

O novo marco legal da mediação no direito brasileiro

The new mediation legal mark in Brazilian Law

Fernanda Tartuce.

Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora no programa de Mestrado e Doutorado da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo). Professora e Coordenadora de Processo Civil na EPD (Escola Paulista de Direito). Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e do CEAPRO (Centro Avançado de Estudos de Processo). Advogada orientadora do Departamento Jurídico XI de Agosto. Mediadora e autora de obras jurídicas.

Ph.D. and Master in Law by São Paulo University Law School. Professor at FADISP's (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo) Master's and Doctorate programs. Civil Procedure Law Coordinator and Professor at EPD (Escola Paulista de Direito). IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) and CEAPRO (Centro Avançado de Estudos de Processo) member. Advisor lawyer at Departamento Jurídico XI de Agosto. Mediator and legal literature author.

Resumo: Por muito tempo houve forte expectativa em torno da criação de um marco legal sobre mediação no Brasil. O presente artigo analisa, a partir da promulgação da Lei Brasileira de Mediação (L. n. 13.140/2015), as seguintes questões: qual é o papel da regulamentação da mediação? Em que medida o advento de um marco legal pode contribuir para o avanço (especialmente quantitativo) da mediação no país? A lei promulgada suscitou ainda mais questões específicas, destacando-se as seguintes: como harmonizar a interpretação de suas previsões com as regras do Novo CPC? O que dizer sobre a ritualização da mediação promovida pela Lei? O artigo busca responder a tais perguntas de forma crítica e analítica e, ao final, voltar à pergunta inicial: de que serviu a regulamentação da mediação promovida pela Lei n. 13.140/2015 e de que modo ela poderá contribuir para o progresso da mediação no país?

Palavras-chave: Mediação. Regulação da mediação. Lei de Mediação.

Abstract: For a long time, there was a strong expectation surrounding the creation of a mediation legal mark in Brazil. The article analyses, following Brazilian Mediation Statute enactment (L. n. 13.140/2015), these questions: what is the role of mediation regulation? To what extension the advent of a legal mark contributes to mediation advancement (especially qualitative) in the country? The enacted Statute also raised more specific issues, highlighted the following: how to

harmonize the Mediation Statute and the New Civil Procedure Code provisions interpretation? What about the ritualistic aspects promoted by the Statute? The article seeks to answer such questions in a analytical and critical way and, at the end, go back to the original question: for what served the enactment of a Mediation Statute and how will it contribute to the development in Brazil?

Key-words: Mediation. Mediation Regulation. Brazilian Mediation Statute.

Sumário: 1. Relevância do tema. 2. O papel da regulamentação sobre fatores relevantes. 2.1. Concepção cultural sobre a abordagem de conflitos. 2.2. Segurança jurídica e fomento pelo Estado. 3. Evolução normativa sobre mediação no ordenamento brasileiro. 3.1. Plano internacional. 3.2. Plano interno. 5. Avanço dos projetos de lei com previsão sobre mediação. 4. Rumo a um “marco legal” sobre mediação. 4.1. Lei de mediação: olhar panorâmico. 4.2. Mediação no Novo Código de Processo Civil. 5. Críticas à atual normatização. 5.1. Conflitos de normas entre Lei de Mediação e Novo CPC. 5.2. Burocratização da convocação e do procedimento? 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. Relevância do tema.

Por considerável tempo, a ausência de marco legal para a mediação causou inquietação no meio jurídico. Se, por um lado, podia-se entender que a mediação, por ser calcada na informalidade, caminharia melhor sem amarras legais, por outro a falta de previsões causava em algumas pessoas certa insegurança em relação ao uso do instrumento (sobretudo quanto à contratação de serviços privados de mediação); tal fator, acreditava-se, limitava a sua utilização.

O advento da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), aprovada no Congresso Nacional em data próxima à da aprovação do Novo CPC (Lei n. 13.105/2015) buscou atender à expectativa de regulamentação que pairava sobre o instituto.

Pode-se dizer que a Lei de Mediação completou, juntamente com a Resolução n. 125 do CNJ e as normas sobre o tema contidas no Novo CPC, um “minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos”,¹. Mas ocupa o papel de verdadeiro marco legal a Lei de Mediação; dedicada exclusivamente ao meio consensual, ela o disciplina em minúcias e inova ao regular a mediação extrajudicial - algo que nenhuma lei anterior havia feito.

A “normatização” chegou, mas a configuração adotada ainda revela serem pertinentes as perguntas que a precederam: qual é o papel da regulamentação da mediação? Em que medida o advento de um marco legal pode contribuir para o avanço (especialmente quantitativo) da mediação no país?

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*, Disponível em: < <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2016.

A lei promulgada suscitou ainda mais questões, destacando-se as seguintes: a) como harmonizar a interpretação de suas previsões com as regras do Novo CPC? b) O que dizer sobre o procedimento de convocação para a mediação extrajudicial e a ritualização promovida pela Lei?

O presente artigo passa por todas estas perguntas, para, ao final, retornar ao primeiro questionamento, desta vez sob a perspectiva legal concreta: de que serviu a regulamentação da mediação promovida pela Lei n. 13.140/2015 e de que modo ela poderá contribuir para o progresso da mediação no país?

2. O papel da regulamentação sobre fatores relevantes.

2.1. Concepção cultural sobre a abordagem dos conflitos.

Em anterior oportunidade², o tema foi exposto a partir da observação recorrente de que uma das principais funções da criação de uma lei de mediação no Brasil seria contribuir para a mudança de cultura do jurisdicionado e/ou de seu advogado. Conforme clássica análise de Kazuo Watanabe, vigorou entre nós por muito tempo a cultura da sentença, quando na verdade o que se deve buscar é a cultura da pacificação³.

Considerando-se a cultura como “o conjunto de vivências de ordem espiritual e material que singularizam determinada época de uma sociedade⁴”, cabe questionar: o advento da Lei de Mediação tem efetivamente o condão de mudar a concepção cultural vigente?

