XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

EDINILSON DONISETE MACHADO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez; Edinilson Donisete Machado– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-574-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

A história da humanidade descreve uma realidade em que o ser humano sempre conviveu com o conflito, cuja face se revela na escravidão, homossexualidade, preservação ambiental, liberdade de crença, direito das mulheres a um tratamento igualitário, dentre outras disputas excluídas do debate, porém a evolução do pensamento humano possibilitou a integração das partes conflitantes e a satisfação das necessidades destas. Assim, cada sociedade é fortemente marcada pela existência de conflitos, positivos ou negativos, seja entre sindicato e empresa, entre empregado e empregador, entre nações, entre o marido e a sua esposa, entre crianças, ou seja, em todos os setores e níveis do tecido social, demonstrando-se em cada conflito os valores e motivações de cada parte envolvida, suas aspirações e objetivos, seus recursos físicos, intelectuais e sociais para suscitar ou tratar a disputa.

Nesta tessitura, percebe-se que cada participante de uma interação social responde ao outro de acordo com as suas percepções e cognições deste, as quais podem ou não corresponder à realidade do outro, bem como cada participante é influenciado pelas próprias expectativas em relação às ações e conduta do outro, podendo a interação social ser iniciada por motivo distinto daquele que mantém a integração das partes.

Da interação, os atores são expostos como modelos e exemplos a serem imitados e com os quais se deve identificar. Dessa forma, compreende-se que a interação social se desenvolve em um ambiente (família, grupo, comunidade, nação, civilização) que apurou técnicas, símbolos, categorias, regras e valores relevantes para as interações humanas.

Para a compreensão dos eventos desencadeados pela interação social, devem-se entender as inter-relações dos eventos com o contexto social que envolve cada um. Ademais, salienta-se que apesar de um participante da interação social, seja pessoa ou grupo, ser uma unidade complexa composta por vários subsistemas interativos, ela pode agir unificadamente em determinado aspecto de seu ambiente. E, por conseguinte, tomar decisões no plano individual ou no plano nacional, as quais podem desencadear uma luta entre diferentes interesses e valores de controle sobre a ação (DEUTSCH, 2004).

Para responder aos conflitos surgidos na sociedade, o Estado utiliza-se do Poder Judiciário, a partir da intervenção do juiz, o qual deve decidir os litígios, e pôr fim ao conflito por meio de uma decisão que se torna definitiva e, portanto, imutável. Por outro lado, surgem as práticas

de tratamento de conflitos, as quais objetivam compreender as pessoas envolvidas no embate para alcançar um tratamento qualitativamente adequado, construído pelas próprias partes com o auxílio do terceiro mediador. Por isso, nos próximos pontos, estudar-se-á o papel da mediação como instrumento de tratamento de conflitos e acesso a uma ordem jurídica justa.

Novas práticas de justiça devem ser realizadas a fim de retirar das pessoas a sensação de alienação social operada pelos poderes do Estado e, em especial, por seus representantes. Nessa ótica, verifica-se que a revolução democrática da justiça deve superar primeiramente o distanciamento da justiça das pessoas, estabelecendo um elo sólido e permanente, atendendo à sua função social de garantir e concretizar a cidadania de forma que cada um seja mais consciente de seu papel na sociedade, bem como participe direta e efetivamente do desenvolvimento social, político, econômico e cultural do seu espaço. O exercício concreto da cidadania requer um empoderamento das pessoas, capazes de lidar com o seu próprio conflito e de gerir sua própria vida, razão pela qual o estudo dos meios complementares de tratamento de conflitos realiza esse objetivo.

Nesse sentido, inserem-se as Resoluções n. 125 de 29 de novembro de 2010, e n. 225 de 31 de maio de 2016, ambas do Conselho Nacional de Justiça, a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil vigente desde 16 de março de 2016), e a Lei n. 13/140/2015, a qual regulamenta a mediação judicial e a mediação extrajudicial, introduzindo, igualmente, a mediação na administração pública.

