

A mediação como resolução de conflitos: breve estudo sobre sua relevância na era hipermoderna

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA*

1. INTRODUÇÃO

O presente texto desenvolve estudo no sentido de destacar a importância da mediação na Era hipermoderna – época em que as relações jurídicas se constituem e se extinguem em velocidade acima do razoável – como método consensual de solução de controvérsias. Nos tempos atuais os indivíduos participativos se mostram parcimoniosos e hesitantes quando necessitam deflagrar ação judicial, mesmo após a vigência da nova Lei Processual, que se propõe a agilizar a marcha procedimental, para atender ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; art. 139, II, do Código de Processo Civil). O litigante réu não tem interesse na rápida solução do conflito, ao reverso do autor, que além de interessado na entrega da prestação jurisdicional favorável, enfrenta a morosidade do processo decorrente das formalidades e prazos estabelecidos em lei. Tratando-se de direitos disponíveis, jurisdicionados perfilham a arbitragem ou contam com a conciliação na audiência preliminar ou de instrução e julgamento para solucionar o litígio. Outros resistem e se mostram indispostos a transigir. Surge, destarte, a mediação como método consensual de solução de conflitos, em que um Auxiliar da Justiça – dotado de conhecimentos técnicos, sem poder decisório – se encarrega de promover a aproximação dos litigantes para que eles próprios, discursivamente, abandonem a desavença e emitam declaração de vontade comum, de modo a solucionar a controvérsia ou a obter o consenso nos autos da demanda deflagrada. Procurando enfatizar alguns aspectos desse método consensual de solução de conflitos, dá-se início à investigação com o surgimento da mediação no Brasil, na Era contemporânea, prosseguindo com a análise do conteúdo da mediação, seus métodos para solucionar o conflito, pressupostos para o alcance da autocomposição, concluindo com o destaque da sua relevância.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Decano e Vice-Diretor. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais e Pós-Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. MODERNIDADE, PÓS-MODERNIDADE, HIPERMODERNIDADE E MEDIAÇÃO

Malgrado não se possa afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa cumpre ressaltar a relevância desse fato social, que pôs fim ao Antigo Regime. Kumar (2006, p. 119)¹ entende que “a Revolução Francesa tornou-se comum dizer, levava o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade – isto é, de uma época que está em constante formação e reformação diante de nossos olhos”. De fato, há um rompimento com o período em que os benefícios eram aproveitados apenas por certos grupos sociais, uma vez que o indivíduo era visto como um mero integrante da coletividade, sem direito de atuar por si. Estudos impregnados de registros históricos asseveram que a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam à Grande Revolução.

Sem estabelecer fato social relevante, ela teria início por ocasião das mudanças de estilo, hábito renovado de vida e de organização social ocorridas na Europa, no século XVII, que se espargiram pelo mundo Giddens (1991, p. 11)² prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. Bauman (1999, p. 299-300)³ entende que a modernidade se identifica com:

Um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações socioestruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista).

Essas mudanças estruturais de antanho foram incisivas. O comportamento socioeconômico ocorreu de modo aprofundado. O mesmo se diga das transformações do capitalismo. Fridman (2000, p. 9-10)⁴, no mesmo direcionamento de Bauman, assevera que a modernidade inclui “uma série de mudanças materiais, sociais, intelectuais e políticas iniciadas no século XVII na Europa, com a emergência e a difusão

1 KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

2 GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.

3 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

4 FRIDMAN, Luis Carlos. **Vertigens Pós-Modernas**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

do Iluminismo e que acabaram por se misturar com a Revolução Industrial e com as transformações trazidas pelo capitalismo”.

De um ângulo objetivo, encampando a Revolução Francesa como termo inicial ou *dies a quo* da modernidade, é inequívoco que ela é responsável pela modificação do comportamento social, adotando novos princípios e carreando para a época moderna características, atributos e consectários diferenciados. Cumpre observar que as mudanças provenientes da Grande Revolução vêm se protraindo até os dias coevos, embora com uma nova roupagem. Bonavides (2007, p. 36)⁵ registra que “aquela Revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade”. Os efeitos da modernidade se acentuam entre 1789 e 1799 na França, com fortes mudanças na sua estrutura econômica, política e social, o que também se espargue pelos diversos Estados soberanos.

Dentre os princípios que regem a modernidade destacam-se a universalidade, a individualidade e a autonomia, todos direcionados ao indivíduo. Pelo princípio da universalidade a Era moderna deve beneficiar todas as pessoas sem distinção. O princípio da individualidade recomenda o respeito à personalidade da pessoa, deixando de considerá-la como simples integrante da coletividade. O princípio da autonomia outorga ao indivíduo o direito de pensar e de agir em qualquer espaço público, seja qual for sua ideologia ou religião, podendo adquirir bens e serviços para sua sobrevivência.

Quanto às características da modernidade avulta a valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade. Outro não é o pensamento de Hansen (1999, p. 37)⁶:

“O juiz que subestima as normas da Lei da Mediação, entendendo que a audiência de conciliação não é própria para instaurar o procedimento desse método consensual de solução de conflitos, dará como ultrapassada a oportunidade para a mediação ou ficará insistindo na conciliação para granjear o acordo e somente após o insucesso, dar início ao processo”.

5 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

6 HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Edições Cefil, 1999.

A razão é, de fato, o elemento comum a todos os seres humanos e, por isso, assume a condição de fundamento a partir do qual o mundo deve ser organizado. É ela quem deve, a partir de agora, dar unidade e sentido a todas as esferas que compõem a existência humana. Tudo quanto pretenda ter legitimidade para existir necessita, pois, de submeter-se ao crivo da Razão. Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos. Igualmente, só têm validade as leis e normas jurídicas fundadas em critérios racionais e que possam ser submetidos ao domínio público; as constituições passam a ser, nesse período, uma exigência social, uma vez que se tornam a consagração de princípios racionais cujos conteúdos vão nortear as ações de governos, magistrados e demais indivíduos.

No avanço do tempo, sem discutir se ocorreu o termo final da modernidade, exsurge a “pós-modernidade”, designação popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, ao editar a obra *“The Post-Modern Condition”*, em 1979. Trata-se de uma Era correspondente ao espaço de tempo posterior ao da modernidade – compreendida entre um pouco mais da segunda metade do século XX e a atualidade – que em velocidade empreendida acima do razoável caminha rumo à busca do novo, contribuindo ainda mais para a modificação do comportamento social. Para ele, citado por Giddens (1991, p. 12)⁷, a pós-modernidade se traduz numa época de “deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente”.