Se o jurisdicionado e/ou seu advogado entendem apropriado buscar prioritariamente na Justiça a definição de suas crises atribuindo a um ente estatal o poder de decidir imperativamente, basta haver uma “lei de mediação” para mudar tal olhar, gerando plena adesão à pauta consensual?

A resposta tende a ser negativa. Como bem lembra Michele Tonon, pelas características intrínsecas à mediação, que tem aspectos inovadores e interdisciplinares, não há como concluir que seu autêntico desenvolvimento irá se concretizar com a mera institucionalização pelo direito positivo no plano estritamente jurídico-legal⁵.

² TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 123, ago./2014, p. 24-33.

³ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Mauricio Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 684-690 *passim*.

⁴ GALENO LACERDA, Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 75, vol. III.

⁵ BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro, p. 206.

Ao ponto, vale lembrar as premissas dominantes do pensamento de práticos e teóricos do Direito: 1. as partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro⁶.

Esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida⁷.

Para que mudanças significativas possam ocorrer em termos qualitativos, a mera existência de leis é insuficiente: é essencial que o profissional do Direito entenda que uma de suas principais funções é não só representar e patrocinar o cliente (como advogado, defensor e conselheiro), mas também conceber o *design* de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos⁸.

Ao ponto, vale destacar a relevância de que entidades de classe promovam a visão ampliada sobre a atuação do advogado; na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, a *Law Society* lançou, em 2005, “uma 'orientação de práticas' recomendando que os *solicitors* considerassem, de forma rotineira, se os conflitos de seus clientes seriam adequados para as ADR⁹”.

Sempre é oportuno relembrar também que a boa fé é essencial na mediação; se um dos contendores não crê que o outro esteja imbuído de probidade e lealdade, dificilmente vai querer dedicar tempo e recursos para negociar com quem não merece confiança – postura, alias, compreensível. A mediação exige coragem na busca de saídas e paciência para escutar o outro. Eis alguns dos obstáculos à mudança de paradigma das pessoas que lidam com controvérsias¹⁰.

Por tais motivos, foi externada a visão de dificilmente o advento de uma lei sobre mediação teria o condão de, por si só, levar advogados e jurisdicionados a buscarem esse interessante mecanismo consensual¹¹.

Por outro lado, há que se considerar ser um ponto importante de nossa cultura e do nosso ensino jurídico o foco em leis escritas e em sua interpretação. A existência de um marco legal posiciona o tema em um local de maior destaque, passando a ver o operador do direito como um objeto merecedor de preocupação e atenção.

No âmbito extrajudicial, o operador do direito deverá saber lidar com a redação e a revisão

⁶ RISKIN, Leonard L. Mediation and Lawyers (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Dispute Resolution and Lawyers, p. 56-57.

⁷ RISKIN, Leonard L. Mediation and Lawyers (1982). In RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Dispute Resolution and Lawyers, p. 56-57.

⁸ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*, p. 402.

⁹ ANDREWS, Neil, *O Moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. SP: RT, 2010, p. 242. Segundo esclarece o glossário de tal obra, *solicitor* é o advogado cuja função é a de, fundamentalmente, representar a parte para mover a ação e contestar (p. 19).

¹⁰ TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 123, ago./2014, p. 25.

¹¹ TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil, cit., p. 26.

da cláusula de mediação em contratos (atendo-se ao art. 22 da Lei 13.140/2015). Deverá, ainda, conhecer a forma correta de convocar alguém para uma sessão de mediação (art. 21) e, uma vez participando da sessão, deverá atentar para a regularidade do procedimento previsto em lei (arts. 14 a 20).

Há, contudo, uma ressalva a ser feita: se, por um lado, essa perspectiva coloca a mediação em evidência para o operador do direito, por outro lado apresenta o risco de reduzir o instrumento aos seus aspectos formais e legais em detrimento da operação efetiva e da exploração dos potenciais da mediação. Técnicas de mediação não estão – e nem poderiam estar – previstas em Lei: elas são abertas e flexíveis, dependendo muito mais de preparação, atenção e sensibilidade das pessoas envolvidas do que de regras; a habilidade de participar de modo proveitoso de uma sessão consensual não se adquire mediante o simples estudo dogmático de normas.

Por isso, vale repisar, o estudo das normas sobre mediação, apesar de chamar a atenção para seu uso, de pouco valerá se não for acompanhado de uma formação mais ampla do operador do direito, que contemple aspectos de sua prática. Fazendo um paralelo com a prática contratual, em geral nota-se que, apesar de muitas aulas serem dedicadas a situações descritivas e normativas de várias espécies de contrato, há pouco treino prático dos advogados quanto à sua redação.

Há outro fator na Lei que talvez impulse de forma mais intensa a efetiva operação da mediação: as normas que *impõem* o uso da mediação judicial. O art. 27 da Lei de Mediação prevê que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”. O art. 334 do Novo CPC também prevê que, nas mesmas condições, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação. Também o art. 695 do mesmo Código dispõe que, nas ações de família, após receber a inicial e tomar eventuais medidas concernentes a tutelas provisórias, “o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação”.

Não obstante logo no início da vigência do Novo CPC muitos Juízos tenham desconsiderado a norma que manda designar a audiência consensual em todo e qualquer processo, por fatores como a inviabilidade prática e a falta de pessoal, é certo que as normas mencionadas lá estão e tendem a deflagrar um estímulo mais intenso por parte do Poder Judiciário para a sua utilização.

Outra ponto relevante é que saber lidar com os meios consensuais, agora de potencial aplicação obrigatória, tem se tornado um fator competitivo importante entre os advogados - o que tende a estimular o desenvolvimento de suas habilidades nesta área, elemento que já vem sendo sentido pelo considerável aumento da demanda por cursos de mediação e negociação. Esse é um fator positivo, já que a principal função do operador do Direito é ajudar a solucionar problemas; este desiderato demanda a ampliação da concepção sobre as formas de melhor atender o cliente

em seus anseios jurídicos e existenciais¹².