Os capítulos que compõem a linha Formas de Solução Consensual de Conflitos representam a valorização do ser humano, a consensualidade da resolução dos conflitos e o empoderamento dos envolvidos, portanto, contribuem para a concretização do acesso a uma ordem jurídica justa pela implementação da mediação e da justiça restaurativa.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez - URI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO, AS JUSTIFICATIVAS E O CARÁTER DE EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA

CONSIDERATIONS ON THE CONCEPT, JUSTIFICATIONS AND THE CHARACTER OF EFFECTIVENESS OF MEDIATION AS A PUBLIC POLICY

Danilo Christiano Antunes Meira
Horácio Wanderlei Rodrigues

Resumo

O presente artigo propõe uma discussão sobre três pontos relativos à mediação: o seu conceito, as suas justificativas e o seu caráter de efetividade. Essa discussão se justifica porque constituem temas importantes à compreensão do instituto e que aparente não têm recebido a atenção merecida das publicações didáticas e acadêmicas sobre o assunto. A proposta do estudo não pretende oferecer respostas definitivas aos questionamentos apresentados, caso efetivamente possam existir, mas elementos que justifiquem o reposicionamento dessas questões para a centralidade do debate.

Palavras-chave: Mediação, Métodos autocompositivos, Conceito, Justificativas, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes a discussion on three points related to mediation: its concept, its justifications and its effectiveness. This discussion is justified because they are important subjects to the understanding of the institute and that apparently have not received the deserved attention of didactic and academic publications on the subject. The proposal of the study does not intend to offer definitive answers to the presented questions, if they may actually exist, but elements that justify the repositioning of these questions to the centrality of the debate.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Autocompositive methods, Concept, Justifications, Effectiveness

1 INTRODUÇÃO

Algumas discussões recentes e exposições didáticas sobre a mediação entre particulares no âmbito civil sugerem que possíveis divergências e problemas relacionados a esse instituto começam a ser acomodados em consensos tácitos e lugares-comuns. No presente artigo, propõe-se a revisão de três pontos específicos cuja compreensão parece demandar um pouco mais de reflexão.

O primeiro deles é o próprio conceito de mediação. Algumas vezes ele é exposto de uma perspectiva eminentemente teórica, como uma modalidade de solução de conflitos alheia aos contornos normativos que lhe foram conferidos pelos seus marcos legais. Em outras vezes, o conceito é elaborado de uma forma excessivamente normativa e desconsidera os aspectos operacionais do cotidiano jurídico. Os problemas dessas aproximações conceituais se tornam bem evidentes quando a mediação precisa ser diferenciada da conciliação.

No segundo ponto estão as justificativas apresentadas em favor da mediação. Isto é, os argumentos utilizados pela literatura jurídica como aqueles que ensejaram a criação e o estímulo à adoção do instituto. Embora relativamente razoáveis, talvez eles não possam constituir uma explicação adequada e integral.

O terceiro e último ponto, que deve ser lido e compreendido como extensão do segundo, diz respeito ao potencial de efetividade que a mediação pode apresentar em relação às expectativas que o Poder Público depositou sobre ela. Em outros termos, significar colocar em questão a capacidade que a mediação tem de funcionar como solução dos problemas para os quais ela foi convocada. Há razões para supor que, além de não resolver os problemas já existentes, a mediação pode potencializá-los e deflagrar novos outros.

Considerados em conjunto, esses pontos representam alguns dos elementos mais importantes à compreensão do instituto da mediação em suas dimensões teórica e prática. São elementos que não podem ser negligenciados porque os seus desdobramentos não se limitam à possibilidade de existência de diferentes posicionamentos opinativos: em maior ou menor medida, eles moldam a atuação dos profissionais e das instituições responsáveis pela condução do procedimento da mediação desde a alocação de recursos financeiros à homologação dos acordos construídos.

2 CONCEITO: O QUE DIFERENCIA A MEDIAÇÃO DA CONCILIAÇÃO?

Reconhece-se historicamente a existência de quatro categorias de resolução de conflito: autodefesa, autocomposição, arbitragem e processo (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 2). Formas autocompositivas de solução de conflito caracterizam-se pelo fato de que nelas são os próprios litigantes, desde que possam dispor do direito em disputa, que alcançam uma solução sem que seja necessária a imposição de vontade de um terceiro (como na arbitragem ou no processo judicial, por exemplo) ou de uma parte em relação à outra (em caso de autodefesa). As formas autocompositivas podem ser classificadas de acordo com o polo no qual se identifica a atitude compositiva. Será unilateral quando a concessão for feita por quem deduz a pretensão (renúncia ou desistência) ou por quem a ela deve responder (submissão ou reconhecimento). Será bilateral quando existir concessões recíprocas das partes (transação ou autocomposição em sentido estrito) (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 2-3).

