

MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA SOLUÇÃO OU MAIS UMA POSTERGAÇÃO PARA CRISE DO JUDICIÁRIO?

MEDIATION IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: A SOLUTION OR ANOTHER POSTPONEMENT FOR THE CRISIS IN THE JUDICIARY?

Daniella S. Palheta da Fonseca¹
Raphaella Palheta da Fonseca²
Simone Maria Palheta Pires³

RESUMO

O presente trabalho pretende refletir sobre o instituto da Mediação no novo Código de Processo Civil, bem como seus princípios norteadores. Pretende-se ainda refletir, se o instituto da Mediação, tal qual como previsto na norma processual, como um meio de solução de controvérsia, é suficiente para minimizar a crise do Judiciário que torna a prestação jurisdicional lenta, ineficiente e imprevisível. O novo Código de Processo Civil seguindo o reclame do movimento de *acesso à justiça*, buscou dar destaque aos mecanismos consensuais de resolução de conflito aderindo às tendências processuais modernas, inclusive ao que dispõe a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que disciplina sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido, faz-se imperiosa a análise do tratamento dado ao mecanismo da mediação e seus princípios norteadores previstos no NCPC, e se tal disciplina terá a adesão da sociedade e do Poder Judiciário para que a cultura demandista dê lugar a tendência à desjudicialização dos conflitos, acompanhada, por uma maior oferta de meios auto e heterocompositivos de solução de controvérsias. Ou se, de outra feita, torna-se-á somente mais uma norma sem eficácia aparente que deixa de alcançar os fins a que se destina.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Novo Código de Processo Civil. Mediação. Conflitos

ABSTRACT

The present work intends to reflect on the institute of mediation in the New Code of Civil Procedure and its guiding principles. It also intends to reflect if the institute of mediation, as laid down in the procedural rule, as a form of dispute settlement, it is sufficient to minimize the crisis of the judiciary that makes adjudication slow, inefficient and unpredictable. The new Code of Civil Procedure, following the claim of the movement for

¹ Graduanda em Direito pelo Centro de Ensino do Amapá

² Graduanda em Direito pelo Centro de Ensino do Amapá

³ Doutoranda em Direito pelo doutorado interinstitucional entre UFMG/UNIFAP, professora assistente da Universidade Federal do Amapá/UNIFAP.

access to justice, sought to highlight the mechanisms of consensual resolution of conflict by adhering to modern procedural trends, including what the Resolution no. 125, of November 29, 2010 of the National Council of Justice - CNJ, discipline on the National Judicial Policy of proper handling of conflicts of interest in the context of the Judiciary. In this sense, it is imperative to review the treatment given to the mechanism of mediation and its guiding principles set out in the new Code of Civil Procedure, and if this discipline will have the membership of the society and the Judiciary, for the culture of judicial proceedings give place to the tendency to not award the conflicts together with a greater require of alternative dispute resolution (ADR); or if it will become just another law rule without apparent effectiveness, which no longer achieves the purposes for which they were intended.

KEYWORDS: Access to the justice; New Code of Civil Procedure; Mediation; Conflict

INTRODUÇÃO

“A mais bela função da humanidade é de administrar a justiça”. (Voltaire)

Ante ao desafio do Estado Democrático de Direito com a mais absoluta prioridade à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e entre eles o acesso à justiça, fez-se necessário um novo Código de Processo Civil, que atendesse as demandas para uma nova ordem processual. Nesse sentido, é forçoso reconhecer a importância das reflexões sobre os institutos processuais que sejam facilitadores ao acesso a uma ordem jurídica justa. Chamo de “nova ordem processual” o tempo presente em que o Novo Código de Processo Civil foi sancionado pela Presidente Dilma Rousseff, e tem um período de *vacatio legis* de um ano, com a finalidade de dar celeridade processual e atender as novas demandas processuais que exigem um procedimento mais democrático e justo. Tais demandas surgem com a crise da Justiça consequência de uma macrocrise do próprio Estado e da perda de credibilidade das instituições políticas e jurídicas. Nem a Justiça e nem o Estado conseguem atender aos anseios do cidadão comum, que clama não somente por um “processo legal”, mas pela garantia de um processo justo. É uma “nova ordem processual” porque não estamos mais tratando de uma grande reforma, mas de um novo Código, uma nova visão do processo civil, que sugere um repensar sobre o modelo de resolução de conflito atual.

