A MEDIAÇÃO NO BRASIL: VISÃO ATUAL E PERSPECTIVAS DE FUTURO

The Mediation on Brazil: Current view and Future Perspectives

António Inavir Gonçalves de Azevedo

E-mail: antonioivanir@gmail.com
Curso de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Mestrando em Direito pela Universidade Católica do Porto
Mediador de Conflitos - ICFML

Resumo

Breve análise sobre a mediação, como meio alternativo de solução de conflitos – Evolução histórica do instituto – Introdução nos sistemas de direito positivo – Abrangência e possibilidades quanto ao futuro.

Palavras-chave: Mediação – Sistemas do Brasil e de Portugal; Diferenças; Perspectivas.

Abstract

Brief analisis about mediation, as an alternative means of conflict resolution - Historic evolution of the institute - Introduction to positive law systems - Scope and possibilities for the future.

Keywords: Mediation - Systems in Brazil and Portugal; Differences; Perspectives.

Introdução

Na língua portuguesa, a palavra **mediação** (s.*f.*) tem por significado *o ato ou efeito de mediar*. Como substantivo, é definido por *intervenção*. Como verbo transitivo, significa *dividir ao meio* e, como verbo intransitivo, *ficar no meio*.

Nada mais adequado ao tema que se pretende desenvolver.

De fato, *ficar no meio* ajusta-se precisamente às máximas aristotélicas,[1] que definem a *justiça corretiva como o intermediário entre a perda e o ganho*. Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário, nos chamados estados democráticos de direito, ao chamarem a si o direito e o dever de prestar e distribuir justiça surge como um precursor, na medida em que, a partir da evolução das cartas políticas que se seguiram à *Magna Carta*, foram introduzidos os primeiros conceitos que chegaram aos tempos modernos como elementos motivadores a adotar técnicas alternativas para solução dos conflitos.

No judiciário, o papel do magistrado (juiz), como representante do Estado, é essencialmente de mediador, mas, seu fim é a justiça corretiva, buscando recompor a paz social em face aos desentendimentos humanos, pela adoção da ética ou do direito escrito. O *contato social*, segundo Clovis do Couto e Silva, é a fonte comum de todas as relações e conflitos,[2] diferenciando-os dos *atos existenciais*, que não geram contratos e obrigações e, por isso mesmo, não se caracterizam como fonte de conflito. Entretanto, não há como sanar a demora representada pela técnica de prestar justiça, por parte do Estado, porque esta tem de seguir os dogmas estabelecidos na lei, representada, comumente, por três elementos: *o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia e o ato que a realiza*.[3] O tempo da prestação jurisdicional não é condizente com o tempo da vida real. Daí porque, a partir de enunciados de princípios que se celebrizaram nos sistemas dos países civilizados, extraiu-se a fonte para a busca de soluções alternativas. Assim, por exemplo, a partir da carta de Declaração de Independência dos Estados

1 ARISTÓTELES. Ética a Nicômano. In "Os Pensadores", Livro V., São Paulo, abril, 1987.

2 COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. "A Obrigação como Processo", São Paulo, RT, 1980, p. 10.

3 PARELMAN, Chaïm, citado por J.O. Cardona Ferreira, *in* Sistemas de Justiça e Mediação, Regista da Faculdade de Direito da UNL, Ano VI, nº 11, 2005. Separata.

Unidos, que incluiu entre os direitos fundamentais o *direito à felicidade*,[4] evoluindo para outros enunciados, como *ao do direito a um julgamento equitativo e público*,[5] findando-se por registrar que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem assinalou o *direito ao processo equitativo e público e a decidir num prazo razoável*.[6]

A questão se situa, positivamente, no que possa significar *um prazo razoável*.

Como dito anteriormente, o *devido processo legal* deve seguir seus dogmas: a iniciar pelo sistema da *ampla cognição*, que compreende estabelecer a postulação, oportunizar a defesa, produzir as provas e obter a sentença. Não há delimitadores para os períodos estanques de cada fase, e, se ainda forem considerados os direitos a recursos, as lides podem se arrastar por décadas, aliado a outros fatores.[7]

No Brasil, dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dão conta de que a média nacional está em quatro anos e quatro meses.[8] Entretanto, muitos outros fatores podem influir nessa média de tempo, tais como a sistemática da repercussão geral e dos processos repetitivos, levando a que um grande número de lides sejam suspensas por todos os tribunais do Pais, enquanto se aguarda o pronunciamento de uma corte superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça).