Embora sejam as próprias partes as responsáveis pela solução autocompositiva dos conflitos na maior parte das vezes, existem modalidades nas quais elas são auxiliadas por um terceiro. Isto é, existem formas autocompositivas de resolução de conflitos nas quais um terceiro, sem impor a própria vontade, auxilia as partes na tarefa de alcançar um acordo mútuo que resolva o conflito. A mediação é um exemplo dessa modalidade. Isso parece explicar o porquê de algumas exposições conceituais sobre a mediação se fixarem nesses pontos apresentados: a mediação como meio de solução autocompositiva de conflitos no qual um terceiro atua como facilitador do acordo. Um conceito elaborado nesses termos, porém, soa incompleto.

O problema desse conceito eminentemente teórico é que ele também parece servir à conciliação, que é igualmente uma modalidade autocompositiva que inclui um terceiro no procedimento. As diferenças entre elas, a propósito, não costumam ser claras na literatura jurídica e na própria legislação. Na maior parte dos casos, ou os dois institutos costumam ser referenciados sempre em conjunto ("conciliação e mediação" ou "mediação e conciliação") ou são eles usados como sinônimos de uma mesma figura. No entanto, especialmente agora que três instrumentos normativos coexistem e dão contornos específicos à mediação[1], e muitas vezes em uma coexistência problemática (MEIRA; RODRIGUES, 2016. p. 117-137), é justificável buscar uma definição que seja tecnicamente correta.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ não importou com a distinção entre as figuras do mediador e do conciliador. Em muitos casos, inclusive, são designados apenas pela expressão *terceiros facilitadores*. Todas as disposições da Resolução – o currículo de formação, os

1 Os marcos normativos, como expostos nos parágrafos seguintes, são a Resolução n. 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação.

procedimentos de inscrição e desligamento junto aos tribunais e o código de ética, por exemplo – são comuns aos dois. Em outros termos, a Resolução nº 125/2010 do CNJ trata o conciliador e o mediador como uma mesma e única figura.

O Código de Processo Civil, por sua vez, esboça as linhas distintivas mais usadas pela literatura jurídica ao definir o âmbito de atuação de conciliadores e mediadores[2]. Os parágrafos 2º e 3º do artigo 165 indicam que a diferença das duas figuras diz respeito principalmente ao papel exercido no curso da autocomposição e ao vínculo que as partes mantinham antes do conflito[3]. O conciliador atuaria preferencialmente em conflitos nos quais as partes não tinham vínculos anteriores. O seu papel na autocomposição é mais ativo, sendo-lhe permitida a oportunidade de sugerir soluções que possam ser acolhidas pelos litigantes. O mediador, por outro lado, atuaria preferencialmente em conflitos nos quais as partes mantinham vínculo anterior. O seu papel seria restrito ao auxílio na compreensão das questões e interesses conflitantes que possam subsidiar o restabelecimento da comunicação das partes que, dessa forma, poderão elas próprias estabelecer e concordar a respeito de soluções consensuais. Embora essas definições pareçam suficientes para estabelecer um conceito de mediação e, ao mesmo tempo, revelar os traços que a diferenciam da conciliação, é importante notar que eles perdem quase toda a capacidade descritiva. Esse problema ocorre porque a expressão "preferencialmente" abre possibilidade para uma confusão entre os dois institutos no cotidiano jurídico. Na prática, a redação dos enunciados normativos permite que o conciliador atue em casos indicados preferencialmente ao mediador e que o mediador atue em casos indicados preferencialmente ao conciliador: não há vedação para que um profissional atue no lugar do outro. O termo *preferencialmente*, que dá uma ideia de mera recomendação, não tem o mesmo sentido de *exclusivamente*. Além disso, é pouco provável que o mediador, na tarefa de facilitar o diálogo das partes, consiga manter-se silente quanto às possibilidades de acordo que pode sugerir aos litigantes, uma atribuição que, em tese, seria reservada apenas ao conciliador.

A Lei de Mediação não oferece exatamente uma diferenciação entre mediação e conciliação, pois não buscou disciplinar a atuação do conciliador. Todavia, dá uma definição de mediação e enumera as atribuições do mediador. Nessa lei, "considera-se mediação a

2 Ver, por exemplo, BUENO, 2015; CÂMARA, 2017; DIDIER, 2015, p. 276; MARINONI et al, 2017.

3 De acordo com o Código de Processo Civil, art. 165, §2º, "O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos".

atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (art. 1º, parágrafo único). Além disso, a lei dispõe que "o mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito" (art. 4º, §1º) e que "no desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas" (art. 19). Nesses termos, especialmente pela possibilidade de o mediador auxiliar as partes a desenvolver soluções consensuais, a Lei de Mediação parece ter atribuído ao mediador não apenas a tarefa de restabelecer a comunicação e entendimento mútuo entre as partes, como disciplinou o Código de Processo Civil o papel do mediador, mas também a de atuar na construção de soluções, como disciplinou o Código de Processo Civil o papel do conciliador.