A pós-modernidade é um novo tempo, sucessor da modernidade, no entendimento de respeitáveis pensadores. Tempo em que se identifica uma crise da razão moderna, com conseqüências negativas que atingiram o final do século XX e atingem o século XXI. Levando em conta o significado do prefixo “pós”, a era da pós-modernidade pode ser entendida como o período *post mortem* da modernidade, ou seja, uma época posterior ao decesso da modernidade. Como diz Kumar (2006, p. 106)⁸, a pós-modernidade pode ser entendida como a época das “exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver” ou de acordo com Hansen (1999, p. 140)⁹ “a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas, mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões”.

7 GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.

8 KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

9 HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Edições Cefil, 1999.

Na fase de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, com a paradoxal ruptura e prolongamento da primeira, na originalidade da segunda, Lipovetsky (2004, p. 56-57)¹⁰ escreve que “a primeira modernidade era extrema por causa do ideológico-político; a que chega o é aquém do político, pela via da tecnologia, da mídia, da economia, do urbanismo, do consumo, das patologias individuais”. Para ele a pós-modernidade chegou ao final, fazendo eclodir a hipermodernidade, com predomínio “do consumismo, do hedonismo, do psicologismo e da comunicação” sobre os valores da modernidade. Segundo Lipovetsky (2004, p. 61)¹¹ nos tempos hipermodernos “nasce toda uma cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata das necessidades, estimula a urgência dos prazeres, enaltece o florescimento pessoal, coloca no pedestal o paraíso do bem-estar, do conforto e do lazer”.

Consequentemente é certo afirmar que não mais se vive em tempos da modernidade e sim numa época que lhe é após, ou seja, do “fim da história”, da “pós-modernidade”, da “segunda modernidade”, da “sobremodernidade”, da “modernidade líquida” ou dos “tempos líquidos”, nas designações de Bauman (2001, p. 17)¹². Este mesmo autor (2007, p. 16)¹³, ao se referir à Era pós-moderna, acentua que o progresso que já foi otimista e promessa de felicidade “agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso”. A Era da modernidade líquida é a Era hipermoderna ou contemporânea em que se encontram os indivíduos participativos as relações jurídicas se constituem e se desconstituem rapidamente, necessitando eles

“A mediação tem que ser tratada de acordo com sua natureza jurídica, que é de um negócio jurídico processual preparatório de encaminhamento das partes para a autocomposição, posto à disposição dos litigantes, como meio de solução consensual de conflitos e não como mais um modo de reduzir o número de processos em trâmite nos órgãos jurisdicionais”.

10 LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004, 3. Reimp. 2007.

11 LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.*

12 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

13 BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

de uma solução de conformidade com a velocidade em que os fatos jurídicos ocorrem e as manifestações de vontade dos atos e negócios jurídicos são postas no mundo da vida.

Via de consequência, em razão dessa velocidade, os indivíduos participativos anelam por meios de solução de conflito que não sejam provenientes exclusiva ou integralmente da resolução judicial. Outras vezes, buscam por estímulo da solução da controvérsia para que cheguem à autocomposição, através da intervenção de uma autoridade informal, dotada de conhecimento técnico, sem poder decisório, que os faça alcançar o consenso, de modo a prevenir ou, em regra, encerrar o litígio. A mediação surge como método de solução e instrumento da Era hipermoderna para a solução amigável da controvérsia.

Diferentemente da arbitragem, que dela se tem notícia desde o período Pré-clássico de Roma (753 a 510 a.C.) – em que o processo civil tramitava de acordo com as *actiones legis*, prosseguindo, na 2ª fase perante o *iudex*, ou seja, o árbitro, com poder de decidir a demanda – a mediação surge na Era pós-moderna. Os estudos e os projetos de lei foram deflagrados na década de 90, em decorrência da edição da *Ley* nº 24.573/95, na Argentina, mais a frente revogada pela *Ley* nº 26.589/10. No caso brasileiro, surge na Era hipermoderna com a edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 29/11/2010, que se traduz no marco histórico da mediação, através de norma regulamentar.

O Projeto de Lei nº 517/11, na Câmara nº 7.169/14, foi aprovado, vindo a se convolar na Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias. O par. único do art. 1º considera a mediação como a “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Os arts. 2º e 3º tratam dos princípios que a mediação perfilha e os direitos que podem ser objeto de aproximação das partes, respectivamente, conforme se verá no capítulo concernente ao seu conteúdo.

A Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), diferentemente dos diplomas processualísticos editados nas Eras moderna e pós-moderna (DL nº 1.608/39 e Lei nº 5.869/73, respectivamente) – reconhece a mediação como método de solução consensual de controvérsias, após dispor que o Estado promoverá, sempre que possível, esse meio de resolução amigável de conflitos (art. 3º §§ 2º e 3º). Mais adiante a Lei Processual vigente dedica-se à mediação nos arts. 165 e ss., aclamando que ela deve porfiar pelo restabelecimento da comunicação entre as partes de modo que venham a identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§ 3º

do precitado art. 165). Ao comentar sobre a mediação e a conciliação, procedendo ao estudo referente à política pública de tratamento adequado aos conflitos jurídicos e o princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição, DIDIER JR. (2016, p. 271)¹⁴ destaca que “institui-se no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça)”.

3. A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

A jurisdição é atividade estatal, uma vez que se cogita da principal função de um dos Poderes da República, na conjugação dos arts. 2º e 3º, da Carta Federal com o art. 16, do Código de Processo Civil. Embora não se perceba de pronto, exatamente em razão da sua função primordial, a atividade do Poder Judiciário é desempenhada na mesma direção da atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. Acerca dessa tema, destaca VIEIRA (2010, p. 184)¹⁵ que “a diferença reside apenas na natureza da função que ditos Poderes exercem. Ao Executivo compete administrar; ao Judiciário compete julgar, às vezes contra a própria Administração Pública, através da jurisdição administrativa.

Ao prestar o serviço público, ambos os poderes objetivam alcançar as recomendações do art. 3º, da Lei Maior, quais sejam: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse último objetivo, isto é, promover o bem de todos, muito se ajusta à atividade jurisdicional, eis que se trata de função exercida por um dos Poderes da República, para solucionar conflitos de interesses.

