 4º desta mesma codificação legal.

3.2.2 A Mediação Extrajudicial

De maneira inédita, a Lei de Mediação trata dos requisitos e procedimentos que deverão ser observados na mediação extrajudicial, sob pena de se incorrer em anulabilidade. Assim o é, pois segundo Tartuce (2012, p. 406), a anulabilidade "envolve preceitos de ordem privada, de interesse das partes [...] o seu reconhecimento deverá ser pleiteado por meio da denominada *ação anulatória*".

Por se tratar de uma abordagem fora do âmbito do Poder Judiciário, sua estipulação pode se dar através de cláusula contratual de mediação, ou mesmo pela simples escolha das partes. Em se tratando de cláusula contratual, o artigo 22 da Lei 13.140/15 traz como requisitos mínimos obrigatórios: a) prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação; b) local das primeira reunião de mediação; c) critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação, e; d) penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

Interessante é observar ainda a abordagem dada pelo legislador ao instituto, uma vez que na ausência previsão contratual completa o §2º deste mesmo dispositivo elucida que: a) o prazo mínimo será de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; b) deverá ser realizada em local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; c) o convite deverá constar uma lista de cinco nomes, com informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados, cabendo à parte convidada escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, o primeiro nome da lista será considerado escolhido, e; d) a parte convidada que não comparecer à primeira reunião arcará com o valor de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais em futura ação judicial ou procedimento arbitral que envolva o escopo da mediação à que foi convidada.

No tocante ao convite inicial para a mediação, o artigo 21 da Lei de Mediação dispõe que este pode ocorrer através de qualquer meio de comunicação, devendo conter o objetivo oposto para a negociação, a data e o local em que se realizará a primeira reunião, sendo considerado rejeitado o convite que não for respondido em até 30 (trinta) dias da data de seu recebimento (recusa esta que somente ocorre caso não se esteja diante de previsão contratual).

CONCLUSÕES

Chegando ao final deste artigo, partindo-se do objetivo inicial de se realizar um estudo acerca do instituto da mediação, algumas conclusões podem ser extraídas.

A primeira delas reside no fato de que a mediação e os demais MASC, são métodos completamente distintos, cada qual com suas peculiaridades, de modo que se formos tratar apenas da mediação, várias são as escolas existentes, várias são as formas de se entender e lidar com o conflito, visando a sua solução pelas partes.

Em um segundo momento, observou-se que juntamente com os demais métodos autocompositivos, sua origem no ordenamento jurídico data da época imperial de nosso país, alternando momentos de protagonismo, e antagonismo. Nesse diapasão, o estudo da evolução histórica do instituto nos revela ainda que o próprio conceito de acesso à justiça foi se alterando ao longo dos anos de modo a se tornar mais efetivo, necessariamente exigindo assim, uma maior celeridade, e uma maior adequação à tutela jurisdicional, observando os ditames de uma necessária pacificação social, tudo isso observando preceitos constitucionais.

Nesse sentido, como que observando estes elementos, o legislador em boa hora decidiu reformular o processo civil, e regulamentar não só os MASC, conferindo-lhes um *status* especial, com momento apropriado para tanto, e dando liberdade de atuação aos seus profissionais (o que demonstra conhecimento acerca dos processos autocompositivos), mas principalmente regulamentando a mediação através de Lei própria, atendendo a um anseio de décadas.

Apesar de tudo isso, só o tempo e a prática nos tribunais dirão se o legislador ao criar leis que regulamentam a mediação no Brasil, juntamente com os demais MASC, será capaz de fazer com que estes métodos ganhem destaque e passem a assumir o papel de protagonistas, para por um fim à crise existente no Poder Judiciário, promovendo assim, uma cultura da paz.

A NEW DAY FOR MEDIATION IN BRAZIL AFTER THE ADVENT OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE MEDIATION ACT

ABSTRACT

This paper aims, using an empirical and bibliographic analysis, develop a study of the mediation in the actual scenery of the Brazilian institute civil proceedings, particularly after the new civil procedure code and the mediation act. Being one of the most relevant innovations of the referred laws, mediation, also as other methods of conflict resolution, become the protagonist of the legal proceedings, and so, becomes necessary an meticulous study about this institute, and how it will be practiced after the entry into force of both laws.

KEYWORDS: MEDIATION. CONCILIATION. CIVIL PROCEDURE CODE. MEDIATION ACT.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. 5 ed. Brasília, 2015.

BABTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-germânica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos** [Livro]. - São Paulo : Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

BRASIL. **Código de processo civil**. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. *Código de Processo Civil*. Congresso Nacional. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10 de Julho de 2015.

BRASIL. Lei 13.140 de 26 de Junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Congresso Nacional. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 10 de Julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discurso do ministro Nelson Jobim proferido durante a cerimônia de sua posse à presidência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/discursos.asp>. Acesso em: 15 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet [Livro]. Porto Alegre : Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2009.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf>
Acesso em 26 de Junho de 2015.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: Como negociar acordos sem fazer concessões. Trad. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro : Solomon, 2014.

GASTALDI, Suzana. Ondas renovatórias de acesso à justiça e interesses metaindividuais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3817, [13 dez.](#) 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26143>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais Sobre a Mediação Civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). **Teoria Geral da Mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris., 2008.

LUCHIARI Valeria Ferioli Lagrasta. Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça
Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre mediação de conflitos . In Sales, Lília Maia de Moraes (Coord.) **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio - São Paulo - Fortaleza: ABC Editora, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de Introdução e Parte Geral. V. 1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e prática e guia para utilizadores e profissionais. Lisboa : Agora Publicações Ltda., 2001.



WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015