Nesse contexto, surge uma nova visão do conflito que se contrapõe a uma visão que predomina entre aqueles considerados práticos e teóricos do direito (TARTUCE, 2012), e, que se assenta em três premissas principais sobre os litígios: 1. As partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. As disputas devem ser resolvidas

pela aplicação de alguma lei abstrata através da judicialização do conflito; 3. O Estado tem o monopólio da jurisdição, assim somente ele, o Estado, pode dirimir conflitos.

O Código de Processo Civil que foi revogado era fundado nessa visão que não considera formas alternativas de resolução de conflito e por isso, não dispunha sobre Mediação e nem sobre qualquer outro meio de solução de controvérsias. O antigo Código foi moldado para atender a uma pequena burguesia que tinha muita facilidade de fazer uso do aparato judicial. Com a elevação do *acesso à justiça* a categoria de direito fundamental pela CF/88, a idéia era tornar acessível o Judiciário, ou seja, desencastela-lo para receber a massa de cidadãos que necessitavam de respostas jurídicas. Ocorre que essa visão minimalista do *acesso à justiça* foi gestada uma cultura demandista ou judiciarista que conseqüentemente trouxe com ela litigiosidade excessiva produtora de somente uma solução de conflitos, a adjudicada.

Para adequar o direito processual brasileiro a nova ordem processual, o novo Código de Processo Civil traz em seu bojo, e em localização bem variada em todo o corpo de seu texto, o instituto da Mediação, bem como outros meios heterocompositivos.

Para assegurar a compreensão do presente artigo, revela-se importante apresentar um conceito básico de Mediação que será adotado para fortalecer o entendimento dos argumentos ora apresentados, asseverando, por conseguinte, que adiante será aprofundada a análise do conceito segundo a doutrina dominante. Para tanto, utilizaremos também o proposto pela Resolução 125/10 do CNJ que diz que “Mediação é um método consensual de solução de conflitos, efetivo para propiciar a pacificação social, solução e prevenção de litígios”³.

Não serão analisados detidamente todos os dispositivos do novo Código de Processo Civil que tratam sobre a Mediação, mas será utilizado um método de análise indutivo, partindo-se de alguns dispositivos específicos para se concluir acerca do todo. Importante, no entanto, é a análise dos princípios norteadores da Mediação inculpidos no texto do novo Código de Processo Civil, por se tratar do fundamento do instituto. A proposta é a de ampliar a reflexão sobre o teor do tema abordado, como também sobre algumas possibilidades de interpretação.

Por fim, a reflexão terá como objeto o instituto da Mediação e seu potencial em ser instrumento que minimize a crise na administração da Justiça ou, de outra feita, será mais um meio de postergar a mudança do paradigma demandista e de soluções

adjudicadas.

1. APROFUNDANDO-SE NO CONCEITO DE MEDIAÇÃO

A palavra mediação, conforme Lalande (1993) é originária do adjetivo inglês *mediate*, embora se admita “sua vinculação com o francês *mediat*” (SIGNATES, 1998), do qual se originou o substantivo *médiation* e seus derivados, como *intermediation*. No latim *mediar* é *mediare*, que significa: “ficar no meio de dois pontos, no espaço, ou de duas épocas, no tempo. Pertencer a média”

Segundo Signates (1998), o conceito de mediação procede principalmente de duas vertentes filosóficas: a idealista, de origem cristã, e a hegeliana, que se identifica com a de tradição marxista. A primeira tem sua origem na teologia cristã que defende que Cristo é o mediador entre Deus e os homens, portanto é aquele que irá tentar dirimir os conflitos oriundos entre a santidade de Deus e o pecado do homem. A segunda corrente tenta explicar a Mediação através dos vínculos dialéticos entre categorias separadas na sociedade.

É incontroverso, no entanto, que Mediação está ligada a ideia de intermediário ou no sentido de Signates (1998) a “elos intermediários” noção que também está ligada a epistemologia behaviorista⁴.

O primeiro a teorizar sobre a Mediação, segundo Wilhams (1979), foi Benjamin que recebeu uma herança marxista:

“permitiu pensar a relação da transformação nas condições de produção com as mudanças no espaço da cultura. Outra preocupação, no entanto, animava os estudiosos do marxismo, a da relação entre a infraestrutura e a superestrutura, dando origem a uma noção que antecede a de mediação: a noção de *reflexo*”. A partir da ideia de reflexo no marxismo, surge então a ideia de mediação, “concebida como um processo ativo, um ato de intercessão, reconciliação ou interpretação entre adversários ou estranhos”.

