

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a institucionalização da Mediação no cenário brasileiro, o processo de positivação e o marco legal da Mediação, buscando uma reflexão acerca da regulamentação da Mediação Judicial e da atuação do Poder Judiciário como “órgão” competente para a formação, a regulação e o desenvolvimento da Mediação no Brasil.

A análise reflexiva – e de certa forma crítica, sobre a atuação do Judiciário de forma tão abrangente na formação, regulação e no desenvolvimento da Mediação trazem duas premissas que fundamentam o referido questionamento: a primeira seria as características fundamentais do instituto da Mediação, que seria flúido, dialógico, e não se adequaria à estrutura do Judiciário e ao processo, como estabelecido pela Lei 13.105 de 2015 e a Lei 13.140 de 2015; a segunda seria a própria natureza do “serviço judiciário” na implantação desse tipo de política pública, e a decisão de utilizar o Judiciário como instrumento de efetivação da Mediação.

1. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

Quando se fala em Mediação, é preciso lembrar que os meios consensuais de resolução de conflitos existem desde os tempos das sociedades primitivas, e antecederam, inclusive, o surgimento da Jurisdição. No entanto, diante do monopólio judicial, percebeu-se que, em alguns casos, a Jurisdição não seria o único e mais adequado meio de solução de conflitos, o que levou a sociedade moderna a resgatar o interesse pelos meios consensuais e pacificadores, e desencadeou movimentos de implementação dos mesmos, como já visitado nos capítulos que se antecederam.

No Brasil não foi diferente, os movimentos relacionados aos meios alternativos de solução de conflitos desembarcaram já há algum tempo e podem ser observados na tentativa de inserir a conciliação no processo civil brasileiro, seja como uma fase na audiência de instrução e julgamento, onde é realizada pelo magistrado; ou ainda na forma da Lei 9.099, de 1995, nos Juizados Especiais, podendo inclusive ser realizada

por leigos¹. Não foi incorporada, entretanto, pela cultura jurídica como deveria, tornando-se apenas mais uma fase do processo judicial.

Segundo Eleonora Coelho,

Nesta esteira, o próprio Estado passou a incentivar a adoção de outros métodos e procedimentos para a pacificação de conflitos, em um movimento de descentralização, que ocorre tanto dentro como fora da estrutura judicial. No Brasil, a primeira medida de relevância nesse sentido foi a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), posteriormente substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95), Criminais (Lei nº 10.259/02) e Federais (Lei nº 10.259/01), os quais objetivavam ser um mecanismo mais adequado para solucionar causas de valor reduzido, pois contam com um procedimento simplificado (em que há incentivo à conciliação, privilégio da informalidade, concentração de atos etc.). A criação dos Juizados teve grande aceitação da sociedade, o que já demonstrava o anseio por meios mais ágeis e eficazes para solução de conflitos. Contudo, não tardou para que tais órgãos também ficassem saturados.²

O movimento pela institucionalização da mediação chegou ao Brasil na década de 90, diante de uma realidade jurídica que apenas visualizava o Poder Judiciário como capaz de solucionar conflitos. Conforme ressalta Walsir Edson Rodrigues Júnior, os operadores do Direito se posicionavam contra a mediação, com receio de perder o controle do processo e a clientela, o que caracterizava uma total ignorância, uma falta de informação sobre o Instituto da Mediação.³

A partir de então, tendo como exemplo o desenvolvimento em outros países⁴, começou no Brasil um movimento pró-mediação que, apesar de pequeno, despertava interesse dos profissionais que integravam o meio jurídico brasileiro.

Um marco muito importante para a desjudicialização e a uma forma de solução de conflitos fora da estrutura do Poder Judiciário foi a publicação da Lei de Arbitragem, n. 9.307, de 1996. A referida lei trouxe algumas polêmicas e uma aceitação controversa entre os operadores do Direito; e, mesmo com a declaração da constitucionalidade da

¹ NOBRE, Marcelo. A Mediação On-line. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Cords.). *Arbitragem e Mediação – a reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 262.

² COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Cords.). *Arbitragem e Mediação – a reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 106.

³ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 161.