Assim, parece estar ainda aberta a questão de estabelecer ou identificar os traços suficientemente distintivos entre mediação e conciliação. Embora os enunciados do Código de Processo Civil forneçam um esboço conceitual dos institutos, amplamente repetido pela literatura jurídica, não há diferença em termos de atribuições práticas. Talvez esse ponto seja resolvido com o tempo pela criação de hábitos e padrões de atuação nos centros de solução de conflitos, nas câmaras privadas e tribunais. Mas talvez o tempo também confirme que essa distinção seja mesmo um problema sem relevância prática: seria realmente necessário distinguir a atuação de conciliadores e mediadores?

3 JUSTIFICATIVAS: POR QUE USAR A MEDIAÇÃO?

A reivindicação do uso de procedimentos autocompositivos de solução de conflitos como alternativa ao processo judicial é sustentada por várias espécies de argumentos. Embora algumas vezes sejam usados em conjunto, eles podem ser compreendidos como diferentes respostas à pergunta "por que usar a mediação?". No presente tópico, serão tratados os três tipos mais comuns[4].

Um primeiro tipo de argumento, empregado principalmente para convencer os litigantes a adotar o caminho da mediação, fundamenta-se na possibilidade de reduzir o

4 Embora não se incluam nos três tipos mais comuns, transcreve-se aqui algumas razões inusitadas dignas de nota: "*a proposta da mediação voltada para o lado da cooperação, em vez de privilegiar o lado adversarial comum ao Direito, permite despertar nas pessoas que desfazem um vínculo conjugal o desejo real de assumir suas próprias vidas*" (SCHABBEL, 2005, p. 13-20).

desgaste emocional das partes[5]. Para Wanderley, por exemplo, "entre os principais benefícios desse recurso [a mediação], destacam-se a redução do desgaste emocional e [...] a melhoria dos relacionamentos" (WANDERLEY, 2004. p. 19). Muniz argumenta que "a redução do desgaste emocional das partes é efetiva pois o mediador tem o condão de facilitar a conversação dos indivíduos de modo que possam, de uma forma pacífica, sem cargas emocionais ou ressentimentos, chegar a um acordo e até voltar no dia seguinte a se relacionar como se nada tivesse ocorrido entre eles" (MUNIZ, 2004, p. 26).

Um segundo tipo de argumento é mais pragmático e justifica o emprego da mediação como possibilidade de reduzir os custos das partes na solução do litígio. Sobottka e Muniz, por exemplo, argumentam que "o único custo da mediação é quanto os honorários do mediador, enquanto, no processo judicial, há custas judiciais, sucumbência e honorários advocatícios, além dos custos sobre a vida das partes" (SOBOTTKA, 2009, p. 111).

Esses dois primeiros argumentos costumam ser expostos pela literatura jurídica como os fundamentos de uma nova cultura de paz. Escolher a mediação é o melhor que as partes podem fazer por elas mesmas: a reconciliação é melhor que o conflito, um acordo é melhor que uma sentença. Ao menos em princípio, a possibilidade de reduzir os custos emocionais e a possibilidade de reduzir os custos econômicos constituem argumentos relevantes para as próprias partes. Por outro lado, eles parecem inadequados para explicar a postura insistente e quase impositiva que o Poder Público tem em relação aos métodos autocompositivos.

O terceiro tipo de argumento implica um redirecionamento da pergunta "por que usar a mediação?". No caso brasileiro, quem deu a respondeu foi o próprio Estado. E as razões que explicam o incentivo à mediação, pelo menos enquanto política de Estado institucionalizada, são próprias dele. Não há dúvida de que a centralidade da mediação na Resolução 125/2010 do CNJ, no Código de Processo Civil e, obviamente, na Lei de Mediação são indicativos seguros de que o Poder Público tem levado realmente a sério a possibilidade de as soluções consensuais de conflito substituírem o processo judicial tradicional na maior medida possível. O objetivo do Poder Público seria poupar as partes de sofrimentos e custos? Não. Trata-se apenas de uma aposta para aumentar a eficiência do Poder Judiciário. Com menos processos – argumenta-se, o judiciário funcionaria melhor e mais rápido. A mediação, nesse contexto, assumiria o papel de filtro: ela não permitiria que boa parte dos conflitos fossem judicializados ou que percorressem todas as etapas processuais. Na perspectiva do Poder Público, a mediação e as demais formas de resolução consensual de conflitos constituem