Segundo Signates (1998) na filosofia idealista, o termo “mediação estava ligado à conciliação entre opostos dentro de uma totalidade”. Ou, num sentido mais neutro, interação entre forças separadas.

No direito, inúmeros são os teóricos que apresentam conceitos para Mediação. No entanto, para assegurar a devida clareza na exposição do tema, recepciono no

⁴ Behaviorismo significa *comportamento* (do inglês, behaviour), também designado comportamentalismo. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Behaviorismo>

presente trabalhado, um conceito de mediação apresentado por Tartuce (2012):

Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.

Na Mediação, o mediador busca, de forma imparcial e através de um método interrogativo, promover a reflexão dos envolvidos para que se estabeleça um ambiente propício ao diálogo produtivo. O mediador não deve induzir, não deve influenciar, não deve interferir. O mediador deve promover o diálogo para que os envolvidos no conflito cheguem, sozinhos, a um consenso.

1.1. Breve relato histórico da Mediação no Brasil

Através do Projeto de Lei nº 4.827/98 proposto pela Deputada Zulaiê Cobra, a Mediação no Brasil ganha forma legislativa, porém o texto do projeto estabelecia a definição de Mediação e elencou somente algumas breves disposições a respeito do tema (PINHO, 2008).

Desde 1999, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) já havia constituído uma comissão para elaborar um Anteprojeto de Lei que tinha como objeto a Mediação no processo civil, que diante da existência do PL 4.827/98 foi realizada uma audiência pública promovida pelo Ministério da Justiça onde foi elaborado um novo texto que foi enviado para o relator do projeto no Senado Federal, Senador Pedro Simon, que apresentou um substitutivo inspirado no texto.

Em 14 de março de 2006, o Poder Executivo resolveu encaminhar um Projeto de Lei autônomo, baseado no texto elaborado pelo IBDP que foi recebido e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Ocorre que o projeto ficou paralisado na Câmara até então (PINHO, 2011).

Em 2009, foi convocada uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, que tinha como missão elaborar um novo Código de Processo Civil. Em tempo recorde foi apresentado um anteprojeto, convertido em Projeto de Lei nº 166/10 submetido a discussões por uma comissão especialmente constituída por senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em dezembro de 2010, foi apresentado um substitutivo pelo senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações. O texto foi então encaminhado

para Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8046/10 e, no dia 05 de novembro de 2003, foi aprovada a sua parte geral.

Como dito alhures, em 16 de março do ano em curso, o novo Código de Processo Civil foi sancionado pela presidência da República com um período de *vacatio legis* de um ano.

Vale ressaltar que a partir do advento da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, a Mediação tornou-se um instrumento efetivo de solução de conflitos e coube ao Judiciário a tarefa de estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, reconhecendo a Mediação como uma forma alternativa de resolução de conflito.

2. A solução de conflitos e crise do Judiciário

Sob uma perspectiva sociológica, os conflitos sempre existiram e sempre existirão uma vez que as divergências fazem parte das relações interpessoais. Portanto, a pacificação total e completa da sociedade é medida inatingível.

Os conflitos não devem permanecer, ou seja, devem ser resolvidos. Ocorre que o método tradicional via Judiciário mostrou-se insuficiente para atender a demanda social. Nesse diapasão, é sabido que a cultura judicialista do processo sempre foi estimulada desde as universidades e nossa sociedade acostumou-se a ver o Judiciário não como *ultima ratio* mas, como a única via para solucionar os conflitos.

Estamos vivendo um período de transição para adotarmos uma nova visão para solução de conflitos, onde a sociedade civil assume um papel importante na administração da justiça, e a Mediação é um dos mecanismos importantes para minimizar a belicosidade excessiva, característica marcante de nossa sociedade, e desafogar o Judiciário, pois uma justiça que tarda é falha.

O Estado não pode deter o monopólio exclusivo da justiça e sim da jurisdição, um outro caminho ou caminhos deve ser aberto em busca de soluções adequadas de controvérsias e, nesse sentido andou bem o novo Código de Processo Civil que está alinhado com a tendência moderna.

A crise do Judiciário é uma realidade, é inquestionável. As reformas eminentemente legais não serão suficientes para evitar o “tsunami” de processos que diariamente se originam dentro dos tribunais brasileiros. Segundo Cintra (2008):

As estatísticas estão a evidenciar que um Judiciário sobrecarregado não pode ser eficiente e que a reforma do Judiciário, nos dias atuais, deve compartilhar o poder de julgar do Judiciário com a participação pró-ativa da sociedade civil organizada, de modo a concretizar as palavras do então Ministro da Justiça, Marcio Thomaz Bastos, para quem, “quando a Justiça se tornar transparente e célere, avançaremos para a democracia civil, não nos limitando a já consolidada democracia política eleitoral”.