Por isso, o Brasil não serve de parâmetro para ilustrar as boas estatísticas: considerando-se que, à margem dos dados pesquisados pelo CNJ, existem processos que duram mais de quarenta anos, entre propositura e execução, além de relatos de casos centenários.[9] Outros estados merecem a menção histórica. A exemplo, registra-se o Estado Italiano como o pior indicador do primado da *menor duração do processo*, a ponto de existirem muitas

4 O mesmo princípio consta dos "Considerandos" da "Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Ho-mem, aprovada na 9ª Conferência Internacional americana, em Bogotá, 1948.

5 Idem, "Declaração Universal dos Direitos do Homem", Nações Unidas, 1948.

6 Art. 6º. "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, ..."

7 No caso do Judiciário brasileiro, a demora reflete a "insuficiência do Poder Judiciário", segundo anota o jornalista RAFEL CASTINO, em reportagem no "Jornal da USP", edição de 28/03/2017, in https://jornal.usp.br/atualidades/demora-nos-julgamentos-reflete-insuficiencia-do-poder-judiciario/ (aces-sado em 10/09/2018).

8 CNJ, "A Justiça em Números", no sítio www.cnj.jus.br.

condenações resultantes desses números, fato que levou à criação de uma lei, permitindo a indenização pela demora na prestação jurisdicional. Da lei, porém, não resultou grande solução, pois até mesmo os pedidos de indenização pela demora dos processos tiveram seu lugar no *pódio* dos mais lentos.[10] Segue-se que, apesar da Convenção Europeia, as estatísticas do judiciário europeu não ilustram os melhores dados: a Turquia foi condenada ao pagamento de 30 milhões de euros em indenizações; a Rússia, em 8,7 milhões. Segue-se Portugal, com 113 reclamações na Corte Europeia de Direitos Humanos; França, com 75; Reino Unido, com 40 e a Espanha, com 27.[11]

Diante desse quadro judiciário, as perspectivas de abreviar a solução dos conflitos seguem duas vertentes, como forma de reduzir o tempo de duração dos litígios: a mediação e a arbitragem.

Como assinalou J. O. Cardona Ferreira:

> *As ideias dos Meios Alternativos não são novas, nem internacionalmente, nem em Portugal. Mas reconhece-se que não há, em Portugal, uma cultura de Meios Alternativos; a tendência é para os meios ditos "tradicionais", comuns, burocratizados. E, todavia, os Meios hoje ditos alternativos, inclusive do tipo Julgados de Paz e Tribunais Arbitrais, já existiam no tempo do Código Visigótico.*[12]

A história mostra que, em Portugal, a primeira menção aos julgados de paz ocorreu no reinado de D. Manuel I, no século XVI.[13] Na Constituição de 1933,

9 O processo mais antigo do Brasil já dura mais de 120 anos: é da família real, proposto em 1895, pela Prince-sa Isabel, tendo por objeto a disputa pelo Palácio Guanabara, sede do Governo do Estado do Rio de Janeiro, e que já esteve na posse da União. Esse palácio foi o lar da Princesa Isabel e seu marido, o Conde D'Eu (Gas-tão de Orleans). Fonte: Gazeta do Povo, no link https://www.gazetadopovo.com.br/justica/processo-mais-antigo-em-andamento-no-brasil-e-da-familia-real-em-briga-por-palacio-35qwhd0p2b1oirnymauc0i4ac/, acessado em 10/09/2018.

10 Vide decisão sobre a Itália: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-europeia-direitos-humanos48.pdf (acessado em 10/09/2018).

11 Vide decisão: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-europeia-direitos-humanos36.pdf (acessado em 10/09/2018).

12 CARDONA FERREIRA, J. O. "Meios Alternativos de resolução de diferendos (ou de litígios ou de conflitos)", Universidade Lusíada, Lisboa, II Série, nº 3, 2005, pp. 317.

13 COSTA, Ana Soares da, et *alli*. "Julgados de Paz e Mediação – um novo conceito de justiça" (Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa", Lisboa, 2002, p. 55.

consta a expressão: "*são mantidos os juízes de paz*",[14] mas, de fato, os Julgados de Paz só vieram a integrar o Poder Judiciário na Constituição da República Portuguesa de 1976.