5 Apresentam argumentam nesse sentido, por exemplo, RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 5, RODRIGUES; TRENTINI, 2013 e WANDERLEI, 2004, p. 19.

simplesmente estratégias para restringir o acesso da população ao Judiciário. Quem diz isso é o próprio Estado.

Na ata da primeira reunião da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil, uma intervenção da professora Teresa Wambier (BRASIL, 2010b) ficou consignada nos seguintes termos:

> E, por último, eu gostaria de dizer só o seguinte: pelos e-mails que nós trocamos e pelas sugestões que vocês mandaram, e eu li todas com muita atenção e com muito carinho, eu senti que realmente a ordem é que a gente, de certo modo, restrinja um pouco o acesso ao judiciário. Na verdade, tendo em vista o valor maior, que é o judiciário poder trabalhar com mais tranquilidade e trabalhar, portanto, melhor.
> Então, eu só gostaria de fazer um apelo que a gente pensasse com mais intensidade numa forma eficiente de incentivar meios alternativos de resolução de conflitos. Já conversei com a professora Ada, com quem gosta desses temas. Eu estive na Inglaterra, ano passado, três meses estudando isso, tenho minha contribuição a dar... Enfim, arbitragem, mediação, conciliação… Isso tudo tem que aparecer no Código diversas vezes para ver se a gente consegue, de certo modo, fazer um Código educativo e mudar a cultura da sentença para a cultura da solução do litígio, não necessariamente através de uma... de uma sentença.

No mesmo período, o CNJ editava a Resolução 125/2010, disciplinando a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O que essa política buscava era igualmente a institucionalização de medidas e ações que estimulam a adoção de procedimentos de resolução consensual de conflitos. As justificativas apresentadas pelo CNJ e abaixo transcritas (BRASIL, 2010a) se mostram bastante parecidas com aquelas manifestadas pelos responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil:

> CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;
> CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;
> CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

> CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;
> CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;
> CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais [...].

É interessante notar que na justificativa do PLS nº 517/2011, do qual se originou a Lei da Mediação, são usadas esses e outros argumentos semelhantes. Assinado pelo Senador Ricardo Ferraço (BRASIL, 2011b), nele se lê que

> A mediação, de inspiração e traços norte-americanos, é o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas. Essa técnica de composição de conflitos não se limita à conciliação dos envolvidos, mas busca resolver as questões emocionais mais profundas que nem sempre são expostas na maneira tradicional de abordagem do problema, seja no setor público, seja no setor privado. […] Como exemplo, tem-se as causas envolvendo pensão alimentícia, em que, na maioria das vezes, a briga financeira é só uma desculpa para o casal resolver pendências afetivas muito mais complexas. Nesta hipótese, a mediação, através de profissionais devidamente capacitados, trabalha o pano de fundo do conflito familiar, a fim de que as partes saiam não só com um acordo financeiro em mão, mas também emocionalmente satisfeitas e com a relação social restabelecida.
> […]
> Não obstante, a mediação tenta quebrar alguns paradigmas arraigados em nossa sociedade, como a cultura da litigiosidade e necessidade de levar ao Poder Judiciário demandas que poderiam ser solucionadas em um ambiente mais propício e com mecanismos mais apropriados. Trata-se, pois, de instrumento capaz de incentivar outras formas de solução das pendências, de reduzir o número de processos judiciais e de combater o desvirtuamento da função judicial do Estado, conferindo, assim, uma leitura contemporânea do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil.

O argumento usado pelo Poder Público é procedente em boa medida. A incapacidade do judiciário atender a sua demanda adequadamente e em tempo razoável é incontestável. Todavia, como será indicado no tópico seguinte, é possível contra-argumentar que o estímulo

à autocomposição pela mediação e outras formas de resolução consensual de litígio pode gerar um resultado não apenas incipiente, mas prejudicial ao funcionamento eficiente que se espera do judiciário. Aqui, porém, se conclui com um quase-paradoxo: o judiciário que funciona melhor é o judiciário que funciona menos? Ele funcionará melhor e funcionará menos para os mesmos litigantes ao mesmo tempo?