A Emenda Constitucional nº 45/04, ao alterar multifários dispositivos da Lei Fundamental, instituiu, no art. 5º, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Este passou a integrar o Poder Judiciário como órgão máximo da Administração Judiciária, com poderes administrativos, em âmbito nacional, referentes à atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, ficando constitucionalmente autorizado a expedir atos regulamentares, como se deduz da leitura dos arts. 92, I-A, 103-B e § 4º, do Pacto Fundamental da Nação. Tão logo instalado, o CNJ deu início à expedição de seus atos regulamentares, através de resoluções.

14 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

15 VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 13 nº 51, p. 178-229, 2010.

Atento ao fato de que é órgão integrante do Poder Judiciário – cujos membros estão estritamente vinculados a cumprir a Constituição e as leis do País – sem olvidar da sobredita recomendação de que também deve promover o bem de todos, imbuído de arremedo de jurisdição administrativa, o CNJ emitiu a Resolução nº 125/10, deflagrando a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”, de acordo com o art. 1º, com lastro no terceiro considerando que, dentre outros, reconhece a mediação e a conciliação como mecanismos consensuais de solução de conflitos, coadjuvantes dos serviços judiciários prestados nos processos judiciais. A jurisdição se ressentia de coadjuvantes procedimentais, destituídos das formalidades processuais que possibilitassem, ao menos, o encaminhamento das partes para o consenso. Oficializou-se a mediação, já que a conciliação estava inclusa em diversas etapas dos procedimentos de jurisdição contenciosa.

Essas formas alternativas de solução de conflitos integram o que se denomina autocomposição, procedimento em que as próprias partes compõem a lide, resolvendo o conflito de interesses, resolvendo a questão com julgamento de mérito. A autocomposição abarca a transação, a submissão (reconhecimento da procedência do pedido e renúncia ao direito sobre que se funda a ação), a conciliação e a mediação. Segundo a doutrina a autocomposição constitui um novo caminho para se chegar ao fim da controvérsia com a mesma resolução de mérito da sentença, muitas vezes homologatória. THEODORO JUNIOR (2008, vol. I, p. 5)¹⁶ relembra preleção de CAPPELLETTI, que afirma se tratar de atividade da justiça coexistencial:

Em lugar de contar apenas com a força da autoridade legal do juiz, as partes poderiam, muitas vezes, obter melhores resultados na solução de seus conflitos, recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas a promover a mediação e a conciliação, e chegando, assim, a resultados práticos mais satisfatórios do que os decretados pela justiça tradicional.

A doutrina processual espanhola classifica a autocomposição em unilateral e bilateral. Na unilateral a solução da controvérsia só é alcançada pela concessão de uma das partes como ocorre com a renúncia e o reconhecimento. Na bilateral a solução advém do acordo de ambas as partes, através de concessões recíprocas, como a transação, a desistência, a conciliação e a mediação. A propósito anotação de ROBLES GARZÓN (2008, p. 33)¹⁷:

16 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. 49. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2008.

17 ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. **Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Tecnos, 2008.

Los sistemas autocompositivos pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales. En los unilaterales, la solución se alcanza por la concesión de alguna de las partes. Son manifestaciones de ésta la renuncia o el allanamiento. Serán bilaterales aquellas que llevan a la solución por el acuerdo de ambas partes, entre otras, la transacción, el desistimiento, la conciliación y la mediación. De entre estas últimas, tanto la conciliación como la mediación suponen la participación de un tercero que actuará inter partes, sin capacidad resolutoria alguna. La diferencia entre una y otra figura es que mientras el conciliador solo acerca a las partes, el mediador podrá realizar propuestas de soluciones concretas.

Espécie do gênero autocomposição, a mediação é o procedimento em que as partes chegam ao consenso para, numa etapa seguinte, por fim à controvérsia, com a intervenção de terceiro, o conciliador, com autoridade para presidir os trabalhos de aproximação, mas sem poder decisório. Conceituada como atividade técnica exercida por terceiro que conduz as partes, as auxilia e estimula a prosseguir em etapa mais avançada da autocomposição, objetiva a aproximação dos litigantes para que eles cheguem à vontade consensual e, conseqüentemente, à resolução judicial ou extrajudicial do conflito instalado, advindo de uma relação jurídica (par. único do art. 1º, da Lei nº 13.140/15).

A mediação é uma das espécies de solução alternativa de controvérsias, ao lado da conciliação, integrando a autocomposição. Não se cogita de um método de pronta obtenção de solução do conflito. É a primeira etapa de um procedimento para que as partes – que já não se entendem e que estão litigando, em regra –, alcancem, numa segunda etapa, a resolução judicial ou extrajudicial do conflito. Sobre o tema, anotam MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2016, p. 292)¹⁸:

Consiste na inclusão de um terceiro imparcial para auxiliar na negociação das partes. Sua finalidade é colaborar para que as partes cheguem, por sua própria iniciativa, a um acordo. O mediador não deve, em regra, sugerir soluções para o problema das partes, mas auxiliá-las a encontrar, sozinhas, tais soluções. Para tanto, deve ajudar a restabelecer o diálogo entre as partes, para que elas possam encontrar os pontos de divergência e consigam resolver sua controvérsia.

Para demandantes que não admitiam qualquer aproximação para conversar sobre o tema litigioso, a mediação se apresenta como um caminho para eliminar

18 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

a resistência à comunicação para que sejam levados ao entendimento e ao consenso. Ao reverso da conciliação da doutrina espanhola – em que o conciliador não pode sugerir soluções para dar fim ao litígio e o mediador pode – no caso brasileiro a mediação se esgota com o esclarecimento que é levado aos demandantes pelo conciliador no sentido de que devem se entender para que eles próprios, através do consenso, abandonem a ausência de diálogo e procurem solucionar a controvérsia, tomando o segundo caminho. É uma conversa jurídico-social para a abertura da porta para uma autocomposição definitiva, pelo meio judicial ou extrajudicial que os litigantes vão eleger.