Semelhante aos Juizados de Paz, o Brasil criou os *juizados especiais*,[15] cíveis e criminais: aqueles para reclamações no valor de até quarenta salários mínimos, e estes para infrações penais de menor potencial ofensivo.[16]

Essas experiências, conquanto tivessem por objetivo desafogar o Poder Judiciário, não lograram o êxito pretendido, embora as indiscutíveis chances de sucesso.

No Brasil, entretanto, a história da mediação se inicia, verdadeiramente, com a inserção da cláusula da menor duração do processo como garantia constitucional. Até então, não estava entre os direitos fundamentais, pois, embora seguindo os ditames das cartas mais modernas, somente com a Emenda Constitucional nº 45/2004 é que o princípio veio a integrar o sistema.

Há que se reconhecer, portanto, que sua fase evolutiva é ainda embrionária, pois as normas atuais seguiram a experiência de outros sistemas, tais como o Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e França, sendo construído a partir dos institutos da mediação e da arbitragem. Muito tempo decorreu, até que se iniciasse a construção de um sistema que se revela, sobretudo, preocupado com sua natureza jurídica.

Nesse rumo, este trabalho se propõe a uma breve análise da construção legislativa e das perspectivas da mediação no Brasil.

A mediação como forma alternativa de solução dos conflitos:

14 Art. 115º, 3º, § 2º. A expressão "são mantidos" remonta ao Estatuto Judiciário de 1928.

15 Constituição Federal de 1988, art. 98.

16 Lei 9.099, de 26/09/1995.

A Constituição Portuguesa de 1976 sistematizou um conjunto de princípios relacionados aos direitos e garantias fundamentais e, com a Lei Constitucional nº 1/97, foi acrescentado ao artigo 20º os números 3 a 5, destacando-se destes últimos: "*todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*", e "*para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*".

Semelhante a esses princípios, a Constituição Brasileira de 1988 fez acrescentar, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o inc. LXXVIII ao art. 5º, com a seguinte redação: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*".

Aproximou-se, com isso, dos sistemas mais modernos, abrindo espaço para a disciplina e o acolhimento dos meios alternativos para solução dos conflitos, fugindo ao dogmatismo do processo tradicional.

A) Evolução legislativa:

A mediação passou a ser utilizada no Brasil já na década de 1990, por inspiração de outros institutos e, sobretudo, em modelos contratuais, à mingua de uma regulamentação legal.[17]

Inobstante, pode-se dizer que a história da mediação no Brasil inicia-se com o Decreto nº 1.582, de 28 de julho de 1995, que institui as negociações coletivas trabalhistas. A seguir, a Lei 9.870, de 23/11/1999, que trata da negociação das mensalidades escolares. Entretanto, são disciplinas legislativas distantes das modernas técnicas de resolução de conflitos, porque, além de tudo, estabelecem parâmetros e tolhem a liberdade de decisão, resultando, em maior escala, na edição de normas protetivas voltadas a um determinado seguimento.

Anos decorreram, até o advento da Lei 13.140, de 26/06/2015, que regulamentou a mediação *como meio de solução de controvérsias*

17 Um exemplo é a criação da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBI-TAC, criada em 17/06/1996, figurando como pioneira nessa iniciativa, posto que anterior à lei de mediação. In http://www.arbitac.com.br/.

entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, possibilitando a mediação de conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º), sobre todo o conflito ou parte dele (§ 1º), mediante a intervenção de mediadores desig-nados pelo tribunal ou escolhido pelas partes (art. 4º).[18]

No mesmo ano, veio o Código de Processo Civil,[19] a estabelecer, de modo definitivo, a adoção dos métodos alternativos para solução dos conflitos. Nesse sentido, verifica-se a redação do § 3º do art. 30:

> *Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

Note-se que, ao lado do princípio da inafastabilidade da jurisdição (ou do direito de acesso ao judiciário), estabeleceu-se a alternativa aos métodos consensuais.

O propósito de desjurisdicionar os litígios veio com a inclusão da figura do mediador entre os *auxiliares da justiça*:

> *Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o* ***mediador****, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.*

A atuação dos *mediadores e conciliadores judiciais* é a seguir regulada:

---

18 Mediações judiciais ou extrajudiciais.

19 Lei 13.105, de 16/03/2015, que entrou em vigor no dia 18/03/2016 (cfe. CNJ, in http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81698-cnj-responde-a-oab-e-decide-que-vigencia-do-novo-cpc-comeca-em-18-de-marco).