2.2. Segurança jurídica e fomento pelo Estado.

Não obstante as considerações a respeito da incapacidade de uma lei, por si só, mudar uma cultura, é inegável que o advento da Lei n. 13.140/2015 representa um divisor de águas no tratamento adequado de conflitos no Brasil em geral e para a mediação especificamente.

Até 2015, a mediação vinha sendo realizada: (a) por programas de acesso à justiça desenvolvidos por tribunais que promoviam a mediação judicial; (b) por entidades não governamentais realizadoras de mediação comunitária; (c) por câmaras de mediação e arbitragem (prestadoras de serviços de mediação); (d) por mediadores privados independentes (profissionais de serviços atuantes em diversas áreas, como familiar, cível e empresarial¹³).

Até então, os mediadores atuantes junto ao Poder Judiciário tinham seu Código de Ética definido pela Resolução n. 125 do CNJ e os mediadores privados não contavam com uma norma oficial apta a regular sua atuação.

Mesmo assim, os práticos e teóricos da mediação já haviam desenvolvido cartas de princípios orientadores e de deveres do mediador (incluindo confidencialidade, imparcialidade, etc.), havendo inúmeros exemplos¹⁴ de mediação privada em que essas “normas não escritas” eram seguidas rigorosamente.

Por força da evolução da prática na mediação no país, haviam quem sustentasse a desnecessidade de uma regulação detalhada; representante de tal visão, asseverou Águida Arruda Barbosa:

“a análise da evolução do instituto da mediação revela que seu conceito já está amadurecido, com a ampla colaboração de estudiosos que se debruçam sobre a composição teórica deste conhecimento. Não há mais necessidade de regulação legal do instituto, pois se trata de um princípio a ditar um comportamento humanizado de todos os envolvidos nos conflitos familiares, sejam os protagonistas da relação jurídica, sejam os profissionais responsáveis, tais como advogados, magistrados e membros do Ministério Público¹⁵”.

Assiste certa razão à autora; afinal, a falta de lei não impediu que mediações ocorressem

¹² TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: FREIRE, Alexandre; DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi Medeiros (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodvum, 2015, p. 157.

¹³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 251.

¹⁴ Para exemplificar, considere-se o regimento de mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá disponível em <http://ccbc.org.br/default.asp?categoria=5&id=39>.

com êxito. Por força da observância esmerada dos princípios inerentes ao mecanismo consensual foram engendradas experiências apropriadas e satisfatórias para as pessoas em conflito.

Vale destacar, contudo, que a regulação normativa é útil na esfera contratual para responder à seguinte questão: qual é o valor de uma cláusula em que as partes se comprometem a tentar resolver as diferenças pela mediação antes de buscar soluções contenciosas?

A resposta positiva é divisada a partir dos princípios do direito contratual: autonomia privada, consensualidade, força obrigatória dos contratos e, principalmente, boa-fé objetiva e função social do contrato, são diretrizes ancoradas nos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade humana¹⁶ que recomendam o necessário respeito ao que foi pactuado.

Se os contratantes ajustaram buscar a mediação antes de “terceirizar” a decisão do conflito a alguém externo à relação, viola a lealdade inerente à boa fé objetiva simplesmente ignorar a cláusula e partir diretamente para a via litigiosa.

Apesar de tal resposta, havia quem entendesse ser necessária a presença de previsão legal expressa determinando o caráter vinculante da cláusula compromissória de mediação.

A Lei n. 13.140/2015, neste ponto, destaca o caráter obrigatório da cláusula de mediação ao vincular seu descumprimento a sanções; ela deixa, contudo, algum espaço para a autonomia das partes. O art. 22 prevê que a previsão contratual de mediação deverá conter, entre outros requisitos, “penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação” (inc. IV). No silêncio da cláusula, a lei prevê que “o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada” (art. 22, §2º, inc. IV). Não se nota aqui, contudo, a possibilidade de cumprimento específico da cláusula, ou seja, de se exigir compulsoriamente a realização da mediação; tal opção é coerente com o princípio da voluntariedade.

Também o art. 23 confere algum grau de vinculação da cláusula de mediação ao prever que “se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição”. Para essa previsão específica (cuja disposição em contrato também depende da vontade das partes), a lei confere a possibilidade de obter algo como um “resultado prático equivalente”, ao vedar o prosseguimento do processo litigioso durante o período pelo qual as partes convencionaram buscar a via consensual.

¹⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas – a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

Outro aspecto positivo da regulamentação diz respeito à segurança em relação à atuação do mediador, especialmente o privado: quem pode ser mediador? Quais são as linhas-mestras de orientação de um mediador? Quais são os deveres que ele deve guardar? Quais os limites de seu dever de sigilo?

A ausência dessas respostas pode representar um fator de insegurança tanto ao “mediando”, que pode não entender que condutas pode exigir do mediador e pelo que ele pode ser responsabilizado, quanto ao mediador, que não tem contornos precisos para eventualmente se defender.

A Lei n. 13.140/2015, neste ponto, traz mais segurança para o exercício da atividade de mediador ao esclarecer essas perguntas: pode atuar como mediador extrajudicial “qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se” (art. 9º).

Ainda que a Lei não tenha estatuído um código de ética completo para os mediadores privados, algumas normas orientam a sua conduta: a eles se aplicam as mesmas causas de impedimento e suspeição do juiz (art. 5º); o mediador privado tem a obrigação de revelar, antes da mediação qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida sobre sua imparcialidade (art. 5º, parágrafo único); a responsabilidade penal do mediador, enquanto no exercício da função, é equiparada à do servidor público (art. 8º).

O dever de confidencialidade e suas exceções também estão disciplinados nos artigos. 30 e 31 da Lei, o que confere maior previsibilidade ao trato da matéria.

Outra perspectiva da normatização é direcionada ao Estado: normas podem ser elaboradas para fomentar, permitir ou mesmo obrigar órgãos do Estado disponibilizar mediação à população. Nesse ponto, a regulamentação interfere na *oferta* de mediação pelo Estado.