É importante o reconhecimento de que a sociedade civil deve participar ativamente na luta pela paz e pela justiça. A sociedade civil não irá substituir o Estado na tarefa de pacificação social, mas contribuirá de forma organizada e normatizada para que todos tenham acesso a uma ordem jurídica justa (CINTRA, 2008).

Uma nova noção de *acesso à justiça* deve ser incentivada, ou seja, a de que paralelamente a democratização desse acesso deve caminhar a tendência da desjudicialização dos conflitos e a oferta crescente dos meios auto e heterocompositivos, como mediação, arbitragem, avaliação neutra de terceiro, compromissos de ajustamento de conduta, credenciamento de órgão e instancias com poder decisório em matérias específicas, além de outras modalidades decorrentes da combinação desses meios.

As grandes reformas operacionalizadas pelo legislativo em que os procedimentos processuais foram reduzidos e a exclusão de alguns outros tantos, não foram suficientes para mudar o quadro da crise na prestação da tutela jurisdicional. Nem mesmo um novo código é suficiente, pois de acordo com Boaventura de Souza Santos⁵ para que a *revolução democrática da justiça* tenha êxito, é necessário que seja criado uma nova gestão e organização judiciária; revolução na formação profissional desde as universidades até a formação permanente; novas concepções sobre independência judicial; uma cultura democrática e não corporativa entre outras mudanças.

No presente trabalho, a proposta é analisar somente o instituto da Mediação como instrumento que irá contribuir com a distribuição da justiça ou, para uma democratização mais efetiva da justiça.

⁵ Santos, Boaventura de Souza; *Para um revolução democrática da justiça*. 3a. Ed. Revista e ampliada.

3. A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O atual Código de Processo Civil incentiva à Mediação e a conciliação nos seguintes termos: “a realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Nesse aspecto o Código de Processo Civil está alinhado ao que previamente dispõe a Resolução 125/CNJ e ao Código de Ética do Advogado que prescreve o dever do advogado em estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios⁶.

Tartuce (2012), faz algumas considerações sobre o verbo utilizado pelo legislador processual civil em seu art. 165, que diz:

“Art. 165. Todos os tribunais criarão centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e **estimular** a autocomposição”. (grifo nosso)

Segundo Tartuce (2012) o verbo “estimular”⁷ possui mais de uma interpretação por ser um vocábulo equívoco.

Ao promover o meio consensual e encontrar resistências à adoção do método, quem intervém em prol do consenso pode se frustrar e degenerar para insistências excessivas e inoportunas. Especialmente quando quem protagoniza a tentativa de abordagem consensual é o juiz, a situação pode se tornar ainda mais perigosa por força da autoridade que detém.

O receio é que o verbo *estimular* acabe por ensejar condutas autoritárias e manifestações desnecessárias sobre o longo tempo para uma decisão judicial, ou uma possível sucumbência no processo.

⁶ Art. 2º, § único, VI e VII do Código de Ética do Advogado

A autora cita o significado do verbo estimular pelo Dicionário Houaiss que diz: Estimular: 1. dar incentivo a; despertar o ânimo, o interesse, o brio de; encorajar, incentivar, incitar; 2. Empenhar-se para que (algo) seja criado, realizado, ou intensificado; impulsionar, promover; 3. Submeter à ação de um estímulo; ativar, excitar; 4. Tornar-se ofendido ou agastado; ofender(-se); aborrecer(-se); 5. Picar animal com agulhão ou aguilada, para incitá-lo; aguilhoar.

Um dos princípios basilares que norteia o instituto da Mediação é o da liberdade e autonomia, sendo importante ressaltar que em sede de mediação não se pode utilizar a lógica de um julgamento formal onde há imposição da decisão por parte do Estado-juiz (TARTUCE, 2012).

Tartuce (2012), lança o questionamento sobre a possibilidade de no lugar do verbo *estimular* não seria de bom alvitre utilizar os verbos “informar” ou “esclarecer” para se evitar uma condução impositiva.

3.1. Princípios norteadores da mediação no NCPC

O novo Código de Processo Civil nos informa que a conciliação e a Mediação serão informadas pelos seguintes princípios: da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

Os princípios são fundamentais em qualquer das dimensões do fenômeno jurídico, eles compõem o próprio o Direito, não são apenas orientações são comandos dotados de efetividade e juridicidade. Comandos que devem ser obedecidos e que servem de lastro para a satisfação imediata de direitos subjetivos (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Nesse sentido, para entendermos a dimensão completa da Mediação no novo Código de Processo Civil é imperioso o entendimento sobre os seus princípios norteadores.