Seção V

Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º. A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em

cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º. *Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.*

§ 2º. *Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.*

§ 3º. *Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.*

§ 4º. *Os dados colhidos na forma do* **§ 3º** *serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.*

§ 5º. *Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.*

§ 6º. *O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.*

Art. 168. *As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.*

§ 1º. *O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.*

§ 2º. *Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.*

§ 3º. *Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.*

Art. 169. *Ressalvada a hipótese do* **art. 167**, **§ 6º**, *o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.*

§ 1º. *A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.*

§ 2º. *Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.*

Art. 170. *No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.*

Parágrafo único. *Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.*

Art. 171. *No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.*

Art. 172. *O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.*

Art. 173. *Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:*

> **I** - *Agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do* **art. 166**, **§§ 1o** *e* **2o**;
>
> **II** - *Atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.*

> **§ 1º.** *Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.*
>
> **§ 2º.** *O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.*
>
> **Art. 174.** *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:*
>
> > **I** - *Dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;*
> >
> > **II** - *Avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;*
> >
> > **III** - *Promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.*
>
> **Art. 175.** *As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.*
>
> ***Parágrafo único.*** *Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.*

Destaca-se que, já na *Exposição de Motivos do Anteprojeto*, o objetivo era dar ênfase às soluções alternativas para solução dos conflitos:

> *"Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação."*

Uma outra disposição importante veio a ser introduzida pelo art. 334 do Código de Processo Civil, pelo qual, ao despachar a inicial, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação. Esse procedimento prévio à instauração da instância só não ocorre se ambas as partes manifestarem desinteresse na solução conciliatória,[20] ou se o caso não admitir autocomposição.[21] [22]

B) Implantação dos projetos de mediação nos tribunais:

A verificar-se dos textos legais (Lei 13.150/1995 e Código de Processo Civil), o Poder Judiciário brasileiro chamou a si a incumbência de promover os procedimentos alternativos para solução dos conflitos, a saber: *mediação e conciliação*. Nesse sentido, a redação do art. 167 do CPC/2015: "Os *tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos...*". Inobstante isso, foi permitida a criação das *câmaras privadas de conciliação*, atividade extrajudicial.

Para regular a criação dos sistemas, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 125/2010, estabeleceu os parâmetros para o desenvolvimento de ações destinadas à formação de conciliadores e mediadores, bem como à criação do Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores.[23]

A mesma norma administrativa estabeleceu que os tribunais deveriam criar, no prazo de trinta dias, os "*Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, ...*",[24] além dos *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*,[25] destinados a realizar as audiências de conciliação e mediação,

20 Art. 334, § 4º, inc. I.

21 Idem, inc. II.

22 O § 5º do art. 334 também estabelece que "O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, conta-dos da data da audiência".

23 Conforme Resolução 125/2010. Acesso pelo sítio: http://www.cnj.jus.br/ccmj/.

24 Res. 125/2010, art. 7º.

25 Idem, art. 8º.

no âmbito dos tribunais. Dita Resolução, como se vê, disciplina amplamente a atividade de mediação a nível judicial.

De fato, os *núcleos permanentes* destinam-se a desenvolver os métodos consensuais no âmbito dos tribunais, enquanto os *centros judiciários* devem funcionar como câmaras para administração dos conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça também disciplinou a criação das *Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação*, estabelecendo que, tanto os referidos órgãos, e bem assim os conciliadores e mediadores, devem estar inscritos no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, ficando todos eles sujeitos à avaliação, pelo Comitê Gestor da Conciliação.[26]

C) O papel do mediador – Um novo horizonte na atuação dos profissionais auxiliares da Justiça:

Como se vê das normas citadas, é a ampla a disciplina sobre a atividade da mediação e, nesse mesmo sentido, dos mediadores, tanto a nível judicial, quanto extrajudicial e das câmaras privadas.

Especificamente, a Lei 13.140/2015 estabeleceu as condições para o exercício da atividade do *mediador* no art. 11, onde também fixou os requisitos de qualificação: ***a)*** curso superior concluído há mais de dois anos, ***b)*** capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela ENFAM [27] ou pelos tribunais, ***c)*** observância dos requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.[28]

Nesse âmbito, tem-se que a Resolução CNJ 125/2010, teve por objetivo ampliar a disciplina sobre a atividade de mediação, criando as normas para aperfeiçoamento dos mediadores e um verdadeiro código de conduta e de boas práticas.