⁴ Principalmente pela instituição da mediação pelos vizinhos argentinos, com a Ley n. 24.573, posteriormente substituída pela Ley n. 26.589/2010. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.

lei, no ano de 2001⁵, sua aplicabilidade era muito restrita, apresentando um crescimento considerável apenas após a primeira década da sua criação.⁶

No ano de 1997, foi criado o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, abrindo espaço para maiores discussões sobre a mediação, e atualmente já conta com quarenta e duas instituições associadas em todo Brasil⁷.

A mediação começou a ser utilizada no Brasil de forma modesta, mesmo sem ter sido contemplada com uma lei específica. No entanto o movimento pela institucionalização começou a exigir amparo legal para o resultado eficaz do instituto na solução dos conflitos.

Desta forma, quando se falava em sua institucionalização no Brasil, o principal objetivo era a formulação de propostas legislativas de institucionalização que buscavam regular o seu procedimento, de forma minuciosa e exaustiva. Diante desta perspectiva, o termo institucionalização adquire característica normativa e se afasta da noção sociológica, que estaria ligada, de forma geral, “à organização de ideias, concepções, relações intersubjetivas e padrões de comportamento em torno de um interesse ou finalidade socialmente reconhecidos”.⁸

A primeira iniciativa legislativa que tentava instituir a mediação em território nacional foi o Projeto de Lei n. 4.827, de 1998, de autoria da Deputada Zulaie Cobra. Trazia como principais características a instituição de um procedimento não-obrigatório, que poderia ser instaurado no curso do processo judicial, ou até antes do processo,

⁵ Brasil. STF. SE n. 5306. Espanha. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 2001.

⁶ Segundo pesquisa realizada por Selma Ferreira Lemes, no ano de 2005, primeiro ano da pesquisa, as Câmaras de Arbitragem do país cuidavam de 21 arbitragens sobre assuntos do dia a dia das empresas, que envolviam pouco mais de R\$ 247 milhões, e, no ano de 2013, oito anos depois, esses números cresceram expressivamente, com cerca de 147 arbitragens, que envolviam cerca de R\$ 3 bilhões. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/3407430/arbitragens-envolveram-r-3-bilhoes-em-2013#ixzz2rb7dlZbv>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁷ Disponível em: http://www.conima.org.br/inst_filial. Acesso em: 30 nov. 2015.

⁸ Como será desenvolvido no decorrer do presente capítulo, e no sentido do pensamento de Michelle Tonon Barbado, “para nós, basta a compreensão de que, no mundo jurídico, o processo de institucionalização ocorre, via de regra, às avessas. Em outras palavras: negligencia-se o fator social necessário à legitimação do instituto a ser incorporado no ordenamento; despreza-se o necessário debate democrático e a consagração empírica do que está prestes a vigorar por força de lei. Conforme será visto, não parece ser esse o melhor caminho para o estímulo e desenvolvimento da mediação”. E continua, “diante dessas considerações, e das características intrínsecas à mediação acima delineadas, notadamente o seu aspecto inovador e interdisciplinar, constata-se que um autêntico desenvolvimento do instituto não poderá se concretizar com a mera institucionalização pelo direito positivo, isto é, no plano estritamente jurídico legal”. BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 206. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro>. Acesso em: 30 nov. 2015.

desde que a matéria objeto de acordo admitisse conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.⁹

Em linhas gerais, o Projeto de Lei n. 4.827, de 1998, não pretendia regular exaustivamente o processo de mediação e tinha como aspecto fundamental a facultatividade e a flexibilidade das formas, podendo a mediação ser utilizada em qualquer fase do processo judicial.¹⁰

Em 2004, como parte do Pacote Republicano que se seguiu à Emenda Constitucional nº 45, e que trouxe a conhecida “Reforma do Judiciário”, o governo apresentou diversos projetos de lei modificando o Código de Processo Civil, e um novo relatório do PLC, n. 94. O projeto inicial ficou prejudicado com a aprovação do Substitutivo (Emenda n. 1 – CCJ), que foi enviado à Câmara e à Comissão de Constituição e Justiça. Desde então, não se deu andamento, sendo arquivado, o que, naquele momento, frustrou a expectativa de um marco legal para a mediação no Brasil.¹¹