O primeiro destinatário que se imagina para esse tipo de norma é o Poder Judiciário, seara tradicional de resolução de conflitos; contudo, é certo que há diversas iniciativas interessantes no âmbito de entidades como os Procons, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Conquanto importante essa perspectiva, também não parece que basta o Estado ser obrigado a implantar serviços de mediação para que esta ocorra de modo salutar; é essencial cuidar de sua realização adequada, cuidando com afincamento do treinamento dos praticantes e do esclarecimento da população sobre o meio consensual para que as experiências ali vivenciadas sejam produtivas a ponto de inspirar a vontade de repetir a experiência.

A Lei de Mediação impõe algumas obrigações ao Estado no tocante ao uso da mediação, mais relacionadas ao acesso à justiça aos mais pobres: a eles é assegurada a gratuidade da mediação (art. 4º, §2º), bem como a garantia de assistência por um defensor público na mediação

extrajudicial (art. 10). Contudo, poderia a Lei ter sido mais específica sobre o conteúdo das garantias. Não fica claro, por exemplo, se também será assegurada a gratuidade da mediação extrajudicial.

De todo modo, embora as propostas visadas pela regulamentação se revelem árduas de serem alcançadas apenas com o advento da lei, iniciativas de normatizar não faltam. Afinal, o Brasil é marcado pela “inflação legislativa¹⁷” há longo tempo e essa tendência não tem perspectiva de ser amainada.

3. Evolução normativa sobre mediação no ordenamento brasileiro.

Antes de chegarmos ao atual marco legal, a normatização da mediação já vinha se desenhando de forma esparsa e pontual em nosso ordenamento. Também podem ser notados progressivos ensaios sobre uma Lei de Mediação por meio de diversos projetos de Lei. Neste tópico, abordaremos esses movimentos e como eles culminaram na Lei n. 13.140/2015 – sem deixar de lado, obviamente, a menção ao Novo CPC, cujo projeto tramitou contemporaneamente ao da Lei de Mediação.

3.1. Plano internacional.

Como em outros países adota-se ora a expressão mediação, ora conciliação para se referir aos mecanismos consensuais, serão feitas menções a ambas neste tópico.

O Brasil é signatário de atos internacionais que preveem a adoção de conciliação em disputas sobre certas matérias. Uma busca rápida permite identificar a existência de atos bilaterais prevendo a tentativa de conciliação: a) entre Brasil e França, em casos sobre propriedade intelectual; b) entre Brasil e Peru, em disputas comerciais; c) entre Brasil e Guiné-Bissau, no contexto de intercâmbio comercial; d) entre Brasil e Cabo Verde em relação a acordos de comércio¹⁸.

¹⁷ Francesco Carnelutti usou as expressões “inflação legislativa” e “hipertrofia da lei” para destacar a produção de leis em massa (CARNELUTTI, Francesco. *A Morte do direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 9).

¹⁸ O teor de tais atos pode ser encontrado no sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores (<http://dai-mre.serpro.gov.br/>) buscando-se "conciliação".

Além disso, o Brasil firmou, a considerável tempo, convenções com Itália¹⁹, Suíça²⁰ e Libéria²¹ para submeter à conciliação conflitos porventura verificados.

Buscas com o termo "mediação" resultam apenas em acordos de cooperação técnica segundo os quais os países se ajudarão reciprocamente a desenvolver sistemas de soluções de disputas em determinadas áreas²².

No âmbito da ONU, a UNCITRAL viu aprovado seu modelo de mediação comercial internacional pela Assembleia Geral em 2002; o Brasil estava presente e aprovou tal modelo. Não há como afirmar, porém, que o país seja seu "signatário" porque tais normas não são vinculantes, retratando apenas tentativas de uniformização das normas de comércio internacional.

3.2. Plano interno.

Em nosso ordenamento sempre houve menções à palavra mediação (como meio de solução de conflitos) em leis esparsas, o que revelou a intenção do legislador de implementá-la em determinadas situações²³.

A abordagem legislativa da mediação teve marcante verificação na área trabalhista: é nesse ramo que são encontradas significativas referências a técnicas de negociação e mediação de conflitos (tanto individuais como coletivos / sindicais)²⁴.

No âmbito cível, há previsão sobre a possibilidade de mediação entre pais (ou associação de pais e alunos) e instituições de ensino em conflitos sobre o reajuste de mensalidades escolares²⁵.

¹⁹ Em 24/11/1954 foi celebrada a Convenção sobre conciliação e solução judiciária entre Brasil e Itália; nos termos de seu artigo I, "As controvérsias de qualquer natureza que possam surgir entre as Altas Partes Contratantes, e que não tenham podido ser resolvidas por via diplomática ordinária, serão submetidas ao processo de conciliação previsto nos artigos 4 a 15 da presente Convenção. Se a conciliação não fôr obtida, proceder-se-á de acordo com a solução judiciária prevista no artigo 1º e seguintes da presente Convenção."

²⁰ O Decreto n. 16.887, de 17.4.1925, promulgou o tratado para a solução judicial de controvérsias entre os dois países; segundo o artigo I, "as Altas Partes Contractantes obrigam-se a submeter à Côte Permanente de Justiça Internacional as controvérsias que surgirem entre ellas e que não tenham sido resolvidas por via diplomática ou por outro qualquer meio de conciliação, contanto que taes controvérsias não versem sôbre questões que affectem preceitos constitucionaes de um ou outro dos Estados Contractantes".

²¹ O Decreto n. 216, de 2 de Julho de 1935, promulgou o tratado para a solução judicial de controvérsias firmado entre o Brasil e a República da Libéria, em Paris, a 15 de julho de 1925.

²² Eis exemplo: em 2006 foi celebrado o ajuste complementar de cooperação entre o Brasil e a Comunidade Européia para abordar "Manejo Florestal, Apoio à Produção Sustentável e Fortalecimento da Sociedade Civil na Amazônia"; há atos que envolvem o Chile, a Venezuela e a Organização Internacional do Trabalho, dentre outros.