Note-se que, antes da Lei da Mediação e do Código de Processo Civil vigente, inexistiam parâmetros normativos em torno do tema. O próprio CPC

---

26 Res. 125/2010, art. 12-E, c/c art. 8º, § 9º.

27 ENFAM: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

28 Resolução nº 125, de 29/11/2010, com a redação das Emendas 01/2013 e 02/2016.

revogado (Lei 5.869/73), previa a solução do conflito judicial pela realização da *audiência de conciliação*, prescindindo, por isso mesmo, da atividade jurisdicional, o que colocava a atuação dentro do processo. O Código Civil de 2010, em seu art. 840, previu a possibilidade de as partes *prevenirem litígios mediante concessões mútuas*, o que significa dizer que, embora a possibilidade da mediação (sobre direitos disponíveis), não havia, ainda, qualquer iniciativa legislada sobre a atividade do mediador.

Portanto, o destaque à atuação do *mediador* realmente veio com o novo Código de Processo Civil, ao topolizar a atividade no quadro dos *auxiliares de justiça*. Um novo parâmetro foi claramente estabelecido, e adiante regulamentado, como já citado acima. Inaugura-se, com isso, uma nova cultura: a do diálogo voltado à solução de conflitos que podem ou não estar em juízo.[29] [30]

Na Lei 13.140/2015, o papel do mediador pode ser tanto a nível judicial, quanto extrajudicial. No primeiro caso, pode atuar como mediador extrajudicial qualquer pessoa que tenha a confiança das partes,[31] não se submetendo às exigências de formação em curso superior há mais de dois anos e inscrição no cadastro nacional dos mediadores.[32]

As perspectivas da mediação como meio alternativo de solução dos conflitos:

Pode-se dizer, extreme de qualquer dúvida, que a introdução da mediação no Brasil é resultado da crise de acesso ao Poder Judiciário: os excessos em

29 Notar que o art. 165, em seus §§ 2º e 3º estabelecem a diferenciação: o mediador atua nos casos em que há vínculo anterior entre as partes.

30 Isso ocorre, v.g., nas hipóteses de cláusula de mediação nos contratos. Ou, inaugurada a instância, uma das partes requerer a mediação.

31 Lei 13.140/2015, art.9º.

32 Idem, art. 11.

prazos, fases processuais obrigatórias e recursos tornaram excessivamente custoso ao cidadão o uso da máquina estatal para satisfação do direito ofendido ou em vias de o ser.

Por essa razão, passou a ser cláusula recorrente nos contratos a inclusão da *cláusula de mediação*, como forma de abreviar e prevenir os possíveis litígios.

Assim, importante verificar onde pode estar presente a atividade da mediação.

A) As áreas do direito onde podem ser utilizados:

O pressuposto fundamental para que se possa utilizar a mediação para a solução de conflitos é: **(i)** que se trate de direito disponível ou, **(ii)** segundo a Lei 13.140/2015, quando se tratar de direito indisponível, a opção em questão permita a composição.

A primeira hipótese não oferece maiores dificuldades: em se tratando de *direitos disponíveis*, prevalece o princípio da autonomia privada e, uma vez constatada a legitimidade e o interesse das partes, a mediação pode ser conduzida e finalizada.

Todavia, a possibilidade de mediação em torno de questões que circundem direitos indisponíveis oferece um natural questionamento: como identifica-los e até onde é possível a disposição?[33] Por isso mesmo, tem-se que a *indisponibilidade* a que se refere a lei, por certo é a mesma que se encontra sob a tutela dos direitos fundamentais, tais como: a vida, a liberdade, a saúde, a imagem, a dignidade da pessoa humana e, quanto ao Estado, os bens públicos inalienáveis. Logo, e por consequência, apenas os *efeitos patrimoniais* que envolvam os direitos indisponíveis é que admitem composição. A exemplo: no direito à imagem, a indenização pelo dano moral.