4 EFETIVIDADE: A MEDIAÇÃO PODE FAZER O JUDICIÁRIO FUNCIONAR MELHOR?

Pelo exposto no tópico anterior, fica clara a razão da aposta do Estado na promoção dos métodos consensuais de resolução de conflito, dentre os quais se destaca a mediação. Embora ainda não se possa afirmar o êxito ou o fracasso desse esforço, dado o pouco tempo da inovação legislativa, é possível identificar pontos de fragilidade e obstáculos no conjunto da obra. Como visto, não parece muito razoável esperar que o judiciário tenha a sua demanda reduzida através de uma mudança de mentalidade dos jurisdicionados operada por lei, superando uma suposta cultura do litígio por uma nova cultura de paz. Também dificilmente mudará a postura dos profissionais envolvidos, nem mesmo com a inclusão de disciplinas específicas nos cursos de Direito (BRASIL, 2015). É preciso questionar os próprios pressupostos desse raciocínio dado como óbvio.

A hipótese de que os processos ajuizados ou em curso sejam consequências de uma mentalidade voltada à litigiosidade não tem sustentação empírica. É claro que existem casos nos quais o judiciário é chamado desnecessariamente para resolver pequenas tramas particulares, mas é mais razoável afirmar que o que impede uma prestação jurisdicional rápida e adequada, isto é, o que torna inevitável o recurso excessivo ao judiciário, é uma cultura de desrespeito de direitos. A lista dos grandes litigantes (BRASIL, 2011a) e flagrantes emblemáticos (GREGO, 2012) fornecem indícios de que essa hipótese é mais plausível que a primeira.

Resumidamente, parece que o congestionamento do judiciário não é causado por brigas de vizinhos ou de familiares que precisam de reconciliação, mas grandes empresas e órgãos públicos que consideram a lesão de direitos como oportunidade de obter vantagem econômica. Nesse contexto de relações entre particulares e empresas ou Estado, embora a mediação não possa ser utilizada em respeito ao princípio da isonomia entre as partes, a conciliação tem grandes chances de ser recebida como mais um incentivo à inobservância de

Direitos e isso, consequentemente, implicará no incremento de demanda do judiciário. Tem a mesma opinião Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), ao afirmar que

> [...] a distância econômica entre o litigante contumaz (fornecedor) e o litigante eventual (consumidor) gera transações – ou conciliações a depender do sentido emprestado ao termo – absolutamente injustas e que passam longe da tão propalada pacificação social. Se parece interessante por variadas razões para o fornecedor, para o consumidor a transação é muitas vezes um ato de necessidade, e não de vontade, de forma que esperar que ele fique satisfeito pela solução do conflito é de uma ingenuidade e, pior, de uma ausência de análise empírica preocupantes.
> E há mais, porque, ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, outra ideia subjacente ao incentivo dos métodos de resolução consensual de conflitos, especialmente o da mediação, é a de que eles possibilitarão uma significativa economia ao Poder Público na medida em que determinadas causas não sigam o processo judicial até o fim. No entanto, talvez a institucionalização dessas medidas tenha um resultado contrário. O funcionamento da mediação judicial requer a contratação de pessoal, treinamento permanente, dedicação exclusiva para alguns juízes e servidores e novas instalações físicas – isso para não falar dos custos indiretos. A não ser que o êxito de autocomposições seja significativamente alto e alcance processos de grande complexidade, a mediação funcionará apenas como etapa adicional do processo judicial. No fim das contas, o que se tem é uma terceirização precária do papel do juiz de solucionar conflitos – e aqui sem poder decisório – em uma espécie de justiça de segunda categoria no plano orçamentário e operacional.

Em terceiro lugar, a normatização da mediação em três institutos distintos, como percebido, ficou redundante e causa confusões. Já foi até dito que existem possibilidades de compreender as disposições do Código de Processo Civil, lei anterior e geral, como prevalecentes em relação à Lei de Mediação, posterior e especial[6]. Esses problemas poderiam