A mediação continuou a se desenvolver no cenário nacional mesmo sem uma legislação específica, seguindo a tendência internacional de incorporação no seio social de uma mentalidade jurídica voltada para os meios alternativos de solução de conflitos, o que levou o Conselho Nacional de Justiça, órgão de estruturação da política judiciária nacional, a editar a Resolução n. 125, de 2010. A Resolução veio para trazer diretrizes ao desenvolvimento da mediação no país, e cumpriu muito bem esse papel, sendo fundamental para o desenvolvimento do instituto nos últimos cinco anos¹².

⁹ BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 207. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro>. Acesso em: 30 nov. 2015.

¹⁰ BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 207. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro>. Acesso em: 30 nov. 2015.

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Marco Legal da Mediação no Brasil* – Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6.

¹² Segundo Fredie Didier, “a reprodução da *consideranda* cumpre bem a sua função didática, revelando com clareza a importância deste ato normativo e os seus objetivos: “CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República; 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 de 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

Segundo Humberto Dalla B. Pinho, a Resolução n. 125, de 2010, traz como base as seguintes premissas:

- [...] a) 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;
- b) nesse passo, 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;
- c) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;
- d) 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;
- e) é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;
- f) a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.¹³

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 Conselho Nacional de Justiça 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 nos 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; CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria; CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000". DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 174-175.

¹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Marco Legal da Mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. Cord. Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6-7.

Uma das importantes previsões da Res. 125, de 2010, foi a determinação de criação, pelos Tribunais dos Estados de Núcleos Permanentes, de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que foi alterada em 2013, constando a obrigatoriedade de instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) em locais com até quatro Juízos, Juizados ou Varas cíveis, fazendárias, previdenciárias ou de família. No entanto, apesar da obrigatoriedade estabelecida pela Resolução na criação dos CEJUSC, não foi incorporada por todos os Tribunais.¹⁴

Outra característica abordada pela doutrina em relação às formas de solução pacífica de conflitos no ordenamento brasileiro seria que as mesmas são quase sempre associadas ao Poder Judiciário, que vem se esforçando para perder esse poder e para que esses métodos continuem atrelados ao processo civil e à estrutura judiciária de forma preliminar à aceitação da demanda.¹⁵

Desse estímulo pelo Poder Estatal, adveio a proposta de institucionalização da mediação, com as discussões travadas a partir de 2009, quando foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, para criação de um novo Código de Processo Civil. As discussões traziam sempre uma grande preocupação da Comissão com os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação.¹⁶

Após as discussões para criação do Projeto do Novo Código de Processo Civil, em 2011, foi proposto o Projeto Lei n. 517, de 2011, que possuía como objeto a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, de modo “a criar um sistema afinado tanto com o futuro CPC, bem como com a Resolução n. 125, do CNJ¹⁷”.

No ano de 2013, seguindo a tendência de institucionalização da mediação, mais duas iniciativas legislativas surgiram e foram apensadas ao PLS n. 517. A primeira, a PLS n. 405, de 2013, decorrente do trabalho realizado por Comissão instituída pelo

¹⁴ COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coords.). *Arbitragem e Mediação - a reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 108.

¹⁵ Essa característica difere, por exemplo, da forma como foi institucionalizada a mediação na Inglaterra, uma vez que, no Brasil, o Judiciário é o responsável por todo o procedimento de mediação judicial, inclusive por formar mediadores judiciais e se responsabilizar pelo procedimento.

¹⁶ Na redação final do Código de Processo Civil, que foi sancionado em 16 de março de 2015 e publicado em 17 de março de 2015, fica clara a preocupação da Comissão em estabelecer diretrizes e uma regulamentação atenta à mediação como instrumento de acesso à justiça. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Marco Legal da Mediação no Brasil - Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Cord. Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016. p. 8-9.

¹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Marco Legal da Mediação no Brasil - Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Cord. Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11.