3.1.1. Princípio da Independência e Imparcialidade

O projeto de Código de Processo Civil trazia em seu bojo o princípio da neutralidade, porém o texto aprovado e sancionado foi modificado para incluir o princípio da independência e da imparcialidade.

A independência é uma garantia de que o órgão do Poder Judiciário estão somente subordinados ao Direito e não aos outros poderes. Quando o legislador dispõe que a Mediação será informada pela independência, quer dizer que o mediador precisa de liberdade para agir, ou seja, livre de qualquer pressão que interfira em sua imparcialidade, livre de pressões advindas de interesses pessoais ou ainda externas a Mediação.

Para compreendermos o princípio da imparcialidade é de bom alvitre tratarmos da neutralidade. É importante cotejar imparcialidade e neutralidade para que não restem dúvidas sobre as diferenças conceituais que os cercam.

No sentido de Gadamer (2008), no processo de interpretação nenhum ser humano pode ser neutro. A historicidade revela que somos dotados de pré-compreensões e que no círculo hermenêutico o compreender nunca será neutro. Assim, trazendo a hermenêutica gadameriana para o âmbito jurídico, fica demonstrado que um juiz, invariavelmente, pré-delineia o objeto a ser interpretado. Portanto, o juiz pode ser imparcial e nunca neutro.

Conclui-se, portanto, que imparcialidade não é sinônimo de neutralidade. Importante saber se na atividade do mediador é possível a exigência de neutralidade.

Segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda, o termo “neutro” significa:

Adj. 1. Que não toma partido nem a favor nem contra numa discussão, numa contenda etc.; neutral. 2. Que julga sem paixão; imparcial, neutral.

Já o termo “imparcial” no mesmo dicionário significa:

Imparcial. [De im-2+parcial]. Adjetivo de dois gêneros. 1. Que julga desapaixonadamente, reto, justo. 2. Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem.

Analisando os significados e combinando-os com a hermenêutica gadameriana, constata-se que ao juiz, por ser aquele que irá proferir uma sentença e, para tanto, precisará interpretar os fatos e os fundamentos jurídicos apresentados, é impossível exigir neutralidade em seu agir. Ocorre, que com o mediador não acontece o mesmo, senão vejamos.

“A mediação nada mais é do que uma negociação assistida”, segundo Wilde (2003). Ocorre, que essa assistência tem que seguir um procedimento, técnicas que são utilizadas para colaborar com os envolvidos no sentido de que a condução para um acordo seja livre. Os envolvidos precisam manter o poder de decisão. Portanto, na Mediação, um terceiro mediador, dá assistência às pessoas em conflito, com a finalidade de que possam manter uma comunicação produtiva à procura de um acordo possível para elas.

Nesse caso, diferentemente do que acontece no processo judicial, o mediador não terá oportunidade de decidir, porque a decisão é dos envolvidos. Assim, não haverá um processo hermenêutico oficial, não haverá manifestações explícitas de suas pré-compreensões.

O mediador deve ser um facilitador do processo comunicativo entre as partes, apesar do objetivo da mediação ser o acordo, os envolvidos não podem se sentir pressionados, pelo contrário, devem estar cientes de que suas necessidades e interesses serão satisfeitos.

Diante do acima exposto, o princípio da imparcialidade exige que o mediador não seja influenciado e nem influencie no processo de composição do conflito. Deve permanecer equidistante e não envolvido emocionalmente.

3.1.2 Princípio da autonomia da vontade

Interessante notar a inclusão de um princípio eminentemente do direito privado a um ramo do direito público, mas a justificativa da adoção do princípio é no sentido de que a Mediação é uma forma extrajudicial de solução de conflito que envolve diretamente as partes e um terceiro neutro, que tem como missão conduzir o processo comunicativo ao seu destino final desejado, que é a solução definitiva do conflito.

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais de proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos (SANTOS, 1998), é o fundamento das relações privadas. Nesse sentido, Santos (1998) refere que:

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mas apropriadamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado.

A autonomia privada está relacionada a liberdade individual de decidir, de querer, de determinar-se conforme suas escolhas, desde que não violem direitos de outrem.

