

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

A presente pesquisa abordará o estudo do instituto da Mediação que se caracteriza pela resolução amigável de um litígio, por meio da atuação de um terceiro neutro que auxilia no encaminhamento e direcionamento das partes a uma solução pacífica.

A Mediação foi recepcionada no Direito Brasileiro, quando foi instituída no artigo 3º, parágrafo 3º do Código de Processo Civil. Desta feita, será abordada a Mediação na sua relação com o processo civil, sob os aspectos do acesso à justiça e da pacificação social, que são dois pontos fundantes do direito brasileiro, como um todo. Concomitante, a Lei nº 13.140/2015, denominada Lei da Mediação, que foi promulgada e entrou em vigência antes do Código de Processo Civil, trouxe para o direito brasileiro, regramentos tanto judiciais como extrajudiciais de solução de litígios, impondo condições tais como: obrigação dos juízes; procedimento; treinamento do mediador com possível remuneração, entre outros.

O problema que pretendo responder ao concluir esta pesquisa é se a Mediação, que se caracteriza por um instrumento que viabiliza a solução pacífica de uma disputa, de um litígio, cumpre sua função de propiciar o acesso à justiça e assim promover também a pacificação social. O acesso à justiça nas últimas décadas se tornou um verdadeiro gargalo¹ ao direito do jurisdicionado que sofre entraves na sua vontade de acionar o Poder judiciário ao se deparar com custos ou números de processos excessivos. Tal situação impõe um problema de grande monta que é a pacificação social. Se o cidadão não consegue acessar a justiça para ter uma solução a um problema que lhe causa angústia ou consegue acessar e somente obtém uma resposta do Estado muitos anos depois, tem-se um grande problema a resolver. E a pacificação social fica postergada.

O presente trabalho envolverá pesquisa bibliográfica em livros, artigos e *internet*, quando então surgirão subsídios para responder o problema proposto.

No século XX, por meio de intensos estudos de juristas nacionais e até internacionais, iniciava a recepção de uma teoria do processo civil que se descortinava autônoma com objetivos e fins específicos, tendo entre suas principais características e preocupação a efetividade do processo.

¹ Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, publicados já neste ato de 2019, mas referentes ao ano de 2017, no site: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdiacao/dados-estatisticos-priorizacao>, o poder judiciário de primeira jurisdição é o setor mais sobrecarregado, e com processos que demoram mais em tramitação, e cujos resultados chegam tardiamente.

Neste contexto é indiscutível a condição da Mediação como um instituto jurídico que trás a baila discussão diferenciada sobre jurisdição, litígio e processo, sendo o ponto de partida desta pesquisa: que a Mediação é fruto da nova visão na Teoria do Processo Civil, a qual permite perceber um processo civil que observa e analisa situações adjacentes. Não se trata mais de um processo dependente, posto que permite angariar solução pacifica por meio de uma sistemática que encara as partes, o litígio e o juízo como meios a perseguir um fim.

2.PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO DE MEDIAÇÃO

2.1.UMA TEORIA DO PROCESSO CIVIL

A fim de reunir precedentes para o descortinamento da teoria do processo civil, aquele cujas pretensões estão fundadas em normas de direito privado e público, onde estará traduzida a sistemática global do atual processo civil brasileiro, se faz imperiosa afirmativa de que o país vive um novo conceito e uma nova realidade no direito processual que se concretiza no processo civil brasileiro como um todo, na lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015, o novo Código Civil Brasileiro e em leis esparsas.

Na evolução de uma Teoria do Processo Civil que ocorre por meio da adoção ou nova interpretação de institutos como os das tutelas provisórias, da jurisdição, da mediação; este último, tema abordado neste trabalho é encontrado o campo onde se trava estudo e discussão para o surgimento do “novo paradigma” no processo civil brasileiro. Esta nova “era” é traduzida por contundentes interpretações e com a adoção de diferentes institutos que se encontravam até então alheios, estranhos ou sem a importância devida na sistemática do processo civil brasileiro.