²³ BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos e legislação brasileira. *Jornal O Valor Econômico*, São Paulo, p. E2 - E2, 22 set. 2004..

²⁴ A mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista possui regras previstas no Decreto n. 1.572, de 28/07/1995: seu artigo 2º prevê que, frustrada a negociação direta entre as partes na data-base, elas poderão escolher um mediador de comum acordo para a solução do conflito. No mesmo sentido, a Medida Provisória n. 1.950-70/2000 prevê, no artigo 11, a realização de negociações prévias antes do ajuizamento da ação de dissídio coletivo, sendo prevista em tal regramento a escolha do mediador. A Medida Provisória n. 1.982-76/2000, no artigo 4º, ao dispor sobre impasses na participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, indica a utilização dos mecanismos de mediação e arbitragem para a solução do litígio.

²⁵ Lei n. 9.870/99, artigo 4º. "A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, quando necessário, poderá requerer, nos termos da Lei n. 8.078, de 11/09/1990, e no âmbito de suas atribuições, comprovação documental

A redação adotada, porém, dá margem à confusão entre mediação e outros meios de solução como a arbitragem e a conciliação²⁶.

Além das leis federais mencionadas, merece destaque a promulgação de lei estadual contemplando a mediação. No Mato Grosso do Sul, a Lei n. 2.348/2001 instituiu a justiça comunitária no Poder Judiciário para propiciar mais informações ao jurisdicionado e “intermediar os conflitos sociais junto à própria comunidade”. A lei criou a figura do “agente comunitário de justiça”, que deve desempenhar funções ligadas à mediação e à informação²⁷. Segundo registros, houve um elevado número de mediações consideradas exitosas nos seus primeiros anos de funcionamento²⁸.

É importante mencionar o papel dos Tribunais na regulamentação da mediação no plano infralegal. Antes da lei específica, muitos Tribunais e juízos de primeira instância se anteciparam à edição de normas federais e instituíram seus próprios programas de mediação.

A concretização centralizada dessa tendência despontou no advento da Resolução 125/2010 do CNJ; tal ato normativo passou a reconhecer que a política de tratamento adequado de conflitos é uma pauta pública, devotando maior atenção à conciliação e à mediação.

Segundo Cesar Peluso, a elaboração de tal ato normativo teve dois objetivos básicos:

1. “firmar, entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas”;
2. “oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes”²⁹.

referente a qualquer cláusula contratual, exceto dos estabelecimentos de ensino que tenham firmado acordo com alunos, pais de alunos ou associações de pais e alunos, devidamente legalizadas, bem como quando o valor arbitrado for decorrente da decisão do mediador”.

²⁶ BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos e legislação brasileira. *Jornal O Valor Econômico*, São Paulo, p. E2 - E2, 22 set. 2004..

²⁷ Nos termos do art. 8º de tal lei, “são atribuições do agente comunitário de justiça: I – atuar como mediador na composição dos conflitos da comunidade; II – prestar informações, individual ou coletivamente, às pessoas que buscam orientação, encaminhando-as aos órgãos competentes, quando for o caso; III – mobilizar a comunidade no sentido de encontrar a solução para seus próprios problemas; IV – auxiliar a comunidade na identificação de suas potencialidades, onde sejam criadas oportunidades para a auto-sustentabilidade econômica, social, cultural e em outros seguimentos; V- apresentar ao Conselho Consultivo relatório sucinto de suas atividades; VI – atuar como agente multiplicador do projeto da Justiça Comunitária para proporcionar à comunidade o acesso à informação e à justiça; VII – participar do treinamento e da capacitação para o aperfeiçoamento de sua formação; VIII – desenvolver outras atividades correlatas”.

²⁸ Segundo notícia no site da OAB local, os agentes comunitários realizaram 5.242 mediações, “sendo que 4.892, ou 93%, resultaram em acordo entre as partes” (*Justiça Comunitária: seis anos e 142 mil atendimentos*. Disponível em http://www.caams.org.br/?conteudo=noticias¬i_id=8490. Acesso 24 mai. 2016).

²⁹ Revista de arbitragem e mediação, vol. 30. Mediação e conciliação. Cesar Peluso, p. 15-18, Jul / 2011.

Destacam-se na Resolução a proposta de nivelar as práticas ligadas à autocomposição e obrigar o Poder Judiciário a ofertar meios consensuais aos jurisdicionados³⁰: A Resolução em questão foi, durante 05 anos, a principal referência normativa da mediação. Além de determinar ao Poder Judiciário a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), a Resolução trouxe o Código de Ética dos mediadores e conciliadores judiciais, que estabelece diretrizes para sua atuação, como os princípios norteadores.

Como se percebe, os textos legais já engendrados não trouxeram um panorama claro sobre a pertinência e o *modus operandi* da mediação no Brasil, razão pela qual outras iniciativas legislativas acabaram sendo concebidas para revelar esses elementos.

4. Rumo a um “marco legal” sobre mediação.

A iniciativa legislativa pioneira foi engendrada no fim da década de 90. O projeto de lei n.º 4.827/98³¹ adotou o modelo europeu da mediação com foco na visão de transformação do conflito: com uma proposta simples descrita em apenas sete artigos, buscava o reconhecimento do conceito legal de mediação para que esta passasse a ser adotada ou recomendada pelo Poder Judiciário³².

Tal projeto, porém, acabou sendo abarcado por outro: elaborado pelo valoroso Instituto Brasileiro de Direito Processual, o projeto tinha perfil mais detalhado e buscava trazer diretrizes para a mediação (sobretudo judicial) de forma mais próxima aos modelos norte-americano e argentino. A tramitação do projeto, porém, acabou não sendo finalizada.

Em 2011 foi apresentado outro projeto³³ no Senado sobre o tema; embora tenha tido tramitação, não avançou rumo à aprovação.