6 Como se lê no artigo de Flávia Tartuce, por exemplo: "*Considerando as regras de vacatio legis previstas nas leis, a Lei de Mediação incidirá no ordenamento antes do Novo CPC. Embora haja dispositivos semelhantes, há também diferenças marcantes entre as previsões normativas das legislações; quais merecerão prevalecer? É útil sistematizar dados sobre as teis para compreender seu perfil. Para entender como pode se dar a interação normativa, é importante analisar a Lei de Introdução às Normas do Direito*

ser evitados se o CNJ tivesse dialogado mais com o legislador ordinário e os legisladores ordinários conversado mais entre si. O CNJ, embora tenha sido o primeiro a apostar na mediação com a Resolução 125/2010, avança claramente para questões que escapam à sua competência por não poder vincular nenhum outro que não esteja submetido administrativamente ele. Chegando o Código de Processo Civil, cujas disposições trazidas à disciplina da conciliação seguem intactas, ele teve revogada grande parte das disposições referentes à mediação antes mesmo de produzir efeito. A disciplina da mediação do Código de Processo Civil só valerá naquilo em que não contrariar ou repetir a Lei de Mediação, que é especial e posterior. E há muitas repetições e algumas incompatibilidades. Apenas para citar um dos exemplos, o prof. Duarte (2010) observa que

> [...] o Novo CPC permite que a audiência do artigo 334 do Novo CPC não se realize mediante consenso das partes quanto ao desinteresse no consenso, manifestado antes da data aprazada para o ato (§§ 4o e 5o). É o consenso quanto ao dissenso.
> Pois bem, no tocante à mediação, a disposição do Novo CPC é natimorta, pois a audiência de mediação, frente ao disposto na Lei de Mediação, não pode ser dispensada pelas partes, como se afere da leitura conjugada dos seus artigos 3o e 27.

Em quarto lugar, o currículo mínimo de formação de mediadores precisa ser revisto em alguns pontos. Enquanto o conteúdo surpreende pela atualidade, a hipótese de estágio autossupervisionado com casos reais beira ao absurdo. Chama também a atenção a ausência de capacitação jurídica específica para o exercício de uma função que, dentre as suas atribuições, tem o dever de auxiliar as partes a compreender o conflito e reduzir a termo os acordos alcançados. Na forma em que está, provavelmente serão muitos os acordos ilícitos celebrados com o auxílio de mediadores sem formação jurídica adequada.

Por fim, outros problemas envolvendo a celebração de acordos por mediação podem decorrer da combinação entre ranqueamento por sucesso obtido e remuneração. Ainda que existam disposições que limitem a atuação do mediador e garantam a autonomia das partes no consenso, abusos podem ser cometidos ou permitidos apenas para garantir uma boa

---

Brasileiro: o Decreto-lei n. 4.657/42 contempla relevantes critérios de hermenêutica jurídica a serem cotejados pelo intérprete caso, no momento de aplicação das normas, constate imperfeições. Seu artigo 2º consagra o princípio da continuidade da lei: a norma, a partir de sua entrada em vigor, tem eficácia continua até vir outra que a modifique ou revogue. Tal diretriz trabalha com o referencial de vigor das leis. Sob tal prisma, uma primeira questão a ser respondida é: dentre as duas novas legislações, qual é a lei posterior? Se considerarmos a publicação, lei posterior será a Lei de Mediação, que adveio três meses depois do Novo CPC. Contudo, como ela integrará o ordenamento jurídico antes (por sua vacatio legis ser mais curta), em termos de vigor o Novo CPC virá ao ordenamento depois" (TARTUCE, 2015).

classificação na lista elaborada pelo tribunal. O mesmo se pode dizer da pontuação que os juízes se esforçarão para conseguir com vistas à promoção e remoção por merecimento. Sobre a coordenação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, não parece razoável que um juiz assuma a função de administração. Eles não são qualificados para a função.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, fica evidente a necessidade de que o conceito, as justificativas e o caráter de efetividade da mediação sejam reposicionados em termos de consenso acadêmico. Eles demandam reflexões mais incisivas e que se distanciem dos lugares-comuns.

O já velho conceito de mediação repetido por livros e artigos, bem como os contornos que traçam a sua diferença em face da conciliação, parece não garantir um mínimo de potencial descritivo da mediação enquanto atividade prática. Não se trata, porém, de um problema conceitual. De certa forma, ele reflete uma política pública concebida para gerar um certo tipo de resultado que independe do rótulo que possa ser assumido como próprio. E os marcos normativos da mediação parecem ter seguido essa inspiração política ao criar indistinções entre a mediação e a conciliação. O que parece estar em jogo aqui, e que precisa ser refletido em outros estudos, é a importância de se definir os limites do procedimento e dos profissionais responsáveis pela mediação em termos que não sejam meramente repetições de enunciados normativos considerados isoladamente.