Didaticamente, a Teoria do Processo é apresentada também por meio de uma transformação do processo ao longo do tempo, cuja apresentação é realizada pelos mais diversos juristas. Essa transformação do processo pode muito bem ser denominada de evolução do direito processual brasileiro². Neste estudo será possível observar que muitos

² Segundo alguns autores, entre os quais Ada Pellegrini Grinover, em sua obra *“Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo”*, na qual a autora propõe a ampliação do conceito de jurisdição, a fim de contemplar também a chamada "justiça arbitral" e a chamada "justiça conciliativa". A jurisdição deixaria de ser um monopólio do Estado, não devendo ser considerada um "poder", mas sim uma "função". Porém, para a autora, também amplia o conceito de processo, concebido como todo o procedimento desenvolvido em contraditório. O processo seria uma categoria que extrapolaria o Direito Processual, surgindo daí uma necessidade de adjetivá-lo, enquanto objeto da nossa disciplina. O procedimento é amplamente valorizado, devendo ser adequado à solução dos conflitos de interesses. Para a professora Ada, o processo não é uma relação jurídica; o processo " contém a relação jurídica processual.

institutos permanecem os mesmos com os mesmos nomes, entretanto sofreram uma análise aprofundada, científica e metodológica e se apresentam com novos substratos. Interessa demonstrar uma Teoria do Processo Civil, que se encontra dentro da Teoria Geral do Processo e que servirá de base para a análise do instituto da Mediação, no âmbito do seu processo e do processo judicial.

Assim é correto afirmar que um novo processo civil é fruto e se confunde com uma nova teoria do processo civil, ambos correntemente utilizados.

Referindo ao que é o direito processual hoje, assim como a necessidade de entender como a situação se apresentou até chegar a esse ponto, Cândido Rangel Dinamarco, explica (p. 34):

*Para a correta compreensão sistemática da ordem processual civil brasileira a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015 é indispensável bem definir os fundamentos institucionais e estruturais dele próprio e do universo de normas processuais em que se insere, incluindo o disposto da Constituição Federal e em certas leis extravagantes de direta relevância para o processo civil. O processo civil de um país não é regido exclusivamente por seu Código, mais também por superiores normas constitucionais inerentes ao **direito processual constitucional**, por leis extravagantes de direito processual e por outras que, conquanto centradas em realidades e institutos não processuais, em alguma medida contêm normas relativas ao exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo. (...)*

*É também necessária a consciência de que o conhecimento verdadeiramente científico de uma ordem jurídica jamais poderá prescindir da identificação de seus elementos centrais e nucleares e do modo como se inter-relacionam em um verdadeiro **sistema**, sem o quê esse reconhecimento correria o risco de um empirismo incompatível com a seriedade de uma ciência.*

O Processo Civil Brasileiro moderno, segundo autores como Fredie Didier, Bruno Lopes e outros, teve e tem a seguinte trajetória:

*Ele é o resultado de uma evolução desenvolvida a partir de um longo período no qual o sistema processual era encarado como um mero capítulo do direito privado, sem autonomia; passou por uma fase de descoberta de conceitos e construção de estruturas bem ordenadas, mas ainda sem a consciência de um comprometimento com a necessidade de direcionar o processo a resultados substancialmente justos; e só em tempos muito recentes, a partir de meados do século XX, começou a prevalecer a perspectiva teleológica do processo, superado o tecnicismo reinante por um século. Falamos por isso em três fases metodológicas na história da ciência processual civil: uma de **sincretismo**, vigente desde as origens; uma **autonomista** ou **conceitual**, que se implantou em meados do século XIX; e, finalmente, uma **teleológica** ou **instrumentalista**, que é a atual.*

Com o Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, portanto, adotado para reinar no início do século XX, a ciência processual vive uma passagem, uma transição do ponto de

onde já percebe conceitos, estruturas, mas sem entender sua real importância e contribuição no resultado do processo para o momento de apreensão e domínio de que a ciência processual apresenta: o processo como um conjunto de atos e atividades relacionados em meios e fins, ou seja, tem noção de finalidade.

Consta da história inicial do direito processual civil, que nessa fase primeira era compreendido como mera parte do direito privado, sem autonomia. Nas palavras de Dinamarco (p. 18):

*Essa primeira fase é qualificada como **sincrética** porque, sem a consciência da autonomia do direito processual, os institutos processuais e o processo mesmo eram tratados no mesmo plano dos institutos de direito material, como se dele fizessem parte. Esta idéia estava presente em famosa manifestação de um romanista do século XIX, segundo o qual aquele que propõe a ação está a exercer o próprio direito, justamente porque **a defesa do direito é um elemento constitutivo dele próprio** (Vittorio Scialoja).*

Com o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, vigente até a bem pouco tempo o qual sofreu as influências da Constituição da República de 1988, não se ganhou um novo modelo. Em 1973, manteve-se uma réplica do código de 1939, ainda que tivessem sido realizadas algumas distinções formais e inovações substanciais no Código. Isto porque as modificações de um para outro não foram significativas para que desse de verificar um novo modelo ou novo estilo de processo civil. Ao contrário, o modelo e a estrutura dos institutos mantiveram-se intactas.