Senado, e presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, e a segunda, a PLS n. 413/2013, fruto da Comissão instituída pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça, presidida pela Ministra Nancy Andrichi, pelo Ministro Marco Buzzi, e pelo Secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Flávio Croce Caetano.¹⁸

Os três projetos foram discutidos e analisados em audiências públicas, sendo apresentado um Substitutivo ao PLS n. 517, de 2011, que visava congregar os três projetos de forma harmônica, sendo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado em fevereiro de 2014, passando pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara em abril de 2015, e sendo aprovado no Senado em 02 de junho de 2015.

Assim, em 16 de março de 2015, foi publicado o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a Lei 13.105, que regulamenta as diretrizes e o procedimento de mediação judicial; e, em 29 de junho de 2015, foi publicada a Lei n. 13.140, a Lei de Mediação brasileira, que traz os novos e tão esperados parâmetros de desenvolvimento da mediação no Brasil.¹⁹ Acreditava-se que, para a institucionalização da mediação, seria imprescindível um marco regulatório que estabelecesse parâmetros de desenvolvimento, uma vez que a legislação seria capaz de se adequar a sociedade, que estava imersa em um contexto social onde a regra era judicializar.

No entanto, a criação dos marcos legais da mediação, tanto em relação ao Novo Código de Processo Civil quanto em relação à Lei de Mediação, não pode ser considerada o fator essencial e exclusivo de institucionalização no Brasil. Outros fatores, que não apenas a lei, devem ser observados para que a mediação seja incorporada de forma eficaz na cultura social.

A institucionalização da mediação no ordenamento brasileiro está, em grande parte, associada à regulamentação do instituto por meio de lei, apesar de se observar que algumas medidas já estão sendo tomadas no sentido de estimular uma cultura voltada ao consenso, e que estão de forma gradual sendo incorporadas pela sociedade.

Muitas foram as iniciativas legislativas que visavam regulamentar a mediação no ordenamento jurídico. A preocupação se voltava para a sua institucionalização legal, pois, segundo a mentalidade jurídica nacional, o instituto apenas poderia ser utilizado se

¹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Marco Legal da Mediação no Brasil* – Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Cord. Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11.

¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Marco Legal da Mediação no Brasil* – Comentários à Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Cord. Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016. p. 32-33.

houvesse previsão legal, regulamentando quem, como, quando e onde ela poderia ser realizada. Assim, o legislador trabalhou no sentido de regulamentá-la para que seu procedimento fosse orientado segundo as normas legais, gerando maior credibilidade e segurança jurídica das partes envolvidas. Assim, a publicação da Lei 13.140, de 2015, visava regulamentá-la entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da administração pública. De outro lado, a Lei 13.105, de 2015, o Novo Código de Processo Civil, buscava regulamentar a mediação judicial, extremamente prestigiada pelo Poder Judiciário brasileiro.

Entre as muitas iniciativas, o legislador brasileiro se preocupou de forma particular com a mediação judicial, realizada no seio do processo civil e vinculada, de certa forma, à Jurisdição estatal. Um grande exemplo seria a regulamentação da mediação no Novo Código de Processo Civil, que prevê a mediação judicial²⁰ não como uma forma consensual de resolução de conflitos, mas como uma fase preliminar do processo de conhecimento.

Conforme Michelle Paumgarten,

Inscrita no contexto judicial, a mediação se torna predestinada a cumprir o ritual de padrões processuais, que instrumentalizam e compatibilizam o dogma da efetividade da atividade jurisdicional, além de dever de funcionar direcionada à justiça (jurisdição estatal). Jacques Faget observa que esta dinâmica conduz a mediação a dois modos de existência paralela: (i) uma acepção não oficial que lhe confere uma concepção mais prescritiva do que normativa, na maioria das vezes criticada, pois gera um sentimento de insegurança por estar supostamente sujeita a equívocos, devido a ausência de regulamentos e da supervisão de um juiz (Estado); (ii) por detrás desta ideia, à sombra de uma existência oficial, a mediação é deslocada para outra realidade que lhe confere uma posição de legitimidade, garantindo-lhe maior aceitabilidade.²¹

A partir do novo enfoque do Acesso à Justiça e da necessidade de profundas mudanças no sistema como um todo, o Novo Código de Processo Civil²², publicado em 16 de março de 2015, utiliza como uma de suas fontes de inspiração as bases do Código

²⁰ Apesar de regular a mediação judicial como fase do processo o artigo 175, do NCPC aduz que não se excluíam outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais, que poderão ser regulamentadas por lei específica, aplicando no que couber às câmaras privadas de conciliação e mediação os dispositivos previstos na norma processual.