Sobre as justificativas e o potencial de efetividade da mediação, a relevância da discussão alcança âmbitos mais amplos. Como exposto, embora o apelo à economia emocional e financeira das partes possa ser um argumento procedente, a insistência em colocá-lo em uma posição de centralidade encoberta aquilo que de mais decisivo pesou para a instituição da mediação como política pública: a necessidade de incrementar a eficiência do judiciário na solução de demandas. Se isso já não fosse um dado em si mesmo importante, a omissão dessa terceira justificativa não permite refletir, ao menos de forma imediata, a capacidade que a mediação tem de resolver o problema para o qual ela foi pensada como solução. Há, como visto, chances de que ela seja inclusive desfuncional.

O estímulo acrítico à mediação pode ser visto como um incentivo oportuno aos litigantes contumazes. A incapacidade do judiciário resolver litígios adequadamente e em tempo razoável, obviamente, não pode ser colocada em causa, mas sim a expectativa de que a mediação, bem como os demais métodos de resolução consensual de litígios, possa resolver

esse problema em uma medida expressiva e sem nenhum resultado negativo para o jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CNJ. *100 maiores litigantes*. Brasília, março de 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acessado em 11/09/2016.

BRASIL. CNJ. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. 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/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf> Acessado em 01/09/2016.

BRASIL. OAB. *Ofício n. 036/2015-RD* - Solicitação de inclusão obrigatória das disciplmas de mediação e arbitragem nas grades cumculares das faculdades de direito. Disponível em <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/07/oficio-036-renato-janine.-mec.-inclusao.-disciplina.-grade-curricular.-curso-de-direito.2.pdf> Acessado em 09/09/2016.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Ata da 1ª Reunião da Comissão de Juristas – Novo CPC, realizada em 30 de novembro de 2009. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, ano LXV, nº 003, quarta-feira, 3 de fevereiro de 2010 – Brasília - DF. p. 545. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=03/02/2010&paginaDireta=545>. Acessado em 02/05/2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Ata da 1ª Reunião da Comissão de Juristas – Novo CPC, realizada em 30 de novembro de 2009. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, ano LXV, nº 003, quarta-feira, 3 de fevereiro de 2010 – Brasília - DF. p. 545. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=03/02/2010&paginaDireta=545>. Acessado em 02/05/2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011* - Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95105.pdf> Acessado em 07/09/2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação. *Jota*. 2015. Disponível em <http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao> Acessado em 12 de setembro de 2016.

GREGO, Maurício. Anatel: TIM derruba ligações de propósito. *Revista Exame*. 2012. Disponível em <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/anatel-tim-derruba-ligacoes-de-proposito> Acessado em 11/092016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: teoria do processo civil. Vol. 1 [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade. *Revista Jurídica da Fa7*, v. 13, n. 2, jul./dez. 2016. p. 117-137. Disponível em: <http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/61> Acesso em: 22 ago. 2017.

MUNIZ, Deborah Lídia Lobo. A mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania. *Revista Jurídica da UniFil*, ano I, nº 1, 2004, p. 26. Disponível em <http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-6.pdf> Acessado em 08/09/2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria Geral do Processo*. 4º ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016. p. 2.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; TRENTINI, Maria Alice. A implementação da mediação no Brasil: uma análise crítica da Resolução CNJ n.º 125/2010 e do PL n.º 8.046/2010. In: *I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*, Santa Cruz do Sul, UNISC, 22-23 ago. 2013. Anais... Santa Cruz do Sul: UNISC, 2013. p. 1-21. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacaoejr/article/view/10857/1389 > Acesso em 22 ago. 2017.

SCHABBEL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. *Psicol. teor. prat.*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 13-20, jun. 2005. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872005000100002&lng=pt&nrm=iso> Acessado em 10/092016

SOBOTTKA, Fernanda Pinheiro; MUNIZ, Tânia Lobo. Da ilusão do normativismo à mediação como instrumento de pacificação social. *Revista de Direito Público*, v. 4, n. 3, p. 98-117, set/dez 2009, p. 111.

TARTUCE, Fernanda. Interação entre o Novo CPC e a Lei de Mediacao: Primeiras reflexões. *Portal Processual*. 2015. Disponível em <http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes/> Acessado em 11/09/2016.

WANDERLEI, Waldo. *Mediação*. Brasília: MSD, 2004. P. 19.