Ainda assim é de bom tom que se diga que o código de 73, comparativamente ao de 39, trouxe importantes novidades. Dinamarco, p. 35, as descreveu:

*Trouxe sim algumas novidades dignas de nota, como a instituição do **efeito da revelia** e do **juízo antecipado do mérito** (arts. 319 e 330), a sistematização das **medidas cautelares** em um livro específico (L.III, arts.796 ss.), a implantação do **poder geral de cautela** (art.798), a extensão da admissibilidade do **agravo de instrumento** a todas as decisões interlocutórias (art. 522), uma nova disciplina da **execução por título extrajudicial**, com eliminação da antiga e superada **ação executiva** (P-39, art.298), um **linguajar mais correto**, uma severa tônica no **dever de lealdade etc.** – mas isso não bastou para que então se considerasse implantado neste país um novo estilo processual, ou um novo **modelo processual**.*

Tanto o Código de Processo Civil de 39 como o de 73 não foram capazes de enfrentar o tempo, principal inimigo no manuseio do processo que continuou se estendendo por longos e infrutíferos períodos. Prosseguindo como dantes e ficando demonstrado como o processo civil continuava refém de formas inúteis e de inúmeros recursos.

A partir do Código de 1973 situações se punham que exigiam novo olhar para as questões que envolviam o direito processual civil brasileiro. Havia anseios concretos que culminaram com uma proposta no ano de 2009 de um novo código de processo. Já era iniciado um meio favorável para a instituição de um novo modelo processual o qual decorria das normas constitucionais e infraconstitucionais do país aptas a caracterizarem uma dada ordem processual, eis que continham um conteúdo específico, eram conformadas pelos órgãos que as operavam e se apresentavam em encadeamento em torno de um objetivo comum. Este quadro se apresentava diferente do anterior, então vigente com o Código de 1973, porque composto de categorias jurídicas distintas, técnicas processuais próprias e encadeamento sistêmico.

Segundo a doutrina brasileira a cultura processualística nacional é composta de duas fases, sendo a segunda, na qual está inserido o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, instituído pela lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, e que se iniciou por volta do ano de 1939, imbuída de um novo pensamento processualístico denominado como *Escola Processual de São Paulo*.

Dinamarco p. 35:

Em sua bagagem Liebman trouxe ao país o que havia de mais moderno e profundo na ciência processual européia e particularmente na italiana e na alemã. Tendo sido aluno de Giuseppe Chiovenda, que foi o grande fundador na Escola Processual Italiana, Liebman soube transmitir aos seus discípulos brasileiros as lições destes e de outros grandes processualistas italianos da época, principalmente Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, bem como dos alemães Hellwig, Kule, James Goldschmidt etc.

Bem depois, e já nos anos sessenta e setenta, começou a florescer no Brasil uma nova geração de grandes processualistas, com especial destaque ao carioca José Carlos Barbosa Moreira e os paulistas Ada Pellegrini Grinover e José Manoel de Arruda Alvim Netto. Foi nesse período que, por influência do italiano Mauro Capelletti e seu empenho pela efetividade do processo, muitos outros processualistas brasileiros se revelaram e muito produziram. Foi também nesse período o início de uma postura constitucionalista da parte dos processualistas brasileiros os quais passaram a valorizar significativamente os grandes pilares constitucionais do sistema processual.

O Código de Processo Civil de 2015, decorreu de uma nova geração formada por processualistas brasileiros atuantes na doutrina por seus escritos e participação em congressos, reuniões e estudos.

Ainda que se ouça discussão de fundo de que este ou aquele instituto não sofreu nova interpretação ou este ou aquele instituto sempre existiu, é com ruidosa maioria que se propala um novo paradigma processual o qual vive atualmente.

Neste novo entendimento, mudanças de grande envergadura foram imprimidas por meio de criação e reformulação de institutos jurídicos e também por meio da defesa intransigente de juristas, doutrinadores e do judiciário ao acatarem tais mudanças.

Dentre as diversas, com a que veio *o processo constitucional*, abraçado que foi grandemente, o processo cooperativo, que serve a um fim de pacificação, é, sobretudo, resultado do trabalho incansável das partes e do juiz na busca de uma decisão de resultado.

Portanto importa-nos reconhecer que o Processo Civil Brasileiro é um direito processual teleológico, instrumental.

2.1.1.0 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

A teoria do Processo Civil Brasileiro, referida e evidenciada no atual Código de Processo Civil, é constatada em primeira mão no modelo então adotado, onde cognição e execução do processo são meras fases, ou seja, não estão separados em processos distintos. Trata-se do sincretismo processual que adota um procedimento padrão, onde tudo é decidido. Essa construção do processo brasileiro se diferencia de clássicos modelos processuais de países europeus mais adiantados, posto que nestes casos, a cognição e a execução se processam em autos separados e autônomos.