Em 2013 o tema voltou a ter destaque em tal Casa Legislativa e foram criadas duas comissões para apresentar Projetos de Lei: a) uma Comissão do Senado para mudar a Lei de Arbitragem e abordar a mediação privada; b) uma Comissão do Ministério da Justiça³⁴ para tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado estabelecendo um “marco regulatório”.

Tais projetos acabaram somados ao anterior PL 517/2011 e redundaram no Projeto n. 7169/2014 para dispor sobre “a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução

³⁰ BARBOSA E SILVA, Erica. *Conciliação judicial*. Brasília, Gazeta JURÍDICA, 2013, p. 165.

³¹ O projeto foi apresentado como iniciativa da então Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, sendo de autoria de um seletivo grupo composto por Águida Arruda Barbosa, Antonio Cesar Peluso, Eliana Riperti Nazareth, Giselle Groeninga e Luís Caetano Antunes.

³² BARBOSA, Aguida Arruda. A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil. In: *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Coord. Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 377/394.

³³ Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011, de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço.

³⁴ A comissão foi formada sob a Presidência do Secretário da Reforma do Judiciário, Flávio Croce Caetano.

de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”; foi este projeto que resultou na Lei n. 13.140/2015.

4.1. Lei de mediação: olhar panorâmico.

A Lei, que conta com 48 artigos, é dividida em três capítulos.

O capítulo I trata da mediação, prevendo disposições gerais e regras sobre os mediadores (divididas em seções sobre disposições comuns e regras sobre mediadores extrajudiciais e judiciais). Há também uma seção destinada ao procedimento de mediação distribuída em subseções sobre Disposições Comuns, Mediação Extrajudicial, Mediação Judicial, Confidencialidade e suas Exceções.

O capítulo II versa sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito público, trazendo disposições comuns e regras sobre conflitos envolvendo a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações.

O capítulo III contempla as disposições finais entre os artigos 41 e 48.

4.2. Mediação no Novo Código de Processo Civil.

O Novo Código de Processo Civil confirma a tendência de priorização de chances para entabular acordos, que vem se intensificando ao longo dos anos, ao contemplar muitas regras sobre o fomento a meios consensuais de abordagem de conflitos. Sob a perspectiva numérica, eis as ocorrências: no Novo CPC a mediação é mencionada em 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 7, o que totaliza 103 previsões.

A amplitude de dispositivos presentes no Novo CPC, que se somam ainda às previsões integrantes da Lei de Mediação e da Resolução 125/2010 do CNJ, é significativa. Quem trabalha com a gestão de controvérsias definitivamente precisa estar pronto para lidar com o estímulo à autocomposição.

Logo no início do Novo Código, dentre as normas fundamentais a mediação aparece como mecanismo a ser estimulado³⁵ junto aos litigantes no curso do processo judicial³⁶, o que revela a intenção de fomento significativo à sua ocorrência.

³⁵ O tema foi abordado com maior detalhamento pela autora deste artigo em outro texto: TARTUCE, Fernanda. Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos. Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>> . Acesso 24 mai. 2016.

³⁶ Art. 3º, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Dentre as regras sobre os auxiliares da Justiça, é dedicada uma detalhada seção³⁷ a mediadores e conciliadores Judiciais, havendo ali várias previsões que se alinham ao teor da Resolução 125 do CNJ.

Embora seja feita a apropriada distinção entre conciliação³⁸ e mediação³⁹, em diversas previsões ambos os mecanismos são tratados conjuntamente pelo legislador. Como exemplo, no capítulo sobre audiência de conciliação há parágrafos⁴⁰ que se referem a “conciliador ou mediador” sem traçar distinções. Será importante que os advogados e o órgão judiciário estejam atentos para efetuar a devida filtragem com vistas a remeter às partes ao mecanismo consensual adequado.

A regra do art. 359 sobre audiência de instrução e julgamento expressa que o juiz deverá tentar conciliar as partes sem prejuízo do emprego anterior de outros meios consensuais (como a mediação e a arbitragem – ?!⁴¹).

Dentre as previsões das ações possessórias, consta que em litígios coletivos pela posse de imóvel o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação⁴².

No capítulo destinado às ações de família a mediação aparece uma vez mais como destinatária de esforços para sua aplicação.

Há ali uma regra preocupante: segundo o art. 693, recebida a petição inicial e tomadas as providências referentes à tutela provisória, se for o caso, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação – mas o mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência, devendo estar desacompanhado de cópia da petição inicial (sendo assegurado, contudo, ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo⁴³).

Tal previsão soa desarrazoada por gerar um desequilíbrio no processo, comprometendo a isonomia e a publicidade de que também o réu é destinatário, prejudicando também o princípio da decisão informada: como ele poderá comparecer à audiência para negociar sem nem saber o teor do que é pedido?

³⁷ Seção VI - Dos conciliadores e mediadores judiciais. Artigos 165 a 175.

³⁸ Art. 165, § 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..

³⁹ Art. 166, § 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.

⁴⁰ Eis um exemplo: Art. 334, § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

⁴¹ A referência à arbitragem causa espécie porque, embora a cláusula compromissória tenha base consensual, a solução decorrente desse mecanismo adjudicatório (heterocompositivo) é imposta por um julgador.

⁴² Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

⁴³ Art. 695, §1º.

Apesar dessa última questionável regra, o Novo CPC traz diretrizes interessantes sobre a mediação judicial.

5. Críticas à atual normatização.

Esclarecido o papel da normatização da mediação, bem como descrito o caminho que ela trilhou em nosso sistema, cabe analisar criticamente pontos relevantes da atual regulamentação, destacando críticas de procedimento e conteúdo de certas normas vigentes.

5.1. Conflitos de normas entre Lei de Mediação e Novo CPC.

Apesar de os projetos da Lei de Mediação e do Novo CPC terem tramitado contemporaneamente no Congresso Nacional, e terem sido aprovados com um pequeno intervalo de tempo, seus textos acabaram contemplando previsões conflitantes sobre mediação judicial. Isso talvez possa ser explicado pelo fato de que os dois projetos eram tratados por comissões constituídas separadamente e que atuavam de forma apartada.