²¹ PAUMGARTTEN, Michele. Disposições Finais. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.) *Marco Legal da Mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016. p.

²² Cabe considerar que a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, ainda se encontra em período de *vacatio legis*, não sendo possível a análise de sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Desta forma, o que se pretende são apenas prospecções sobre sua eficácia no Direito brasileiro.

de Processo Civil Inglês, vigente há pouco mais de dez anos, que tem como forte preocupação a incorporação dos meios consensuais de solução de conflitos, com ênfase na mediação.²³ No entanto, o modelo adotado pelo Processo Civil Inglês não traz a hipótese de Mediação Judicial.

Desta forma, apesar de a Inglaterra integrar o sistema de tradição do Comom Law, e o Brasil, a tradição do Civil Law²⁴, a proposta do Novo Código de Processo Civil inspirada no direito inglês, busca estimular e regulamentar os substitutivos da Jurisdição que devem ser usados prioritariamente, em detrimento da solução judicializada, sendo a mediação objeto de destaque em ambos os ordenamentos.²⁵

No Novo Código de Processo Civil - NCPC, assim como no Civil Procedure Rules - CPR Inglês²⁶, podem ser observados dispositivos que fomentam a utilização dos

²³ REZENDE, Caroline Gaudio. Semelhanças entre o projeto do Novo Código de Processo Civil com o Civil Procedure Rules (Código de Processo Civil Inglês). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 7. v. XI. p. 46-66. jan-jun. 2013.

²⁴ “Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental. Não parece correta essa afirmação. O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.; sobre o tema ver o capítulo respectivo no v.2 deste Curso), de óbvia inspiração no Common Law. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição do *common law*”. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 57-58.

²⁵ REZENDE, Caroline Gaudio. Semelhanças entre o projeto do Novo Código de Processo Civil com o Civil Procedure Rules (Código de Processo Civil Inglês). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, Ano 7, v. XI, p. 46-66, jan-jun. 2013. p. 60.

²⁶ CPR 1.4. (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases.

(2) Active case management includes –

- (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;
- (b) identifying the issues at an early stage;
- (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;
- (d) deciding the order in which issues are to be resolved;
- (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;(grifo nosso)**
- (f) helping the parties to settle the whole or part of the case;
- (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;
- (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;
- (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;
- (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;
- (k) making use of technology; and
- (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.

meios consensuais de solução de conflitos, como o artigo 3º, §2º, do NCPC, que prevê que “O Estado promoverá sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; e o §3º, do mesmo artigo dispõe que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução de consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

A doutrina brasileira já aponta o referido dispositivo como uma diretriz que fundamenta a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos e, como afirma Fredie Didier, em seu Curso de Direito Processual Civil, “pode-se inclusive, defender atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos”²⁷.

2. A MEDIAÇÃO NO BRASIL E O PODER JUDICIÁRIO

Dentro desse novo contexto social, que rompe com o hermetismo manifestado pelas instituições judiciais, a Mediação desponta, mesmo que forma modesta, como uma nova forma de enxergar o Direito.

A partir de então, tendo como exemplo o desenvolvimento em outros países, começou no Brasil um movimento pró-mediação que, apesar de pequeno, despertava interesse dos profissionais que integravam o meio jurídico brasileiro.

Quando se falava em sua institucionalização no Brasil, o principal objetivo era a formulação de propostas legislativas de institucionalização, que buscavam regulamentar o seu procedimento. Diante desta perspectiva, o termo institucionalização adquire característica normativa e se afasta da noção sociológica, que estaria ligada, de forma geral, “à organização de ideias, concepções, relações intersubjetivas e padrões de comportamento em torno de um interesse ou finalidade socialmente reconhecidos”.

Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>. Acesso em: 05 nov. 2015.

²⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 273-274.

A Mediação continuou a se desenvolver no cenário nacional mesmo sem uma legislação específica, seguindo a tendência internacional de incorporação no seio social de uma mentalidade jurídica voltada para os meios alternativos de solução de conflitos, o que levou o Conselho Nacional de Justiça, órgão de estruturação da política judiciária nacional, a editar a Resolução n. 125, de 2010.

Seguindo essa perspectiva, em 16 de março de 2015, foi publicado o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a Lei 13.105, que regulamenta as diretrizes e o procedimento de Mediação Judicial; e, em 29 de junho de 2015, foi publicada a Lei n. 13.140, a Lei de Mediação, que trazia os novos e tão esperados parâmetros de desenvolvimento da Mediação no Brasil. Acreditava-se que, para a institucionalização da mediação, seria imprescindível um marco regulatório que estabelecesse parâmetros de desenvolvimento, uma vez que a legislação seria capaz de se adequar a sociedade, que estava imersa em um contexto social onde a regra era “judicializar”.²⁸

A institucionalização da Mediação no ordenamento brasileiro está, em grande parte, associada à regulamentação do instituto por meio de lei e da atuação maciça do Poder Judiciário, como órgão de regulamentação, formação e de desenvolvimento da Mediação.

A Mediação Judicial passou a ser o grande objeto de estudo e de desenvolvimento da Mediação no Brasil, sendo regulamentada pelo Poder Judiciário tanto pelo CNJ, pela Resolução 125/2010, que estabelece suas diretrizes como pelos Tribunais Estaduais, sendo o Poder Judiciário responsável pela formação dos mediadores judiciais, pela estrutura dos Centros de Mediação Judicial.

Toda estrutura de desenvolvimento da Mediação que vem sendo assumida pelo Poder Judiciário e esta se consolidando nas estruturas do serviço judiciário, diferente de outros países como EUA, Alemanha, Itália e Holanda e Reino Unido . Esses países trazem taxas de grande desenvolvimento da Mediação, e apesar de alguns deles estimular de forma clara a Mediação antes de judicializar, como por exemplo nos EUA

²⁸PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Marco Legal da Mediação no Brasil* – Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6

e no Reino Unido , eles não utilizam a Mediação dentro da estrutura do Judiciário, como se observa no modelo brasileiro de Mediação Judicial.²⁹.

Deste modo, com o esforço na tentativa de incorporação da mediação na estrutura social a partir da histórica e habitual concentração de poder do Judiciário, a reflexão que se impõe, é a seguinte: a partir do pensamento de Pierre Bourdieu, seria o Poder Judiciário competente para a institucionalização da Mediação? Ou apenas lhe foi delegada essa competência como decorrência de uma espécie de capital simbólico e legitimaria o Judiciário na assunção de um instituto como a Mediação? Seria o Judiciário competente mesmo quando a sua natureza estrutural adversarial afasta os próprios fundamentos da Mediação? E a Mediação Judicial? Qual seria a intenção de se criar um modelo de Mediação diverso daquele aplicado em outros países, que se desenvolve dentro da estrutura judiciária, e é regulamentado pela norma processual civil como fase que precede o processo judicial?

A intenção não é trazer respostas aos questionamentos propostos, até porque não temos ainda tempo para chegar a quaisquer conclusões epistemologicamente seguras, mas seria possível, no entanto definir alguns pontos importantes, e que devem ser esclarecidos.

De um lado, podemos observar o Poder Judiciário, como o detentor do campo de poder, que exerceu durante anos o “monopólio” da solução de conflitos, e exerce ainda sobre os jurisdicionados um poder de dependência na solução dos próprios conflitos, baseados no processo de dominação racional-legal, onde os juristas produzem o discurso sobre o Estado, e o campo jurídico ganha autonomia, produzindo uma competência técnica e social de dizer o direito.

Acerca do capital jurídico e da concentração de poder, Frederico Almeida esclarece que

“A diferenciação do campo e a concentração do capital especificamente jurídicos coloca o direito e os juristas em uma posição de protagonistas nesse processo

²⁹ PALO, Giuseppe. ‘Rebooting’ que meditation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf). Acesso em: 12 nov. 2015.