A Mediação deve estar pautada na liberdade de decisão dos envolvidos. O mediador é aquele que deve conduzir o processo dialógico, obedecendo os procedimentos próprios da Mediação, atendendo a autonomia da vontade dos envolvidos. Esse é o sentido da Mediação, ou seja, os envolvidos decidem pelo consenso e as cláusulas que processo se pautará.

3.1.3 Princípio da confidencialidade

O princípio da confidencialidade é sucedâneo ao princípio da boa-fé, da privacidade e intimidade, em razão do desnudamento dos envolvidos durante a Mediação.

Importante frisar que a confidencialidade deve ser estendida para todas as informações oriundas do procedimento, sua divulgação é permitida com a prévia autorização das partes.

O sigilo sobre o que é tratado em cada reunião, é condição inarredável para que a Mediação alcance seu desiderato. É necessário que os envolvidos tenham plena confiança na boa-fé do mediador, caso contrário a solução do conflito não será plenamente alcançada. Em virtude do dever de sigilo, o mediador não será obrigado a depor acerca dos fatos oriundos da mediação

O princípio da confidencialidade é largamente utilizado no âmbito da clínica médica e psicológica. Nesse sentido, a confidencialidade “pode ser entendida como um tipo de privacidade informacional e está presente na assistência quando uma informação é revelada para o profissional no contexto de uma relação profissional. Subtende-se dentro do princípio ético, que o profissional que ouve quem confia compromete-se a não divulgar tais informações sem a permissão do informante”. Confidencialidade é um dever do mediador e um direito dos envolvidos no âmbito da Mediação.

Por derradeiro, a confidencialidade deve ser aplicada a todas as informações oriundas da Mediação.

3.1.4 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade na mediação está relacionado ao caráter dialógico que

deve ser adotado em todo o procedimento.

Chiovenda (2008), principal defensor do princípio da oralidade no passado, diz que “as deduções das partes devem normalmente fazer-se a viva a voz na audiência, isto é, no momento e lugar em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha processual”. Em sentido oposto, temos o princípio da escritura ou da documentação, através do qual os atos processuais devem ser documentados. Chiovenda, estava se referindo ao princípio da oralidade aplicado ao procedimento judicial, na Mediação o uso palavra falada deve ser priorizada.

Na Mediação o diálogo é preponderante para os envolvidos decidirem acerca da resolução do conflito. É necessário que as partes se expressem, conversem, dialoguem sob a supervisão do mediador. Segundo Cintra (2008), a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas tem sido muito utilizada por estudiosos do direito, principalmente no que tange aos métodos de solução de conflitos, como por exemplo, a posição de Lilia Maia de Moraes Sales, citada por Cintra (2008), que utiliza a Teoria da Ação Comunicativa como elemento fundante na mediação de conflitos.

Através da argumentação, a própria linguagem, os cidadãos bem como os indivíduos de um modo geral buscam convencer outros cidadãos de que suas afirmações são verdadeiras. Fazem o mesmo com as normas postas. É Habermas ainda que vê duas formas de discurso através do qual os homens se entendem ou desentendem. Há um discurso prático e um discurso teórico. (CINTRA, 2008)

Interessa-nos no momento, o discurso prático sugerido por Habermas, que é aquele falado pelo cidadão comum e pelo intelectual e que deve ser utilizado para que seja evitada uma decisão judicial, em razão do encontro de uma verdade consensual. (CINTRA, 2008).

A consensualidade e a satisfação devem caminhar lado a lado, e somente podem ser alcançadas através do diálogo e de uma tomada de decisão livre de induções, pressões e da força.

3.1.5. Princípio da Informalidade

O princípio da informalidade sugere que no procedimento de Mediação não poderá existir formas rígidas e preestabelecidas. O mediador deve conduzir o procedimento de forma que os envolvidos fiquem a vontade para expressar ideias e tirar

dúvidas.

Dentro os princípios que regem os Juizados Especiais se encontram o princípio da informalidade e o da simplicidade, evitando-se assim, o formalismo que é uma das causas para morosidade processual. A mesma lógica deve ser aplicada a Mediação. As sessões devem ser pautas na simplicidade e informalidade para que o desiderato da Mediação seja eficazmente alcançado.

3.2. O mediador

Os mediadores, segundo o novo Código de Processo Civil, são auxiliares da justiça e terão que ter registros nos tribunais, que serão requeridos após a conclusão de curso realizado por entidade credenciada. O legislador deixou claro, que o registro poderá ser aceito pelo tribunal após análise de requisitos, entre eles o curso.