Outra inovação que caracteriza a existência de um novo modelo processual é a possibilidade concreta dos meios alternativos de solução de conflitos, já não apenas através do processo judicial, consistentes na arbitragem, na conciliação e na mediação; também a indiscutível existência (implantação) de um modelo colaboracionista, no qual o juiz e as partes são conclamados a dialogar e a cooperar entre si para a busca de soluções com a maior brevidade possível. Da mesma forma a grande valorização da jurisprudência, traduzida na determinação do artigo 927 de estreita observância por juízes e tribunais nas hipóteses indicadas.

É ainda considerado parte do novo modelo, ainda que já existente no modelo anterior, a singularidade dos juízes em primeiro grau jurisdicional. Essa característica é base do modelo processual brasileiro. Dinamarco (p.40), indica outras adoções que fazem forte a existência de uma nova teoria do processo civil, recepcionada pelo Código de Processo Civil, vejamos:

...b) da divisão do procedimento cognitivo em fases, com a delimitação entre estas e sem a possibilidade de retornar a uma fase anterior para a realização de atos inerentes a ela..., c) das preclusões inerentes a essa rigidez, perdendo a parte o direito de realizar os atos de seu interesse quando não os houver realizado em tempo oportuno..., d) dos poderes de iniciativa probatória, racionalmente concedidos ao juiz para que, em certos

casos, ele possa determinar a realização de provas independentemente de pedido das partes (mitigação do princípio dispositivo)..., e) da oferta de tutelas de urgência e da tutela de evidência (arts. 294 e SS.) como instrumentos de aceleração da tutela jurisdicional..., f) dos severos poderes concedidos ao juiz para assegurar a efetividade dessa tutela, inclusive mediante a imposição de sanções pecuniárias ao obrigado renitente (astreintes) etc.

Essa nova teoria processual civil também é afirmada com a observação da legislação extravagante em conjunto com o Código de Processo Civil, o que vemos exemplificativamente, no caso da coletivização da tutela jurisdicional, presente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, o que faz antever a convivência no modelo processual brasileiro, da tutela individual e coletiva.

Estas medidas e institutos, adotados no Código de Processo Civil atual, têm a seguinte história: foi após o Código de 1973 que duas reformas imprimiram relevantes alterações substanciais neste sistema jurídico-positivo. Elas foram operadas a partir de 1994 por dois ministros do Superior Tribunal de Justiça – o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e o Min. Athos Gusmão Carneiro -, os quais propuseram mais de uma dezena de projetos com o fim de promover minirreformas do processo civil brasileiro, tendo como a mais pontual aquela que visava acelerar a tutela jurisdicional, posto que detectavam a morosidade do sistema como o principal mal da ordem processual.

Encontravam-se no seio daquelas discussões sobre medidas que melhorassem o transcorrer do processo, a sua efetividade, tema que era pauta de grandes congressos, até a nível internacional sob a liderança de Mauro Capelletti³. Surgia a consciência de que o processo devia conduzir a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e ofertada em tempo.

Ao trinômio efetividade-adquação-tempestividade deu especial relevância o pensador Kasuo Watanabe, já diante da conclamação, contida no Pacto de San José da Costa Rica, à oferta de tutelas jurisdicionais em tempo razoável (promessa hoje explicitada na Const., art. 5º, inc. LXXVIII).

...Quatro ordens de dispositivos de primeira grandeza sistemática ingressaram no Código de Processo Civil de 1973 por obra dessas reformas, com vistas a acelerar a tutela jurisdicional, a saber: a) ...à antecipação de tutela jurisdicional ao instituir um verdadeiro poder geral de antecipação à disposição do juiz...; b) aqueles que instituíram a chamada execução direta das obrigações de fazer ou não fazer...e também as obrigações de entregar coisa certa...; c) aquele que deu nova regência à interposição do

³ Processualista italiano nascido na cidade de Folgaria, em 14 de dezembro de 1927. Exerceu o magistério na *Universidade de Florença*, depois em Macerata, vindo mais tarde a ensinar no *Instituto Universitário Europeu*, em Fiesole. Interessado em temas como o *acesso à justiça* e aos *interesses difusos e coletivos*, forneceu bases para as transformações do direito brasileiro, especialmente nesta seara. Publicou *Acesso à Justiça*, em coautoria com Bryant Garth e *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*.

agravo de instrumento...; d) aquele que eliminou a liquidação por cálculo do contador...(Dinamarco, p. 37e 38).

A busca da aceleração processual mediante repúdio ao formalismo e a exigência de providências inúteis ou desnecessárias tomou ainda mais força e vigor com a edição da chamada Lei de Cumprimento de Sentença, do ano de 2005... . Aí sim ficou significativamente alterado o modelo processual até então vigente no direito brasileiro.