(Bourdieu, 2005). A adequação moderna da técnica processual do direito romano às demandas de racionalização do Estado moderno em torno do príncipe, obra cultural dos juristas medievais, é apontada, desde Weber (1999), como condição para o sucesso do processo de burocratização e construção da dominação racional-legal. Nesse processo, em que os juristas produzem o discurso sobre o Estado (especificamente o discurso da soberania do príncipe sobre os interesses particulares e o discurso do Estado de direito), o campo jurídico também ganha autonomia relativa, produzindo uma espécie própria de capital simbólico – o capital jurídico –, consistente numa competência técnica e social de se dizer o direito, que significa, em última análise, o poder de se interpretar e afirmar a visão oficialmente justa ou legítima da ordem social (Bourdieu, 2007a, 2007b).”³⁰

Essa legitimidade concedida pelo hábito social teria levado o Poder Judiciário a assumir, mesmo não sendo sua função específica, mesmo não sendo característica de sua natureza, a institucionalização da Mediação como política pública de resolução de conflitos, e de outras políticas que não são decorrentes da sua natureza.

O Judiciário seria, nesta visão, o único poder hábil a institucionalizar a Mediação, competência que decorre da concentração do poder e do capital simbólico que carrega, em detrimento dos outros poderes.

Assim, a Mediação Judicial e atuação política do Judiciário na institucionalização da Mediação seriam, dentro dessa perspectiva, a grande solução para a efetividade da Mediação, pois só assim, com a aplicação das leis que instituíram a Mediação essa modificação da cultura adversarial de solução de conflitos seria possível.

³⁰ ALMEIDA, Frederico de. OS JURISTAS E A POLÍTICA NO BRASIL: PERMANÊNCIAS E REPOSICIONAMENTOS. Lua Nova. 2016, n.97.

CONCLUSÃO

O propósito maior do presente artigo é refletir se, mesmo que a consagração da concentração de poder em relação ao Judiciário venha a colocá-lo na posição de órgão responsável pela institucionalização da Mediação, “quando outros não poderiam fazê-lo com tamanha credibilidade”, teria ele essa função já que a atividade desenvolvida em muito difere das características da Mediação. Se o Judiciário não estaria sendo utilizado como instrumento e avocando função que não lhe seria originária.

A única conclusão que é possível chegar, e de fato não responde às reflexões formuladas, é que a utilização do Poder Judiciário na institucionalização da Mediação encontra-se consolidada no ordenamento jurídico brasileiro e que vem se desenvolvendo ao seu modo. Se positivo ou negativo, ainda não é possível aferir devido à brevidade da sua prática. Mas um aspecto é importante ressaltar, sempre que se utiliza um “garfo para tomar uma sopa, a maior parte do conteúdo escorre e se perde”.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Oriente. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 206. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: Alguns Mitos. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. n. 17, p. 159. Disponível em:

<http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.74, 1994.

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma urgência para o Brasil. In ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Cords.). *Arbitragem e Mediação – a reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FOLEY, Gláucia Falsarella; CAETANO, Flávio Croce. *Justiça para Todos*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2013/justica-para-todos-2013-juiza-glauca-falsarella-foley>. Acesso em: 06 dez. 2015.

HILL, Flavia Pereira; ASSMAR, Gabriela. et al. In: *Marco Legal da Mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. Cord. Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016.

Ley n. 24.573, posteriormente substituída pela Ley n. 26.589/2010. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.

NOBRE, Marcelo. A Mediação On-line. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Cords.). *Arbitragem e Mediação – a reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

PAUMGARTTEN, Michele. Disposições Finais. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.) *Marco Legal da Mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em: 23 nov. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Marco Legal da Mediação no Direito Brasileiro. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Cords.). *Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). *Marco Legal da Mediação no Brasil* – Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

REZENDE, Caroline Gaudio. Semelhanças entre o projeto do Novo Código de Processo Civil com o Civil Procedure Rules (Código de Processo Civil Inglês). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 7. v. XI. p. 46-66. jan-jun. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Coord. Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Sevilha Monteiro. v. III. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.