Isso verificado, tem-se que a mediação pode ocorrer nas seguintes áreas do direito:

***a)* No direito do trabalho** – quando a questão envolver pagamentos ou remunerações;

33 Veja-se a mesma regra, como já citado, no art. 334, § 4º, II do CPC/2015.

***b)* No direito de família** – quanto envolver pensões e direitos de guarda ou visitação;

***c)* No direito civil** – quanto a qualquer questão patrimonial;

***d)* No direito penal** – somente nos delitos de menor potencial ofensivo, mediante a aceitação da proposta de mediação do titular da ação penal, para substituição do procedimento penal pelo pagamento de multa ou outra exigência;

***e)* Nas controvérsias envolvendo os interesses da Fazenda Pública** – mediante autorização do Advogado Geral da União, com base em orientação pacífica dos tribunais superiores sobre a matéria objeto da controvérsia; ou, ainda, fora desses casos, mediante aprovação do Presidente da República ou previsão legislativa.[34]

B) Da ampliação para outras áreas:

Mesmo com as limitações legais existentes, não se vê dificuldade em ampliar-se o procedimento para outras áreas do direito, desde que resguardados os aspetos legais, no que toca à forma e às necessárias autorizações legislativas.

Em matéria penal, não é admissível a mediação envolvendo as prerrogativas do titular da ação penal, nos delitos de maior carga ofensiva; entretanto, é admissível a composição em torno das penas acessórias, tais como multas pecuniárias, etc. Neste último caso, a Fazenda Pública destinatária tem admitido o parcelamento das dívidas geradas pela condenação, tratando-se de receita não-tributária. Não é admissível, entretanto, a mediação em torno da extensão ou do cumprimento da pena, ponto que continua judicializado.

Em matéria fiscal, tributária e obrigacional envolvendo a Fazenda Pública, a mediação não pode implicar em renúncia fiscal, porque esta depende exclusivamente de autorização legislativa. Mas, quanto às obrigações tributárias e à composição destas, considerando-se a dívida mobiliária pública, a partir da Emenda Constitucional nº 30/2000, e em outras que se seguiram (vide, a exemplo, a criticada EC nº 62/2009), vem sendo admitido que os passivos tributários dos contribuintes sejam compostos com os passivos financeiros (que podem ou não ter origem tributária) do ente

34 Lei 13.130/1995, art. 35 e seguintes. O mesmo é aplicável aos Estados e Municípios, resguardadas as proporções.

público para com os contribuintes, sejam próprios ou de terceiros, mediante certas regras e condições previstas em lei.[35]

Os casos em que não comporta o cumprimento da obrigação estatal via orçamento público, ou, mesmo nos casos em que a dívida deva ser paga via requisitório judicial, também há possibilidade de mediação, quando os interesses fazendários possam ser beneficiados com vantagens tais como: ***a)*** deságio da dívida; ***b)*** parcelamento e, ***c)*** formas alternativas de cumprimento da obrigação sem redução de receita pública. Em tais casos, deve existir lei antecedente a permitir a atuação funcional e parecer do respectivo tribunal de contas quanto à inexistência de prejuízo ao tesouro público ou descumprimento da legislação.

Já a mediação quanto à dívida tributária, fora dos casos em que a lei local permita o parcelamento (neste caso, não estaria tipificada a mediação, e sim a concessão estatal de benefício), também pode ser admitida, quando não implicar em renúncia fiscal.[36] Exemplo disso é a afetação da receita do contribuinte ao pagamento da dívida tributária, mediante a destinação de parte da receita bruta para quitação dos tributos.[37]

Já em matéria falimentar, não se exclui igualmente a possibilidade de mediação. Mas, neste caso, além da concordância do Ministério Público, há necessidade de submeter a proposta à assembleia de credores e subsequente homologação judicial. Neste seguimento, existem ainda muitas limitações legais, uma vez considerada a classificação dos credores e dos créditos.

D) *Limitações atuais e perspectivas de evolução:*

35 A exemplo: o Estado do Paraná criou as câmaras de conciliação de precatórios, autorizadas por lei – o devedor do Estado pode utilizar o crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, próprio ou de terceiro, para quitar todo ou parte dos seus débitos tributários inscritos em dívida ativa (Lei 17.082/2012, arts. 14 a 17 e Decreto Estadual 5.007/2012); o Estado do Rio Grande do Sul fez algo similar, pela Lei 14.751/2015; em São Paulo, o TJ/SP criou a câmara de conciliação de precatórios, pela Portaria 8.659/2012, em obediência à EC 62/2009. E assim por diante, outros Estados seguiram o mesmo rumo, já que têm a obrigação de extinguir toda a dívida pública originada em precatórios até o ano de 2020.

36 No Brasil, veio a ser admitido após a Medida Provisória nº 899/2019, que possibilitou a "transação" em matéria de dívidas tributárias.

37 É situação diferente de penhora do faturamento.