A origem do atual código, se dá através de uma comissão de juristas que apresentam um ante projeto com propósitos explícitos indicados na exposição de motivos cujas linhas fundamentais das inovações propostas são: a) harmonizar o código com a Constituição Federal, b) que o código deve ser fiel ao contexto social com a maior aderência possível as realidades subjacentes ao processo, c) que se pautem por uma simplificação de procedimentos, eliminando formalismos ou atos desnecessários e inúteis, d) que propicie o maior rendimento possível, para otimização dos resultados, e e) que imprima maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe maior coesão.

A obcecada busca da celeridade já pontuada na linha da simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários e inúteis, está por todo o Código e é norteadora dos reformadores de 1994, 1995 e 2002, não apenas nos aspectos macroscópicos, mas também em disposições pontuais importantes como as que incentivam a opção pela arbitragem e estimulam a solução consensual de conflitos por meio da Mediação e Conciliação, ora previstas no artigo 3º, §3º, do Código de Processo Civil.

É neste ponto das reformas que propiciaram o surgimento de um novo modelo processual que seguirá esta análise: Sobre a Mediação, como foi encampada, como se relaciona com o processo judicial e atinge seus objetivos de resolução de conflitos céleres.

Está aí o panorama do Código de Processo Civil apresentando um novo modelo advindo da evolução do direito processual civil ao longo destas últimas décadas que em análise, conjunta e sistemática, apresenta um novo paradigma teórico de direito processual.

2.2.UMA TEORIA DA MEDIAÇÃO

A nova sistemática do Processo Civil Brasileiro, que surge concretamente a partir de 1994, trás em seu bojo a Mediação que representa alterações na sistemática anterior quando a matéria permite que os conflitos até então responsabilidade do Estado, possam ser dirimidos em momento preliminar do processo judicial. Essa Mediação é proposta em níveis e situações específicas.

A primeira proposta de inclusão da Mediação no direito brasileiro, ocorre de fato em 2009, por iniciativa da Comissão Juristas⁴, que teoriza inovações sugerindo um processo civil fiel ao contexto social com maior aderência possível as realidades subjacentes ao processo, resultando num processo judicial célere, adequado e efetivo, com a jurisdição, ação, processo e defesa seus institutos base.

A Mediação não é algo novo, já existe desde muitos tempos, informando a história de notícias do instituto na Grécia Antiga.

Notícias dessas práticas milenares vêm das culturas confucionistas, budistas, hinduístas, judaicas, cristãs, islâmicas e indígenas. A China, há cerca de 3.000 anos, na dinastia Zhou de Oeste, já existiam postos oficiais designados como “Tião Rien” (mediador).⁵

Dentro do anseio de um processo civil que deve ter celeridade, efetividade e adequação, conjuntamente com a constatação de um número astronômico de processos sem solução, assim como o diagnóstico de alta morosidade do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, toma a iniciativa de contribuir, expedindo uma orientação ao poder judiciário com adoção do processo de mediação, através da resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Temos então a Mediação enquanto iniciativa do Conselho Nacional de Justiça.

A partir desta Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários, de oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os

⁴ A Comissão de Juristas para estudo e proposição de uma lei de mediação surgiu no Ministério da Justiça que a constituiu de forma imediata, visto que sendo estas formas de resolver conflitos essenciais, posto que o fazem de maneira simplificada, desafogando a Justiça, eram, até então, instrumentos regulados por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (Resolução CNJ nº 125), em entrevista ao programa da Rádio Câmara Com a Palavra, o secretário de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, Flávio Caetano, informou que cerca de 450 núcleos de conciliação e mediação funcionam em comarcas de todo o país. Casos na área cível envolvendo cobrança de dívidas e direito do consumidor, por exemplo, chegam a ter 80% de êxito nesses núcleos, segundo o secretário. Em processos envolvendo família, desde que sem o envolvimento de menores, o sucesso da conciliação chega a 90%.

⁵ DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). *Mediação de Conflitos*. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Pag. 342.

chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como instituiu a prestação de atendimento e orientação ao cidadão.

Pela Resolução nº 125, foi determinado aos Tribunais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, foi determinado a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, incumbidos de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal.

A partir de então, um grande esforço para treinamento de conciliadores e mediadores, passou a ser desenvolvido com a multiplicação de Cursos de Capacitação supervisionados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça e Tribunais, para o fim de treinamento dos interessados para a nova atividade então estimulada.