O Novo CPC foi promulgado em 16/03/2015, mas sua vigência só se iniciou em março de 2016. Já a Lei de Mediação, que foi promulgada em 29.06.2015, entrou em vigor em dezembro de 2015 - antes, portanto, do Novo CPC.

Há quem sustente que a Lei de Mediação, por ter sido promulgada posteriormente, revogou dispositivos do Novo CPC que tratam de mediação judicial e que não sejam compatíveis com o texto da Lei de Mediação.

Zulmar Duarte, por exemplo, considera existente o seguinte conflito: o art. 334 do Novo CPC previu a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, salvo quando a autocomposição não for possível ou quando ambas as partes expressamente manifestarem desinteresse na realização da sessão consensual (“consenso quanto ao dissenso”). O autor, contudo, afirma que quanto à *mediação judicial*, a disposição do Novo CPC é natimorta, pois a audiência de mediação, de acordo com os arts. 3º e 27 da Lei n. 13.140/2015⁴⁴, é obrigatória e desconsidera a manifestação de vontade das partes.

Apesar de não haver adesão à conclusão do autor, procede a sua crítica no sentido de que a aprovação posterior da Lei de Mediação foi inoportuna ao envolver a audiência de mediação, ponto capital do novo procedimento comum estabelecido no Novo Código; a Lei foi aprovada sem considerar a novel disciplina da mediação estatuída, meses antes, pelo Novo CPC⁴⁵.

⁴⁴ DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

⁴⁵ DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*, cit..

De fato, é possível notar essa falta de diálogo entre os dois diplomas também em outras situações - como, por exemplo, nas diferentes previsões sobre os requisitos para se tornar mediador judicial (presentes no art. 11 da Lei n. 13.140/2015⁴⁶ e no art. 167, §1º, do Novo CPC⁴⁷, sendo o primeiro dispositivo mais rigoroso).

Tal situação ocasiona um exercício interpretativo extra ao operador - que, diga-se de passagem, já possui problemas suficientes para desatar dentro de um mesmo diploma.

A melhor solução, porém, não é considerar a revogação dos dispositivos do Novo CPC pela Lei de Mediação. Como já sustentado⁴⁸, a situação pode ser resolvida pela aplicação da teoria do diálogo das fontes, devendo o aplicador considerar os princípios regentes dos meios consensuais para aplicar as regras que se revelem conflitantes.

Ada Pellegrini Grinover, apesar de sustentar a prevalência da Lei de Mediação (por ser ela posterior) destaca, como visto, que tal Lei, juntamente com o Novo CPC e a Resolução n. 125 do CNJ, forma hoje um minissistema brasileiro de meios consensuais de solução de conflitos⁴⁹ - o que reforça a necessidade de se aplicar o diálogo das fontes.

Em essência, as normas jurídicas não se excluem - supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos - mas se complementam. Por força de tal teoria, pode-se reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação; afinal, os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns tendo como pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade⁵⁰.

Assim, em caso de dúvida entre a aplicação de uma norma ou outra, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação.

Eis uma aplicação do que se propõe: em relação à obrigatoriedade da sessão judicial de mediação, não deve prevalecer a leitura isolada da Lei de Mediação a partir da qual se entenderia inevitável a sua realização. Além de não estar expressa na Lei de Mediação tal inevitabilidade, a aplicação das exceções constantes no Novo CPC, especialmente o caso de manifestação expressa de desinteresse por ambas as partes, é plenamente consentânea com a autonomia da vontade, princípio essencial da mediação expresso na lei.

⁴⁶ Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

⁴⁷ Art. 167. § 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.

⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 267-268.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: < <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2016.

⁵⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 269.

Eis outro exemplo: no caso da habilitação de mediadores judiciais - em que a Lei de Mediação exige que a pessoa seja graduada em curso de ensino superior por mais de dois anos, requisito não trazido pelo Novo CPC -, os Tribunais devem admitir o cadastramento de todas as pessoas capacitadas (já que a capacitação é o critério comum nas duas legislações)⁵¹. Devem os tribunais, porém, dar publicidade ao fato de serem os mediadores formados ou não há mais de dois anos; as partes então poderão, sabendo de tal fato, escolher ou não um mediador formado, atribuindo a esta característica o valor que entenderem apropriado com base em sua autonomia da vontade.

5.2. Burocratização da convocação e do procedimento?

A Lei de Mediação regulou o “procedimento” de mediação extrajudicial (entre os artigos 21 e 23) e judicial (do art. 24 ao 29), estabelecendo inclusive, em relação à mediação extrajudicial, o procedimento de convocação da outra “parte” (art. 21).

A crítica à “procedimentalização” da mediação pode ser feita sob duas perspectivas.

A primeira é que ela seria prejudicial ao desenvolvimento de um mecanismo informado, sobretudo, pela informalidade e pela independência do mediador. A mediação não é um procedimento com regras fixas, nem há forma exigível para sua condução, pois ela constitui essencialmente um projeto de comunicação eficaz⁵².

A mediação se desenvolve por conversações entre as partes com a contribuição de um terceiro imparcial, que se vale de técnicas para clarificar situações, percepções, afirmações e possibilidades aventadas pelas próprias pessoas em suas interações. A intervenção do mediador é, inclusive, matizada: há vertentes de mediadores que entendem que o mediador nem sequer pode intervir na condução do “procedimento”, devendo deixar que as partes sigam sua própria dinâmica de comunicação.

A segunda perspectiva diz respeito a todo tipo de “procedimentalização”. Paulo Eduardo Alves da Silva explica que a profusão de regras procedimentais - o que chama de “processualismo” - pode sobrecarregar o procedimento e comprometer a igualdade entre as partes, pois aquela com melhores condições técnicas e financeiras está em posição de vantagem. A complexidade e a

⁵¹ Em entendimento contrário, Ada Pellegrini Grinover entende que a exigência é coercitiva, enquanto estiver em vigor, por entender que a Lei de Mediação prevalece sobre o Novo CPC pelo critério temporal. Por outro lado, critica o requisito, por entender que a restrição é irrazoável e contraria toda a filosofia que está à base das técnicas de mediação, destacando ainda que há muitos mediadores excelentes que não se enquadram na exigência (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*, Disponível em: < <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2016).