Trata-se de um voo com escala, em que o avião sai de um aeroporto para outro que os levará ao destino final, ainda que este segundo voo não seja tão rápido quanto o primeiro. Também pode ser dito que é um negócio jurídico preliminar não solene ou informal ajustado pelos próprios litigantes, com a direção e o auxílio de um terceiro técnico e experto em temas de conflitos, que restabelecerá o entendimento e será solucionado com a celebração do negócio jurídico definitivo de matiz judicial ou extrajudicial. E tudo se deve à atividade desenvolvida pelo mediador. Sobre essa atividade registra DIDIER JR. (2016, vol. 1, p. 274)¹⁹:

Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Por se tratar de um caminho consensual a ser percorrido pelas partes, conduzido pelo mediador, para que elas busquem o entendimento e o consenso e cheguem à autocomposição, nos termos do art. 4º § 1º, da Lei nº 13.140/15, ao procedimento da mediação foram vinculados, inicialmente, os princípios que estão insculpidos no art. 1º, do Anexo III, (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais) da Resolução CNJ nº 125/10. Cumpre ao mediador, ao exercer a atividade, reverenciar os princípios da confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Os incisos I a VIII, do referido art. 1º, em arremedo de

19 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

interpretação autêntica ou legislativa, conceitua cada um desses princípios, a maioria de conhecimento geral, merecendo destaque os dois últimos: empoderamento e validação. Este é definido como o dever do mediador estimular os litigantes a se repararem como seres humanos, permutando atenção e respeito; aquele, como o dever de estimular os litigantes a aprenderem a resolver melhor seus conflitos futuros em vista da experiência na autocomposição. São princípios éticos e processuais dirigidos à autoridade informal que vai presidir o procedimento de restabelecimento da comunicação entre as partes.

A Lei nº 13.140/15 recepcionou a maior parte dos princípios da indigitada Resolução nº 125/10. De acordo com o rol do art. 2º da precitada Lei nº 13.140/15 alguns princípios da Resolução apresentam nova roupagem. Cuida-se de um rol contendo princípios mais voltados para o desempenho procedimental do mediador. Encartados em lei recebem um novo *status*. ALEXY (1994, p. 162)²⁰ chama esse *status* de “mandamentos de otimização”, ao registrar que “*en tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas*”. Os “mandamentos de otimização” de que trata o sobredito preceptivo legal são: imparcialidade do mediador, isonomia dos litigantes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Para a validade do procedimento mediatório faz-se mister que ditos princípios sejam observados, notadamente os que dizem respeito aos impedimentos do mediador (arts. 5º a 7º, da Lei da Mediação).

O Estatuto Processualístico apresenta os princípios que informam a mediação. Conforme dispõe o art. 166, a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e a decisão informada se traduzem nos sete princípios que dão validade ao procedimento da mediação. Ditos princípios estão direcionados no mesmo sentido dos que constam do art. 2º, da Lei nº 13.140/15. Não se conflitam e por pouco não são comuns aos dois diplomas legais. São aplicáveis ao procedimento e, da mesma forma, devem ser reverenciados pelo mediador.

Consoante anuncia o art. 3º, da Lei nº 13.140/15, a mediação pode recair em direitos disponíveis ou indisponíveis que admitem transação. Direitos disponíveis, como o próprio nome está a indicar, são aqueles em que o seu titular deles pode dispor, transferindo sua titularidade através da celebração de negócios jurídicos, a qualquer tempo, como ocorre com o direito à herança, à indenização por acessões e benfeitorias, a repetição do indébito, a evicção, a reparação civil do dano e tantos

20 ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.

outros. Direitos indisponíveis que admitem transação são os que embora seu titular não tenha liberdade para negociá-los, o resultado de sua violação ou o prejuízo a eles causado pode ser objeto de composição, como o direito às prestações de alimentos vencidas, à reparação por ofensa aos direitos da personalidade, o advindo do abandono material do incapaz ou do abandono afetivo e outros. Relevante é que ditos direitos, malgrado litigiosos, possam ser objeto de qualquer um dos meios alternativos de resolução de conflitos, judicial ou extrajudicialmente, depois das partes serem aproximadas e alcançarem o consenso.

Os arts. 4º a 13, da Lei nº 13.140/15 e 165 a 173, da Lei Processual Civil, dedicam-se à atuação e ao funcionamento dos órgãos da atividade de mediação (centros judiciários de solução consensual de conflitos, mediadores e câmaras privadas de mediação). Os arts. 14 a 20, da Lei nº 13.140/15 cuidam do procedimento mediatório, o que já não é tratado pelo Código de Processo, ficando exclusivamente a cargo do diploma de regência o seu desenvolvimento. Entrementes, o novel diploma processualístico não se olvidou de encartar, dentre os auxiliares da justiça – ao lado dos conciliadores – os mediadores e os órgãos destinados a esse método de solução consensual de conflitos. Os arts. 165 a 175 compõem a Seção V, do seu Capítulo III, consagrando a mediação como atividade coexistencial à atividade judiciária. Isso se deve ao Conselho Nacional de Justiça, que expedindo à época a Resolução nº 125/10, antecipou-se aos diplomas processuais. Dando um passo de vanguarda, o único órgão administrativo do Poder Judiciário, de âmbito nacional, instituiu, ainda que de modo experimental, uma espécie de Justiça Administrativa informal, no interesse dos jurisdicionados em conflito, que ávidos por uma justiça simples, rápida e eficiente, clamavam por um caminho procedimental diverso do acesso à jurisdição estatal, para levá-los ao entendimento e ao consenso.

Os métodos da mediação para se alcançar o consenso são o administrativo e o judicial. O método administrativo ou extrajudicial é utilizado quando há previsão para a deflagração da mediação no instrumento do negócio jurídico que deu origem à relação jurídica que se tornou conflituosa. Se as partes estão em litígio é porque há relação jurídica fundada, em regra no contrato, espécie de negócio jurídico que lhe é mais próximo. Esse método conta com cláusula inserta no instrumento do negócio jurídico em que as partes já tinham se comprometido a alcançar o consenso com o auxílio do mediador por elas indicado.

Também se vislumbra o método extrajudicial quando uma das partes apresenta policação à outra para iniciar o procedimento de mediação, por qualquer meio de comunicação, estipulando o seu fim, a data e o local da primeira reunião. Se a proposta

não for aceita em até trinta dias do seu recebimento será considerada rejeitada. Na inexistência de cláusula contratual que faça previsão da mediação, qualquer uma das partes poderá enviar à outra a proposta de mediação.