Começa, por assim dizer, uma nova era na mediação e conciliação, numa ação que está vencendo muitas resistências entre os operadores do direito em geral, a se iniciar pelos advogados, que olham com desconfiança e temor pela perda de mercado de trabalho, e pelo próprio Poder Judiciário, onde muitos de seus integrantes, não se mostram adeptos da nova técnica de solução pacífica dos conflitos.

Temos ainda, a Lei de Mediação, nº 13.140, de 26/06/2010, que, todavia, entrou em vigência antes do Código de Processo Civil, resultado da ação da comissão de juristas, citada acima. Pela Lei de Mediação, surge a obrigatoriedade da audiência de mediação e conciliação dentro do processo judicial.

Na atualidade, a Mediação foi recepcionada no direito processual brasileiro com a alteração ritual mais significativa do procedimento estratificado do Código de Processo Civil, frente ao velho procedimento ordinário, traduzido na existência da audiência de mediação ou conciliação em seqüência à apresentação da inicial pelo autor e antecedendo a resposta do réu (artigo 334 do CPC).

Então em 2015, entra em vigor O Código de Processo Civil, estipulando a condução inicial das partes para a solução consensual da controvérsia, para depois, frustrada a possibilidade de autocomposição, passar-se propriamente ao momento da resposta.

Para isto, o Código estruturou tal fase em capítulo próprio (Capítulo V do Título I do Livro I da Parte Especial), regrando, aliás, a função de conciliador e mediador entre os auxiliares da justiça (Seção V do Capítulo III do Título IV do Livro III da Parte Geral).

Essa disciplina do Código restou entrecortada pela nova Lei de Mediação (nº 13.140, de 26 de junho de 2015), a qual, por contingências do nosso processo legislativo, foi aprovada sem considerar a mediação estatuída, meses antes, pelo Código de Processo Civil (nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Para tornar o quadro um pouco mais caótico, a lei de mediação, aprovada posteriormente ao Código de Processo Civil, entrou em vigor antes (dezembro de 2015) daquele (março de 2016).

Logo, os dispositivos da Lei de Mediação tiveram de ser aplicados no Velho Processo (Código de Processo Civil de 1973), entre eles, a audiência de mediação obrigatória (artigo 27).

Diversos problemas foram e continuam sendo enfrentados e que reclamam uma solução que traga alento ao jurisdicionado, e de fato resolvam as questões do acesso à justiça e da pacificação social.

Para além das questões específicas do processo legislativo e da institucionalização da Mediação, existem questões ligadas aos juízes e júzo, advogados, partes e conciliadores. Como são todos profissionais ativos e passivos da mudança, com papel fundamental no desenvolvimento das sessões de mediação, é imprescindível a formação técnica para transposição de desafios de comportamento, aceitação e perspectiva dos participantes do processo de mediação. As mudanças legislativas, judiciais e institucionais em favor da mediação só serão possíveis e exequíveis se vierem acompanhadas de mudanças culturais, de comportamento e de mentalidade.

Assim, deve haver setores de mediação com treinamento, profissionalização e capacitação dos envolvidos. Só com a abertura dos advogados e das partes ao diálogo, assim como o esforço do juiz e do júzo, todos os avanços legais e institucionais podem se tornar efetivos. Se nada disso se constituir uma verdadeira preocupação, corre-se o risco de se ter criado mais uma etapa procedimental e formal, capaz de mais afastar do que aproximar as partes da pacificação do conflito.

A formação cultural dos operadores do direito é litigante, voltada para a solução contenciosa dos conflitos através do processo judicial. Ressalta Kazuo Watanabe que é esse o

modelo ensinado pelas faculdades de direito do país e o modelo de profissional do direito exigidos pelo mercado como da advocacia, da magistratura, do ministério público e das procuradorias públicas, havendo uma cultura da sentença e não da pacificação.

É imperiosa a necessidade de discussão e estudo sobre a Teoria da Mediação dentro das universidades, matéria que deve fazer parte efetiva e com prioridade dos currículos dos cursos de direito do país. Muito já se caminha nesta trilha da pacificação, porém muito há para se fazer neste sentido. É preciso desarmar o espírito das partes da demanda, mas também é preciso armar os espíritos de todos, juízes, promotores, servidores auxiliares, de conhecimento, ensinamento e boa vontade sobre as teorias que fundamentam e dão sustentação ao Instituto da mediação.

A formação de todos que perpassa pelas escolas e universidades é fundamental para mudarmos as perspectivas sobre acesso à justiça e pacificação social.

3. A RELAÇÃO DA MEDIAÇÃO COM O PROCESSO JUDICIAL.

Nada obstante, a grande questão está em como se relaciona o processo de Mediação com o processo judicial.