O PLS 166/10 exigia a inscrição do mediador nos quadros da OAB. Com o relatório e o substitutivo apresentado em 24 de dezembro de 2010, prestigiou-se o entendimento da dispensabilidade deste requisito. Por outro lado, o legislador passou a exigir que se os mediadores forem inscritos na OAB estarão impedidos de exercer a advocacia. Críticas já foram feitas a essa disciplina, e para amenizá-la, o legislador propôs remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros fixados pelo CNJ. Watanabe (1988) nos informa que a inclusão de mediadores e conciliadores entre os auxiliares da justiça, sugere o ‘surgimento de nova cultura, nas academias, nos tribunais, na advocacia, enfim, em todos os segmentos de atuação prática dos profissionais do direito. A cultura atual denominada, *cultura da sentença*, sera com toda certeza, paulatinamente substituída pela *cultura da pacificação*’.

Por fim, digna de nota é a previsão de controle externo do trabalho do mediador para dar transparência às suas atividades. Por outro lado, é necessário não tornar as estatísticas um requisito para um *ranking* e, como isso, prejudicar os procedimentos que devem ser adotados na Mediação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“(...) [L]’epoca del diritto puro é finita. La nostra è l’epoca del diritto responsabilizzato, del diritto non separato dalla società, ma intimamente legato ad essa, ai suoi bisogni, alle sue domande ao grido di speranza, ma spesso anche

di giusta protesta e di dolore, Che viene dalla società".
(CAPPELLETTI, 1990, p. 53)

Buscou-se fazer um panorama da Mediação ante a “nova ordem processual”, concentrando o foco nas questões processuais pertinentes a matéria, especialmente os princípios norteadores do novel instituto, por entender que tais princípios darão suporte para estruturação do procedimento e para reflexão sobre o que nos aguarda no futuro no que tange a desjudicialização dos conflitos e a necessidade de estabelecer uma cultura de paz.

A “nova ordem processual” inicia deixando para trás um processo civil corroído pelas inúmeras reformas até aqui empreendidas, que não conseguiram alcançar seus reais objetivos de tornar a entrega da justiça mais efetiva e célere. Diante disso, urge salientar que uma “revolução democrática da justiça”, no sentido de Santos (2008), não se dará somente com a “nova ordem processual” que é imprescindível para esse processo, mas com a mudança de mentalidade por parte dos aplicadores do direito, que passe de uma *cultura da sentença* para uma *cultura da pacificação*⁸.

A mediação deve ser vista como um instrumento eficaz de *acesso à justiça* e sua implementação deve ser operacionalizada com rapidez e com atenção aos ditames legais, para que não se torne mais um instrumento inócuo e sem efetividade.

Apesar do novo Código de Processo Civil não prevê claramente a obrigatoriedade da Mediação em todos os processos, deixa claro, no entanto, que quando um jurisdicionado solicita a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, necessariamente, entregar uma tutela jurisdicional impositiva. O juiz pode entender que, no caso concreto, antes de proferir a sentença, as partes devem passar pela instância pacificadora.

Na Mediação, mas especificamente, depois de um esclarecimento sobre o procedimento, as partes podem mudar a ideia fixa da sentença, para aceitar um diálogo com o fim de alcançar a tão almejada “justiça”, que pode ser efetivada através de uma via diferenciada.

Nesse compasso, andou bem o novo Código de Processo Civil no que tange a previsão de outras formas de resolução de conflito com vista à pacificação social, satisfazendo os ideais democráticos e do direito fundamental de *acesso à justiça*. Enfim,

⁸ Cultura de Sentença e cultura de pacificação. In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 689.

o desafio que foi posto não é mais pela previsão legal da Mediação, que já foi alcançado, e sim de lutar para que todos aqueles que fizerem uso dela, sejam contemplados com a justiça.

A regulamentação da Mediação na norma processual indica à maturidade processual brasileira, com atenção as “ondas” renovatórias de acesso à justiça preconizadas por Cappelletti (1988). A evolução vista processo civil quanto a *cultura de pacificação* é um passo para que o ideal de uma justiça célere, eficaz e efetiva se torne realidade.

Entretanto, apesar do avanço normativo na esfera processual e de ser mais um passo em direção de uma revolução democrática da Justiça, não é o suficiente. A sociedade muda um arcabouço legal, mas normas não têm o poder de, sozinhas, mudar a sociedade. A instituição legal da Mediação, por si só, não mudará a realidade. A má qualidade dos serviços forenses, o protagonismo do Judiciário e a mentalidade demandista dos operadores do direito e da sociedade são concausas que fomentam a crise no Judiciário brasileiro.