O mundo moderno é um quadro pungente de evolução, e o direito não pode ficar divorciado dessa realidade, sob pena de claudicar no que tem de mais relevante, que é servir ao cidadão com eficiência e satisfazer o fim maior, que é alcançar a felicidade.[38]

Assim como no passado tínhamos crimes que o mundo atual considera desproporcional e distante do razoável, a descriminalização de certas condutas é um exemplo prático dessa evolução, embora alguns bens inalienáveis não possam, e não devam, ser objeto de disponibilidade, tais como a vida, a liberdade, a venda de órgãos, etc. Mas as penas, com efeito, poderão ser objeto de mediação.[39]

Logo, tal como ocorre na composição envolvendo a base de direitos indisponíveis, sob o aspecto exclusivamente patrimonial, não se vê dificuldade em que a mediação chegue a outros campos do direito, tais como o direito falimentar, o tributário e o penal.

Conclusão

O propósito do estudo foi uma visão do desenvolvimento do direito, do processo e da mediação como forma evolutiva deste. Nesse passo, acredita-se que a visão de futuro ainda se encontra ofuscada pela natural resistência dos operadores do direito a somar seus esforços para compor de forma mais célere os interesses de seus constituintes, possibilitando, por conseguinte, uma redução substancial dos litígios nos tribunais. E, em acréscimo, dado o propósito deste trabalho, viu-se como necessária a citação integral do texto do Código de Processo Civil a respeito da mediação.

O Estado, por sinal, poderia ser um dos objetivos dessa experiência, já que, segundo os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, continua a ser o maior cliente do Poder Judiciário: o que é parte na maior quantidade de demandas e o que mais interpõe recursos e prolonga os

38 Declaração de Independência americana, que situou a felicidade entre os direitos fundamentais (“the pursuit of Happiness”).

39 No direito penal vigente, a chamada “delação premiada” não tipifica a mediação, mas tem elementos de conciliação.

litígios com seus cidadãos, mesmo quando estes não apresentem qualquer substância razoável, em nome de reduzir a quantidade de indenizações ou reparações e utilizar os recursos em outras áreas – nem sempre as essenciais.

Assim sendo, é essencial que a noção de um mundo com menos litígios venha a ser implantado na razão da questão, que é a educação do cidadão. Então, como antes e agora, a educação permanece como elemento importante para essa evolução.

BIBLIOGRAFIA

- _____, **Lei 13.140** de 26 de junho de 2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm.
- _____, **Lei 13.140** de 26 de junho de 2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm.
- _____, **Resolução 125**, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, disponível em http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf
- CARDONA FERREIRA, Jaime. "*Meios Alternativos de Resolução de Diferendos (ou de litígios ou de conflitos)*", Lisboa, Universidade Lusíada Editora, II Série, nº 3, 2005, p. 317-330.
- CARDONA FERREIRA, J. O. "*Sistemas de Justiça e Mediação*", Revista da Faculdade de Direito da UNL, Lisboa, ano VI, nº 11, 2005, p. 189-199.
- CASTINO, Rafael. "A *Insuficiência do Poder Judiciário*", Jornal da USP, Ed. 28/03/2017, acessado em 10/09/2018, in "https://jornal.usp.br/atualidades/demora-nos-julgamentos-reflete-insuficiencia-do-poder-judiciario/.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. "A *obrigação como processo*", São Paulo, RT, 1980, p. 10.
- _____, COLEÇÃO "OS PENSADORES", Livro V, São Paulo, abril, 1987.
- _____, jornal GAZETA DO POVO. "*Processo mais antigo em andamento no Brasil é da família real em briga por palácio*", in: https://www.gazetadopovo.com.br/justica/processo-mais-antigo-em-andamento-no-brasil-e-da-familia-real-em-briga-por-palacio-35qwhd0p2b1oirnymauc0i4ac/", acessado em 10/09/2018.
- PINHEIRO, Aline. "*Itália é campeã de lentidão judicial na Europa*", artigo de 14/04/2012, acessado em https://www.conjur.com.br/2012-abr-14/italia-pais-europeu-acionado-causa-lentidao-justica?imprimir=1, em 10/09/2018.
- PINHEIRO, Aline. "*Corte europeia demora cinco anos para condenar Itália*", in https://www.conjur.com.br/2012-mar-08/corte-europeia-demora-cinco-anos-condenar-italia-lentidao-judicial, acessado em 10/09/2018.