No caso de o método contar com pacto inserido em instrumento do negócio jurídico o procedimento administrativo tem início desde logo. As partes em litígio já tinham assumido o compromisso de alcançar o consenso, uma vez que esclarecidas sobre os consectários de uma eventual desavença contratual, haja vista a experiência de ambas. Nessas condições, a policitação e a aceitação se reuniram por ocasião da lavratura do instrumento que deu origem ao negócio jurídico, ora em desalinho. No caso de o método não contar com cláusula prevendo a mediação, tudo depende da aceitação da proposta. Sem a conjugação das vontades do policitante e do oblato, o método extrajudicial não pode ser utilizado para se alcançar o consenso. Esse método com ou sem previsão contratual da mediação é tratado nos arts. 21 a 23, da Lei nº 13.140/15.

O método técnico ou judicial é utilizado quando não há previsão para a deflagração da mediação em instrumento do negócio jurídico que deu origem à relação jurídica que se tornou conflituosa. As partes, no entanto, esboçam que querem tentar o entendimento, resolvendo se submeter ao procedimento. Esse método conta com a estrutura dos centros jurídicos de solução consensual de conflitos, instituídos pela jurisdição estatal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça, constantes da indigitada Resolução nº 125/10. As partes não elegem o mediador, pois ele integra o quadro oficial da mediação técnica. Nem podem recusá-lo, salvo se houver impedimento para o exercício do múnus.

Após a vigência da Lei Processual Civil, ocorrida no primeiro semestre de 2016, a escolha do mediador judicial passou a ser admitida, ainda que não inscrito no cadastro do Tribunal de Justiça local, de acordo com o art. 168 e seu § 1º. Como se trata de lei posterior, que revoga a anterior, nos termos do art. 2º § 1º, do DL nº 4.657/42, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode ser dito que ocorreu revogação tácita do art. 25, da Lei nº 13.140/15, que é norma anterior à disposta no diploma processualístico. Se as partes podem escolher o mediador, também estão credenciadas a recusá-lo.

O método judicial, por se tratar de um método técnico, é menos informal que o extrajudicial. O método judicial é utilizado pelo mediador na audiência prévia ou na audiência de instrução e julgamento. Seu instrumento é o processo judicial, daí imprescindir de algumas formalidades como, *exempli gratia*, o prévio recebimento da petição inicial por despacho liminar positivo do juiz, assistência às partes por

advogado ou pela Defensoria Pública quando comprovarem insuficiência de recursos, término do procedimento em sessenta dias e maior empenho do mediador na condução dos trabalhos, objetivando obter, desde logo, não só a aproximação e o entendimento como também o acordo.

Ao tratar dos conciliadores e mediadores, o Código de Processo Civil reservou a atuação do conciliador para aproximar as partes sem vínculo anterior e a do mediador para os litigantes com vínculo anterior que, em regra, advém de um contrato, como foi analisado. A reserva de atividades assemelhadas de que cuida o § 1º, do art. 165, é bem providencial. Existindo vínculo entre as partes – máxime em razão do ajuste de um negócio jurídico que gerou obrigações – o método técnico é o mais adequado para alcançar o restabelecimento da comunicação, identificando, os próprios litigantes, soluções consensuais que venham a produzir benefícios mútuos, como previsto no § 3º, do sobredito art. 165, da Lei de Ritos Civis.

Cumprе ressaltar que o método técnico para alcance do consenso na Lei da Mediação não é o mesmo da Lei Processual. Os arts. 14 a 20, da Lei nº 13.140/15 apresentam um procedimento comum para os dois métodos (extrajudicial e judicial), que devolve aos litigantes a autonomia da vontade – pressuposto da mediação – no sentido de alcançar o consenso para se chegar à autocomposição. É mais liberal, espontâneo e destituído de imposição jurisdicional, apesar de judicial. Os arts. 334 e 359, do Cód. Proc. Civil, ao tratar da audiência de conciliação e mediação e da audiência de instrução e julgamento, respectivamente, deixam entrever um método técnico impositivo a ser adotado pelo mediador, que cerceia a espontaneidade que deve nortear todo procedimento mediatório.

Em primeiro lugar, a audiência preliminar de mediação é realizada em conjunto com a conciliação, como se ambas traduzissem os mesmos métodos consensuais de solução de conflitos, o que *permissa venia* não é de boa técnica. Como também restou investigado, as duas não se confundem, apesar da semelhança e da natureza jurídica de ambas.

Em segundo lugar, quando o §§ 2º e 11, do art. 334, dispõem que poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e que a autocomposição granjeada será reduzida a termo, o Estatuto Processualístico dá a impressão que o método adotado porfia por um resultado imediato, fundindo a conciliação, a mediação e a transação. Ditos parágrafos abalroam todo o procedimento do método judicial da Lei da Mediação, editada como diploma legal específico para esse método consensual de solução de litígios, a cargo exclusivo de um mediador, designado para uma tranquila atuação de aproximação dos litigantes. O método processual não. É afoito

e açodado, estando direcionado exclusivamente no sentido da obtenção – de plano e a qualquer preço – de uma transação conciliatória ou compositiva para encerrar o processo de conhecimento e incluí-lo nas estatísticas mensais de produtividade da jurisdição estatal.

Desde o método judicial perfilhado na audiência preliminar de conciliação e mediação da Lei Processual vai se constatando um desvirtuamento de ambos os métodos de consenso tratados na Lei da Mediação. Por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento não se infere qualquer empenho do legislador processual em reverenciar o método adequado para o alcance do consenso. O art. 359 alude à mediação apenas para incutir no leitor que está prestigiando o método de consenso. Na verdade esse preceptivo processual quer dizer que se não houve conciliação, nem a mediação alcançou a autocomposição, só resta prosseguir. Ultrapassada a oportunidade – pensa o legislador “porque as partes não aproveitaram” – deve a audiência de instrução e julgamento ser realizada “independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”.

Vale enfatizar que o art. 18, da Lei nº 13.140/15, ao tratar do procedimento desse método judicial, tem o zelo de detalhar que a audiência que dá início à mediação é, na verdade, a primeira de uma série de reuniões destinadas a alcançar o consenso. Ambas as partes devem estar presentes. A seguir o art. 19 dispõe que ditas reuniões são realizadas com presenças das partes, juntas ou separadamente, buscando o mediador as informações indispensáveis para facilitar o entendimento entre elas. É o método mais indicado para o alcance da autocomposição. O método judicial da Lei Processual nem de longe deposita esforços no sentido de facilitar o entendimento entre as partes. Portanto, a qualquer tempo, antes da composição da lide e enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença, as partes poderão se servir da mediação da lei de regência, como verdadeiro método consensual de solução de suas controvérsias.