Entre nós, a incapacidade da norma que permanece em estado de latência ou de inércia é muito comum. A enxurrada de leis que a todo dia entram em vigor é absurda. Um caso emblemático é do Estatuto da Criança e do Adolescente que é uma norma eficiente e que traz medidas importantes e necessárias, mas que pela sua inaplicabilidade faz com que parte da sociedade seja a favor da redução da maioria penal imaginando que dessa forma os crimes cometidos por menores diminuirão em estatística. O problema não está na previsão legal e sim em sua eficácia. Um país que arrisca-se a ter uma produção legislativa muito grande e de qualidade duvidosa, deve estar ciente de que terá um ordenamento jurídico de baixa efetividade e credibilidade social.

Desde a Constituição de 1824 já se previa que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não começará processo algum”⁹, entretanto, no decorrer da história jurídica pátria aquela sinalização para a busca prioritária de uma solução não-estatal foi perdendo força, por conta de várias intercorrências sócio-política e culturais, inclusive a defasada concepção de *acesso à justiça* que preconizava somente o direito de acesso aos tribunais, levando a que gradualmente se formasse uma tendência a cultura da sentença de mérito para solucionar lides, em detrimento de outros meios auto e heterocompositivos.

As várias tentativas legislativas de introduzir no ordenamento jurídicos meios

⁹ Art. 161 da Constituição Federal de 1824

alternativos de solução de conflitos, como por exemplo, a lei de arbitragem, a criação de comissão de conciliação prévia na Justiça do Trabalho, os tribunais desportivos e juízes de paz, ainda segue muito acentuada a tendência judicializada de soluções.

O fato da crise numérica de processos e do afogamento do Judiciário ante a excessiva litigiosidade é forte evidência de que a solução não está simplesmente na norma. A política legislativa tende a atender ao clamor social, mas não consegue atacar a verdadeira causa da crise judiciária, que é a cultura demandista. E nossa sociedade segue acreditando que a única via para solução de conflitos é através do processo que segue rumo a uma sentença, que pode até por fim ao processo, mas comumente não põe termo ao conflito.

A Mediação como instituto que visa produzir a cultura de paz e conseqüentemente, junto com outros meios auto e heterocompositivos, promover uma reação a cultura demandista e desafogar o Judiciário, deve ser efetivo. Para isso, a mudança de mentalidade processual que fomenta a solução adjudicada e ainda, fortalecida pela práxis forense incentivada desde a universidade, deve dar lugar a uma mentalidade de desjudicialização dos conflitos, que objetive alcançar a harmonia social comprometida com soluções pacíficas de controvérsias.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v232, p.141/146, abr./jun. 2003.
2. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Nortfeet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
3. _____, *Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*, In Revista de Processo. São Paulo, a15, n60, PP. 110-117, out/dez, 1990.
4. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Ed. Bookseller, 2008.
5. CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A pirâmide da solução dos conflitos: um contribuição da sociedade civil para reforma do judiciário*. Brasília. Senado Federal, 2008. 252p. Originalmente apresentada como tese do autor (doutorado – Universidade de São Paulo. Departamento de Direito do

Estado).

6. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. São Paulo. Ed.: Vozes, 2008.
7. GOMES NETO, José Mario Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica dessa concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005
8. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
9. MARNCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
10. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.
11. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – à luz do Projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
12. PROJETO DE LEI Nº 8046/10 – *Projeto do Novo Código de Processo Civil*, disponível em <http://www.camara.gov.br>
13. RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de [orgs.]. *O novo Código de Processo Civil: garantias fundamentais do processo: um desafio a novo CPC*. Rio de Janeiro. Elsevier. 2012
14. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1 – 29ª, Ed. Saraiva. 2012.
15. SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª Ed. Revista e ampliada. http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/arquivos/RevDemJust_FEV2011.pdf
16. SIGNATES, Luiz. <http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/novosolhares/article/viewFile/8311/7694>
17. TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora 2012.
18. WATANABE, Kazuo. *Modalidade de Mediação*. [http://www.cahali.adv.br/arquivos/Artigo%20-%20Kazuo%20Watanabe%20\(Modalidade%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o\).pdf](http://www.cahali.adv.br/arquivos/Artigo%20-%20Kazuo%20Watanabe%20(Modalidade%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o).pdf)

19. _____, *Cultura da sentença e Cultura da pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (Org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes). São Paulo: DPJ, 2005.