⁵² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 195.

multiplicidade de regras abrem caminho para que o diálogo entre as partes para solução do conflito se transforme em uma batalha de regras, o que é letal para o equilíbrio democrático⁵³.

Tomamos as críticas por hipótese. A princípio, contudo, não há nos procedimentos instituídos em lei comprometimento de informalidade nem previsões que possam causar desníveis técnicos entre as partes. Como já exposto, a Lei de Mediação direciona a atuação do mediador, por exemplo, ao dispor que no início da primeira reunião, e sempre que julgar necessário, ele deva alertar as partes sobre as regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento⁵⁴. A previsão não deve ser vista como uma contradição ao princípio da informalidade: a Lei regulou o tema para trazer parâmetros úteis e alguma previsibilidade, mas não impõe um modo rígido de atuação⁵⁵.

É necessário, contudo, estar atento e monitorar junto aos mediadores o desenvolvimento da aplicação das regras contidas na lei a fim de apurar se elas vêm causado distorções ou comprometimentos dos reais objetivos da mediação.

Crítica pontual pode ser feita ao art. 21, parágrafo único, que estipula que “o convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento”. Apesar de a Lei exigir requisitos muito simples para o convite (proceder por qualquer meio de comunicação e estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião), o que denota informalidade, o fato de ter que esperar 30 dias para o pedido ser reputado rejeitado é demasiado oneroso para quem pretende celeridade na resolução do problema. O ideal seria interpretar tal dispositivo como não cogente, permitindo, por exemplo, que as partes de um contrato reduzam tal prazo ao redigirem a cláusula de mediação ou, ainda, que o próprio “convocante” possa estipular um prazo reduzido – mas razoável – para resposta.

6. Conclusões.

Muita expectativa foi devotada ao advento de um marco legal sobre a mediação no Brasil. Espera-se que a partir dela uma grande gama de jurisdicionados e seus advogados deixem de buscar o Poder Judiciário para decidir suas disputas, mudando sua concepção cultural em prol da via consensual. Agora, finalmente, alcançamos o almejado marco legal com a promulgação da Lei n. 13.140/2015, conjugada com o impulso dado pelo Novo CPC aos meios consensuais.

Infelizmente, porém, dificilmente muda-se a cultura apenas com a lei; o mapa filosófico do advogado precisa mudar, assim como a imutável visão do jurisdicionado sobre a falta de boa fé da outra parte. Com todo respeito aos que pensam em contrário, dificilmente o advento de uma

⁵³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30-31.

⁵⁴ Lei n. 13.140/2015, art. 14.

⁵⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 195.

lei sobre mediação terá o condão de, por si só, levar advogados e jurisdicionados a buscarem esse interessante mecanismo consensual.

Há alguns fatores culturais que podem ser considerados, todavia: o apreço do nosso sistema e de nossos profissionais por leis escritas pode suscitar um maior interesse pelo instituto da mediação, agora previsto em Lei, não obstante seja claro que, para sua efetiva operacionalização, a formação do profissional tenha que ser mais ampla e prática; as habilidades concernentes à resolução consensual de problemas constitui um aparato diferencial importante para o profissional em um cenário competitivo.

A regulamentação pode ainda ser capaz de conferir maior segurança ao uso da mediação no ambiente privado prevendo expressamente que, diante de uma cláusula compromissória, as partes tentem a saída consensual antes de buscar a arbitragem ou a seara judicial, prestigiando o meio autocompositivo. Outro benefício da regulamentação é a previsibilidade em relação aos deveres do mediador e das partes; em relação ao dever de confidencialidade, tal característica se revela particularmente importante.

A Lei n. 13.140/2015 e o Novo CPC, embora contenham dispositivos interessantes, não restam insensíveis a críticas, e contam com algumas previsões problemáticas que exigirão esforços interpretativos.

Por fim, merecem destaque as ideias de Warat: é crucial termos consciência de que “algumas coisas de nossa existência não podem ser corrigidas por atos de legislação e receitas pré-escritas pela razão. Hoje não se espera mais encontrar salvação em fórmulas totais, únicas⁵⁶”.

7. Referências bibliográficas.

ANDREWS, Neil, *O Moderno Processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. SP: RT, 2010.

BARBOSA E SILVA, Erica. *Conciliação judicial*. Brasília, Gazeta JURÍDICA, 2013.

BARBOSA, Aguida Arruda. *A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil*. In: *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Coord. Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 377-394.

BRAGA NETO, Adolfo Braga. *Mediação de conflitos e legislação brasileira*. Disponível em <http://mediacao.epd.edu.br/artigo/media%C3%A7%C3%A3o-de-conflitos-e-legisla%C3%A7%C3%A3o-brasileira> . Acesso 3 jul. 2014.

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. *A cidadania e direitos humanos da qualidade total*. Disponível em <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista12/acidaniaedireitoshumanosdaQT.htm>. Acesso 07 dez. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *A Morte do direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

FALECK, Diego. *Brazil*. In *Mediation in 16 jurisdictions worldwide*. London: Law Business Research Ltd, 2013.

GOMMA DE AZEVEDO, André. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, v. 3, p. 137-160.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: < <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2016.

LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74-86, vol. III.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas – a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: FREIRE, Alexandre; DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.2 – Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodvum, 2015

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____ Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos. Disponível em: < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. . Acesso 24 mai. 2016.

TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 123, ago./2014, p. 24-33

WARAT, Luis Alberto. A cidadania e direitos humanos da qualidade total. Disponível em <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista12/acidadaniaedireitoshumanosdaQT.htm>. Acesso 24 mai. 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Mauricio Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 684-690.