4. PRESSUPOSTOS PARA O ALCANCE DA AUTOCOMPOSIÇÃO PELA MEDIAÇÃO

O alcance da autocomposição pela mediação pressupõe a autonomia da vontade, o esclarecimento das partes, a confiança no sistema perito e a adoção do procedimento discursivo fundado na teoria do agir comunicativo. As partes que já demonstraram capacidade para celebrar o negócio jurídico que deu origem à controvérsia, ainda perseguem os efeitos das declarações de vontade que emitiram. Com fulcro na liberdade de contratar e na autonomia privada, mesmo em situação de conflito, mantêm

a mesma autonomia no anseio de que ditas declarações prevaleçam, ainda que tenham que se socorrer da via judicial. Quando optam pela via extrajudicial também buscam a solução para a controvérsia instalada.

A autonomia da vontade garante aos litigantes o direito à autocomposição. Quer na via judicial, quer na extrajudicial, as autoridades que presidem o processo ou o procedimento deflagrado pelas partes para resolução do conflito, devem respeitar as pretensões dirigidas à continuidade da contenda judicial ou à autocomposição. Se for o caso desta, aí se vislumbra o funcionamento da mediação. Respeitando ainda mais a autonomia da vontade, o mediador – notando uma remota possibilidade de comunicação – envida esforços procedimentais, para que voltem a se comunicar, incentivando-as para que alcancem o entendimento e o consenso, facilitando a resolução do conflito. Não se olvide de que a autonomia da vontade das partes é um dos princípios que norteia a mediação (arts. 2º, V e 4º § 1º, da Lei nº 13.140/15).

O esclarecimento se refere à avaliação prévia que as partes devem fazer sobre as vantagens e desvantagens entre continuar litigando até a demorada entrega da prestação jurisdicional ou se submeter a um dos métodos consensuais de solução do conflito extrajudicial ou mesmo judicial. Esse esclarecimento é específico quanto aos modos postos à disposição dos litigantes pelo ordenamento positivo vigente, traduzido na aquisição de conhecimentos adquiridos antes do conflito eclodir. Os litigantes devem sopesar – porque estão sendo esclarecidos – se vale a pena suportar, até o final do processo, o esgotamento das multifárias formalidades procedimentais ou adotar o caminho aberto pelo mediador, posto à sua disposição pelo Estado, sem formalidades excessivas e hábil a levá-los, em pouco espaço de tempo, ao ajuste da autocomposição, após a realização de reuniões dedicadas inteiramente à solução consensual do conflito.

Se os litigantes não têm esclarecimento (*aufklärung*) para se submeter à mediação, ainda se encontram na menoridade procedimental. Consequentemente, não podem fazer uso do entendimento da condução dos trabalhos do mediador. A falta de esclarecimento para se vergar à mediação traduz, implicitamente, a ausência de capacidade e da própria autonomia da vontade, afastando o consenso imprescindível ao alcance da autocomposição. Como diz Kant (2008, p. 63)²¹: “a menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção do outro indivíduo”. Ainda assim o mediador experiente deve tentar suprir a ausência de conhecimento dos litigantes, “esclarecendo-os” sobre as reuniões que serão realizadas na tentativa da aproximação que leve ao consenso e até à autocomposição, nos termos dos arts. 14, 18 e 19, da Lei nº 13.140/15.

21 KANT, Immanuel. **Textos Seletos**. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

A confiança no “sistema perito” consiste no fato de que sendo a mediação uma atividade estatal, mesmo quando exercida por particular a quem o Estado delega a função, sua atuação merece credibilidade. Os litigantes dotados de autonomia da vontade, credores de esclarecimento, têm à sua disposição um corpo de profissionais capacitados pelo Tribunal de Justiça para dirigir o procedimento com observância das formalidades mínimas para a busca do entendimento e do consenso. Se os mediadores são técnicos em restabelecer a comunicação entre os litigantes, por meio de um procedimento especial, a ponto de levá-los à autocomposição, eles podem confiar no sistema.

Hodiernamente o mediador ocupa a posição de perito responsável pela aproximação dos litigantes esclarecidos que, no entanto, encontram-se juridicamente desajustados. São peritos em aproximação e busca do consenso entre as partes, porque deles se exige curso superior completo há mais de dois anos, curso de capacitação para a atividade, ministrado pela Administração Judiciária para que possam atuar, e imparcialidade (arts. 1º, par. único, 2º, I, 5º, 11 e 12, da Lei nº 13.140/15). Além disso, os peritos mediadores são reconhecidos como auxiliares da justiça pelo Capítulo III, do Título IV, da Lei Processual, que trata do Juiz e seus Auxiliares (arts. 165 e ss.).

A confiabilidade no sistema é um dos efeitos da modernidade, como destaca Giddens (1999, p. 91)²²: “a *confiança em sistemas* assume a forma de *compromissos sem rosto*, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante”. Sendo a mediação uma atividade da justiça coexistencial que eclodiu na pós-modernidade nos sistemas jurídicos estrangeiros mais avançados e na hipermodernidade no sistema jurídico nacional, o grau de confiabilidade é elevado. É o pressuposto técnico desse método de solução consensual de conflitos.

Para se alcançar a autocomposição na segunda etapa desse método de solução de conflitos, é mister a adoção de procedimento discursivo fundado na teoria do agir comunicativo. Trata-se de se perfilhar um modo de agir discursivo dentro do procedimento mediatório. Aberta a primeira reunião, o presidente dos trabalhos deve, desde logo, ouvir as partes. Outras reuniões poderão ser realizadas, sempre com a presença de ambas, que poderão ser novamente ouvidas em conjunto ou separadamente, delas solicitando informações necessárias para facilitar a aproximação e o entendimento (arts. 14, 17, 18 e 19, da Lei nº 13.140/15). Através dessas informações o árbitro vai tomando cognição dos principais pontos divergentes que vêm impedindo a comunicação entre as partes.