O Poder Judiciário com a centralização da jurisdição enfrenta há muito tempo uma intensa litigiosidade, com sobrecarga excessiva de processos, o que vem gerando uma crise de desempenho e conseqüentemente, não mais sendo supridas as exigências das populações no concernente à efetiva resolução das controvérsias.

A inclusão da mediação, como o método alternativo de resolução de conflitos, no diploma processual brasileiro, revela a importância que tal meio de solução de controvérsias assume no atual cenário nacional, especialmente face à necessidade de uma resposta mais efetiva e adequada às necessidades das partes, e face à burocratização do Poder Judiciário, que, infelizmente, não consegue apresentar uma resposta razoável às necessidades e anseios que a população atual deposita no Estado.

A mediação foi elencada logo no primeiro capítulo do novo Código de Processo Civil, intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. O texto é claro ao estabelecer que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Além disso, existe a previsão de que a mediação, assim como outros métodos de solução consensual de conflitos, deverá ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

É a Mediação então, forma de resolução de conflitos, que se caracteriza pela presença de um terceiro neutro e imparcial, chamado mediador, que facilita a comunicação entre pessoas que mantêm uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas.

Segundo estudos apresentados por especialistas, são inúmeros os benefícios e vantagens que podem ser alcançados pela mediação e conciliação, tais como: redução do desgaste emocional e do custo financeiro; construção de soluções adequadas às reais necessidades e possibilidades dos interessados; maior satisfação dos interessados envolvidos; maior rapidez na solução de conflitos quer pessoais, familiares ou de negócios; desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões de mediação ou conciliação; possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos interessados, conforme a natureza da questão e a garantia de privacidade e sigilo.

Em que pese tais disposições e conclusões, nestes últimos anos, continua crítica a situação de grande litigiosidade com números cada vez maiores de processos, ao mesmo tempo, que a morosidade impera com processos sendo solucionados em tempo inadequado, fatos que continuam influenciando diretamente naqueles patamares mínimos que impulsionaram as inovações do processo civil brasileiro, ou seja, a celeridade, adequação e efetividade.

É freqüentemente apontado como principais fatores a influenciar negativamente no propósito da teoria do processo civil, o desconhecimento dos benefícios da mediação, a burocratização do poder judiciário e a “cultura brasileira da sentença”.

O processo judicial não consegue ter bom relacionamento com a Mediação porque ainda tem muito do Poder Judiciário que por desconhecimento, resiste às inovações da solução do litígio pela composição amigável.

Na prática, a audiência de mediação instituída no artigo 3º, parágrafo 3º do Código de Processo, é pouco ou mal utilizada pelos Magistrados, que muitas vezes não se realizam por desinteresse das partes, ou pelo pouco empenho dos juízes, na solução consensual do litígio, o que acaba por prolongar por anos a fio, um processo que poderia ter solução mais rápida e eficiente para todos.

Culturalmente muitos advogados são habituados à litigiosidade, e parte considerável de juízes, não estão acostumados, e quiça, preparados para a utilização da mediação, sob o argumento, muitas vezes de que a pauta de audiências não comporta uma

conversa mais amistosa com os litigantes, fatos que provocam o acúmulo de milhares e milhares de processos amontoados nas prateleiras dos Fóruns, e que segundo estatística do Conselho Nacional de Justiça, chega ao acervo de 95 milhões de processos. Apesar da implantação do processo virtual o problema persiste com a demora da entrega da prestação jurisdicional. O processo virtual até o momento tem atacado timidamente o número de prateleiras onde são guardados os autos do processo.

O Código de Processo Civil ao recepcionar a Mediação, estimula o que foi chamado pelo Conselho Nacional de Justiça de “Cultura da Paz”, trazendo o texto aprovado, destaque também para a Conciliação, institutos que necessitam para se firmarem como instrumentos de solução de conflitos de forma rápida e eficiente, mudança de postura e ações efetivas para dar o mínimo de suporte material, estímulo, treinamento, remuneração dos mediadores e conciliadores, sob pena de perecer todo o esforço legislativo até então empreendido.

O Acesso á Justiça, drama do jurisdicionado brasileiro, tem intrincada relação com a Mediação. Pois o acesso á justiça, enquanto acesso á ordem jurídica justa, sofre entraves que vão desde a existência de uma população carente sócio-cultural e economicamente desassistida até a resposta do processo com a entrega da tutela, ou seja, com a prolatação da sentença final, em tempo excessivamente longo. A Mediação pode ser o caminho para que o acesso à justiça seja o último recurso, ou seja, o último meio quando a solução do problema envolvendo duas ou mais pessoas tiver se tornado de difícil solução.