22 GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.

Malgrado a lei de regência não detalhe, ao ouvir os litigantes o mediador fará com que elas apresentem suas pretensões para o restabelecimento da comunicação, rompida pela desavença, e também do entendimento, que se mostram distantes, para tentar chegar ao consenso, preliminar da autocomposição. De bom alvitre que o mediador recomende às partes que adotem uma ética discursiva, abstendo-se de considerações pessoais nas suas exposições, para se manterem focados exclusivamente nos pontos divergentes que afastam a comunicação e o entendimento. Em seguida, deve ouvir a discussão travada entre os litigantes, a essa altura transcorrendo sob o pálio da indigitada ética, típica do agir comunicativo. A formação técnica do mediador possibilita que assim atue para incentivá-los a buscar o consenso.

As regras da ética do discurso também deverão ser apresentadas aos litigantes pelo mediador, notadamente a que atine ao dever de um falante não interromper o outro, nem exercer coerção a qualquer pretexto para impedir que exponha seus motivos favoráveis ou desfavoráveis ao consenso. Sobre a necessária ausência de pressão para o sucesso, *in casu*, da mediação, anota Habermas (2003, p. 110)²³:

A partir de pontos de vista *procedurais*, as argumentações aparecem, em seguida, como processos de entendimento mútuo que são regulados de tal maneira que proponentes e oponentes possam, numa atitude hipotética e liberados da pressão da ação e da experiência, examinar as pretensões de validade que se tornaram problemáticas.

A adoção da teoria do agir comunicativo é o último e mais relevante pressuposto para que as partes atinjam o consenso. Chegando ao restabelecimento da comunicação e iniciado o entendimento entre elas, já se terá percorrido 70% do caminho de uma mediação positivada. A habilidade e a técnica do mediador, condutor do procedimento, respondem pelos 30% restantes para o alcance autocomposição.

5. A RELEVÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA ERA HIPERMODERNA

Nos dias coevos as relações jurídicas se constituem e se extinguem numa velocidade que antanho nunca se verificou. Como corolário, surge a mediação como método de solução consensual de conflitos, dentre as alternativas da autocomposição. A população brasileira cresceu assustadoramente. Após a promulgação da Carta Política de 1988, os indivíduos participativos, como se diz popularmente “descobriram a Justiça”. Outros, entretantes, se mostram parcimoniosos e hesitantes quando necessitam deflagrar ação judicial, vale dizer, aforar a *res in judicio deducta*, mesmo na vigência de uma nova Lei Processual, editada com o propósito de agilizar a marcha dos seus

23

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

atos para a entrega da prestação jurisdicional e o atendimento do princípio da razoável duração do processo, na recomendação dos arts. 5º, LXXVIII, da Lei Suprema e 139, II, do Código de Processo Civil.

Para quem deixou de cumprir um dever ou uma obrigação e pode vir a figurar ou já figura no pólo passivo de demanda judicial pouco importa que a solução do conflito venha a ser apresentada com rapidez. No entanto, para quem não recebeu ou obteve o proveito do dever ou da obrigação e vai figurar ou já figura no pólo ativo, a morosidade processual decorrente das suas excessivas formalidades pode levá-lo ao cansaço. Às vezes a parte se acostuma com a demora e termina por se conformar com a lentidão processual. Não é incomum constatar-se o ajuste de transação em que o litigante renuncia à grande parte do seu direito, o que não faria se não fossem o excesso de solenidades e a vagarosa marcha procedimental.

Tratando-se de direitos disponíveis, jurisdicionados perfilham a arbitragem; outros, entendendo que se trata de método de resolução de conflitos oriundos de negócios jurídicos exclusivamente patrimoniais não a adotam. Alguns demandantes não acreditam na conciliação da audiência preliminar ou da audiência de instrução e julgamento para solucionar o conflito; demandados resistem e se mostram indispostos a transigir. Muitas vezes seus patronos assumem comportamento beligerante e procrastinatório, com o objetivo de valorizar seus serviços para justificar os honorários, preferindo acenar para a perpetuidade da contenda judicial e transigir somente no final do processo. Resta eleger um dos métodos consensuais de solução de conflitos remanescentes: a mediação.

Como método de solução consensual de conflitos, a mediação conta com a participação de terceiro, dotado de conhecimentos técnicos, sem poder decisório. Esse experto se encarrega de promover a aproximação dos litigantes, para que eles próprios, discursivamente, se afastem da desavença e emitam declaração de vontade comum, evitando o ajuizamento da ação ou obtendo o consenso nos autos da demanda deflagrada. Sua relevância reside no incentivo estatal para o restabelecimento da comunicação entre as partes litigantes, na busca do entendimento e do consenso, em época de alarmante número de ações que diariamente são intentadas nos órgãos do Poder Judiciário.

Desde a edição da Resolução CNJ nº 125/10, da Lei nº 13.140/15 e do Código de Processo de 2015, a mediação vem obtendo bons resultados no âmbito do Poder Judiciário, devido ao grande empenho administrativo das Cortes de Justiça direcionado à realização de cursos de formação de mediadores, criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos e câmaras voltadas para a mediação.

Os litigantes podem contar com uma estrutura administrativo-judiciária capaz de proporcionar a instauração do procedimento mediatório, ficando isentos do pagamento de custas, quando alcançam a autocomposição antes da citação do réu (art. 29, da Lei da Mediação). E tudo se desenvolve respeitando a autonomia das partes que se encontravam sem comunicação, envolvidas em controvérsias.

6. CONCLUSÃO

Conforme restou investigado, a Lei nº 13.140/15, dotada de técnica adequada e em consonância com as exigências do mundo da vida e do mundo jurídico da era hipermoderna – dando prosseguimento à inauguração da regulamentação de mais um método consensual de solução de litígio, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução CNJ nº 125/10 – regulamentou, com maestria, a mediação. Apresentando sua natureza jurídica e seu conceito, explicitando os princípios da mediação, definindo a escolha dos mediadores, estabelecendo o procedimento da mediação nas suas espécies e a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, a Lei nº 13.140/15 foi elaborada, votada e editada especificamente para tratar desse método de solução de litígios. Prescindia, portanto, de normas complementares, que vieram no projeto de lei que se converteu na Lei nº 13.105/15, que institui o novel Código de Processo Civil.