É certo que o acesso à justiça é um direito fundamental do cidadão que vem sendo objeto de estudo e demandas de várias ordens e que com a Mediação deve de alguma forma ser afetado positivamente. Conforme já afirmavam Capelletti e Garth, (p.11-13),

o acesso á justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.(...) O acesso a justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.

E a pacificação social é também o objetivo final do processo judicial e da mediação. A convivência em sociedade requer a aceitação, com respeito, por seus indivíduos dos regramentos sociais de convivência. Se determinada comunidade se impõe regras de conduta que demandem menos desgaste de tempo, menor custo financeiro e principalmente menos desgaste emocional com mais satisfação, será uma comunidade que atende com

qualidade cada um de seus membros, que é afinal o que as sociedades modernas almejam, como a sociedade brasileira também.

Entretanto, a Mediação na sua relação com o processo judicial, encontra-se na fase de implantação e enfrentamento de problemas, isso tudo porque o Estado brasileiro criou uma legislação, que até o momento, na prática, não consegue atender a demanda, fornecendo os meios e os instrumentos que lhe são indispensáveis. Falta o estudo da Mediação, fazer parte dos currículos escolares; falta formação e capacitação para os profissionais que já estão lidando com aplicação da Mediação e falta melhor estrutura para trabalhar tão importante instrumento.

Como já referido, no bojo das inovações que criaram um novo paradigma do processo civil, tem-se a Mediação como fundamental para a solidificação de uma Teoria da Cooperação, da não litigiosidade e da pacificação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão da Mediação na sistemática processual civil brasileira, no artigo 3º, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, representa uma filiação do direito brasileiro a uma nova ordem processual, constante de fundamentos institucionais e estruturais que formam um sistema único.

A Mediação no caso do direito brasileiro decorre também, da evolução do direito processual que do patamar de um mero capítulo do direito privado, galgou para o reconhecimento teleológico do processo, ou seja, o direito processual é autônomo com seus objetivos e fins próprios. A percepção necessária de se ver questões além do processo, subjacentes a este, significa perceber em grau maior que o litígio, a demanda e o processo são influenciados e influenciam toda uma situação que extrapola o próprio processo judicial.

A Mediação é um instrumento instituído no direito brasileiro com o objetivo de apanágio da morosidade processual que afeta o Estado que já não consegue mais responder satisfatoriamente ao jurisdicionado. Essa morosidade tem implicações diretas com o acesso a justiça e a pacificação social.

A Mediação, enquanto instrumento de resolução de conflitos, está umbilicalmente ligada a base do direito processual civil e a seus institutos que são a jurisdição, a ação, o processo e a defesa, todos, com fim precípua da pacificação social.

Quanto ao acesso à justiça a Mediação vem ao seu encontro porque pode influenciar, provocando diminuição na demanda de processo e também na resolução amigável

dos processos já em tramitação. Em qualquer das situações a Mediação provoca o que o Direito objetiva que é a pacificação social.

Todavia não é suficiente instituir a Mediação para que surta de pronto seus efeitos e alcance seus objetivos. A pacificação social como objetivo último da Mediação, requer maior atenção e análise, posto que envolve toda uma sistemática, onde estão presente formação, capacitação, boa vontade e estrutura de todos os envolvidos, entes e pessoas.

O que é constatado na relação da Mediação com o processo judicial, que é uma relação que também sofre dos males da falta de efetividade, retardando seu aprimoramento, entretanto é imperioso afirmar que é uma relação ainda precária, influenciando negativamente, na ação do Poder Judiciário, que tem que resolver problemas de insegurança e insatisfação das pessoas que se socorrem do processo judicial para ver solucionado um descontentamento, um problema.

Todavia, convém repisar, enquanto o Poder Judiciário e o processo judicial são instituídos para que a sociedade possa conviver de forma pacífica, pode-se afirmar que a escolha da Mediação na resolução pacífica dos conflitos é o melhor caminho para a população que receberá de benefícios a celeridade, eficiência e a adequação de seus litígios.

REFERENCIAS:

- 1-CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Editora Sérgio Fabris. 2002.
- 2-CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. P. 11-13.
- 3-CESAR, Alexandre. *Acesso à Justiça e Cidadania*. Cuiabá. ed. UFMT, 2002.
- 4-DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). *Mediação de Conflitos*. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Pag. 342.
- 5-DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.1, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- 6- _____. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- 7- MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias Constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 218.

8-WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna, in Participação e Processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

9-VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: orense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

10-<http://jota.info/artigos/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao-17082015>. capturado em 26/12/2016.

11.http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10919. Capturado em 16/01/17.

12-www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-mediacao-como-eficiente-forma-de-pacificac... Apturado em 23/01/2017.