A elaboração, as emendas, a aprovação perante as comissões, a votação, a sanção e a *vacatio legis* de uma nova lei processual de âmbito nacional se protraí no tempo. Ao entrar em vigor o Ordenamento Processualístico promoveu um retrocesso no que diz respeito às normas do procedimento da mediação ao imiscuí-las com as normas da conciliação, como se os métodos consensuais de solução de conflitos fossem iguais, na busca frenética de compelir as partes a ajustar a transação, quer sob o rótulo de conciliatória, quer sob a capa de compositiva. Com isso, se afastou da *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, implantada pela Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

O magistrado que reverencia a Lei nº 13.140/15 e não está preocupado com o número de processos que serão julgados no mês para incluir na sua produtividade – ao perceber na audiência preliminar de conciliação e mediação que as partes não querem se comunicar, mas que há possibilidade de entendimento e consenso – deve conjugar os arts. 16 e 27, do diploma específico com o art. 334 § 1º, da Lei Processual e suspender não só a audiência como também o processo e convocá-las a se submeter à mediação. O juiz que subestima as normas da Lei da

Mediação, entendendo que a audiência de conciliação não é própria para instaurar o procedimento desse método consensual de solução de conflitos, dará como ultrapassada a oportunidade para a mediação ou ficará insistindo na conciliação para granjear o acordo e somente após o insucesso, dar início ao processo. Não é esse o papel de quem exerce a atividade jurisdicional, pois dentre os deveres do juiz figura o de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”, nos termos do art. 139, V, do Código de Processo Civil.

Por se emoldurar dentre os meios de autocomposição, a mediação não deve ser vista como mais uma alternativa destinada a reduzir o número de processos na jurisdição estatal, tal como divulgado pelos meios de comunicação desde a edição da Resolução nº 125/10, do Conselho Nacional de Justiça, máxime por ocasião da votação, aprovação e edição da Lei nº 13.140/15. Tal como ocorreu com a Lei nº 9.307/96 – alterada pela Lei nº 13.129/15, que trata da arbitragem – assim que a Lei da Mediação deixou a *vacatio legis* foi taxada de mais um diploma legal destinado a “desafogar” o Judiciário. Não é esse o objetivo primário desse método consensual de solução de litígios.

Da leitura do terceiro considerando da Resolução nº 125/10 do CNJ, vê-se que a mediação, ao lado da conciliação, mereceu o prestígio do órgão administrativo máximo do Poder Judiciário, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/04, por se tratar de eficiente mecanismo de solução consensual de conflitos. O objetivo primordial da mediação ali anunciado é colocar à disposição dos jurisdicionados em conflito mais um método de solução consensual de aproximação das partes em litígio ou que se encontram na iminência de intentar ação para que elas próprias alcancem a autocomposição. Até a edição dessa relevante resolução administrativa não se dava atenção à mediação no País, o que se iniciou como *política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade*, que deu certo, tendo atingido excelentes resultados nas comarcas de grande, médio e de pequeno porte. Registra PINHO (2015, p. 107)²⁴:

Não obstante, o marco legal da mediação no ordenamento brasileiro foi amplamente discutido pelas Casas Legislativas e sua aprovação final no Senado ocorreu em 02 de junho de 2015. Em 29 de junho foi publicada a Lei nº 13.140/15. Dessa forma, embora esse mecanismo

24 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do P.L. 94 à Lei nº 13.140/15. **Direito em Debate: da Teoria à Prática**. Rio de Janeiro: AMPERJ – CONAMP, 2015.

de solução de conflitos já venha sendo amplamente utilizado tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, a institucionalização legal da mediação deve ser priorizada e concretizada, garantindo que a disseminação ocorra de forma correta e que a sua prática ganhe legitimidade social, fazendo do Brasil mais uma referência mundial no estudo do tema.

Como objetivo secundário e com certa relevância, consoante se constata da leitura do quinto considerando da sobredita Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, a mediação tem servido para reduzir o número de demandas que são aforadas na jurisdição estatal, quando afirma que *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*. Tem-se conhecimento, no entanto, que a redução do número de ações não é tão significativa. Paralelamente, o número de demandas judiciais cresce anualmente, em virtude do aumento desenfreado da população e dos conflitos oriundos das mais variadas relações jurídicas da era contemporânea, que não existiam ao tempo da modernidade. Basta comparar a distribuição de processos durante um exercício com o anterior.

A mediação tem que ser tratada de acordo com sua natureza jurídica, que é de um negócio jurídico processual preparatório de encaminhamento das partes para a autocomposição, posto à disposição dos litigantes, como meio de solução consensual de conflitos e não como mais um modo de reduzir o número de processos em trâmite nos órgãos jurisdicionais. Acerca da autocomposição da qual a mediação é espécie, vale ressaltar mais uma anotação de FREDIE DIDIER (2016, p. 280)²⁵:

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia. Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração de uma norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento. É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais, Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador.

25 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

A relevância da mediação reside no fato de se traduzir em negócio jurídico processual preparativo de condução dos litigantes à autocomposição. É mais um meio posto à disposição dos jurisdicionados para não desencorajá-los a exercer os direitos decorrentes de suas relações jurídicas, máxime se estiverem na dúvida se vale ou não a pena ingressar em juízo. Ao lado de outros, o processo se rege pelo princípio da utilidade. Em razão disso, os jurisdicionados podem ver na mediação maior utilidade processual. Anota VIEIRA (2010, p. 213)²⁶ “que o fim do processo é solucionar conflitos para que se retorne a paz jurídica”. O objeto do processo é a composição da lide, isto é resolver o litígio de acordo com a vontade da lei ou, acrescente-se, consoante a vontade das partes, por meio das facetas da autocomposição, aí se incluindo a mediação.

26 VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 13 n° 51, p. 178-229, 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- FRIDMAN, Luis Carlos. **Vertigens Pós-Modernas, Configurações Institucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.
- _____. **Mundo em Descontrole**. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Edições Cefil, 1999.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 1ª Reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- _____. **Textos Seletos**. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.
- KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio Ensaio sobre o Individualismo Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.
- _____. **A Sociedade Pós-Moralista**. Barueri: Manole, 2005, 1. Reimp. 2009.
- _____. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004, 3. Reimp. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do PL. 94 à Lei nº 13.140/15. **Direito em Debate: da Teoria à Prática**. Rio de Janeiro: AMPERJ – CONAMP, 2015.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. **Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Tecnos, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. 49. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2008.
- VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 13 nº 51, p. 178-229, 2010.