

A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: POLÍTICA PÚBLICA, EFETIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

MEDIATION IN BRAZILIAN LAW: PUBLIC POLICY, EFFECTIVENESS AND LEGAL CERTAINTY

Sílzia Alves Carvalho¹

Recebido em: 13/04/2020
Aceito em: 19/01/2022

silzia.ac@gmail.com

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo analisar por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo e do método de procedimento bibliográfico, a regulamentação legal da mediação no Brasil. A concepção do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, estabelecido por Kazuo Watanabe orientou metodologicamente o estudo. O trabalho foi desenvolvido com referência aos princípios Constitucionais que orientam o Sistema de Justiça e os princípios da mediação. Entende-se que a hipótese de ganho de eficiência da justiça por meio da mediação se confirma quando observada a máxima efetividade dos princípios da mediação e a mitigação dos aspectos procedimentalistas da norma.

Palavras-chave: Efetividade; Mediação; Política Pública; Princípios; Sistema de Justiça.

Abstract: This research aims to analyze, through the hypothetical-deductive approach method and the bibliographic procedure method, the legal regulation of mediation in Brazil. The conception of access to justice as access to the just legal order, established by Kazuo Watanabe methodologically guided the study. The work was developed with reference to the Constitutional principles that guide the Justice System and the principles of mediation. It is understood that the hypothesis of gaining efficiency in justice through mediation is confirmed when the maximum effectiveness of the principles of mediation and the mitigation of procedural aspects of the rule are observed.

Keywords: Effectiveness; Mediation; Public policy; Principles; Justice system.

1. INTRODUÇÃO

O Relatório Justiça em Números de 2019 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, diagnosticou que o Poder Judiciário no Brasil teve em andamento em 2018, 78,7 milhões de processos em estoque, lembrando que este relatório não computa a carga de trabalho no Supremo Tribunal Federal-STF.

Por outro lado, o Instituto Brasileiro de Pesquisa de Geografia e Estatística-IBGE estimou em 1º de julho de 2019 que a população brasileira é de 210.147.125 milhões de habitantes.

Conquanto, se compreenda que a divisão realizada entre os dados obtidos pelo IBGE, quanto à população estimada e o número absoluto de processo em tramitação no Poder Judiciário não refletem adequadamente as especificidades desses dados estatisticamente obtidos, é possível

¹ Universidade Federal de Goiás, Goiás, Brasil

afirmar, com base nesses números que o Brasil é um país que tem uma elevada litigiosidade, observando-se que há em média 1 processo por 2,67 habitantes².

Essa afirmativa apresenta um paradoxo relacionado com a insatisfação quanto aos serviços prestados pelo Poder Judiciário.³ Havendo pouca confiança nas instituições, e especialmente no Poder Judiciário, o qual aproximadamente 24% da população se declara satisfeita, Diante disso, o que justifica a elevada judicialização dos conflitos, e, portanto, o grande volume de processos?⁴

Há muitas hipóteses possíveis a respeito desse quadro e há uma obviedade, o Poder Judiciário brasileiro está sobrecarregado. Identificado o problema, deve-se observar que o Estado brasileiro, por meio do Poder Judiciário mantém o monopólio da Justiça, vinculando a mesma à prestação jurisdicional contenciosa, adversarial e litigiosa. A hipótese desse trabalho é que a política pública judiciária do CNJ, definida na Resolução nº 125/2010 poderá alterar esse quadro melhorando a eficiência do Sistema de Justiça no Brasil

A política pública judiciária é norteada pela concepção a respeito do tratamento adequado dos problemas jurídicos e do conflito de interesses por meio do acesso à ordem jurídica justa. Assim, a consensualidade, característica dos meios autocompositivos de solução de conflitos se destaca, sendo que nesta pesquisa, o objeto específico de estudo é a mediação, regulada pela Lei nº 13.140 de 26/06/2015 de modo específico. Observa-se, contudo que a mediação também é abordada no Código de Processo Civil de 2015 e em outras normas, como a Lei Complementar nº 144 de 24/07/2018 do Estado de Goiás.

O estudo será realizado a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo e do método de procedimento bibliográfico, trata-se de uma pesquisa qualitativa, metodologicamente baseada na concepção de acesso à justiça do Prof. Dr. Kazuo Watanabe.

2. A MEDIAÇÃO NO BRASIL

As relações humanas são conflituosas, sendo que o desafio de solucionar esse problema e assegurar a integridade social tem sido historicamente relatado. Assim, o estudo sobre a solução dos conflitos sociais, se desenvolveu em três fases históricas: a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição. Essas fases apresentam uma ordem cronológica, contudo, uma fase não exclui a outra. Elas se sucedem apenas no que se refere à predominância metodológica adotada pelas sociedades. À medida que o Estado foi se estruturando institucionalmente, a heterocomposição se tornou prevalente em relação às demais formas de solução de conflitos. Essa afirmação não significa que as metodologias heterocompositivas representam um aspecto de maior desenvolvimento ou

² Deve ser observado que há o diagnóstico a respeito da litigância reiterada, ou seja, a administração pública, as empresas de telefonia e os bancos são reiteradamente acionados perante o Poder Judiciário. Esse fato, por si só, demonstra a imprecisão quanto à divisão realizada, o que confirma seu caráter meramente ilustrativo.

³http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 24/01/2020)

⁴ Relatório Justiça em Número CNJ/2019, p. 219. Muito embora tenham ingressado 28,1 milhões de processos, esse cálculo pode incorrer em duplicidade quando um mesmo processo, no mesmo ano, é iniciado em instâncias e fases distintas. É o caso, por exemplo, de um processo que ingressa na fase de conhecimento de 1º grau e, no mesmo ano, submete recurso ao 2º grau e inicia a execução judicial na primeira instância. Se forem consideradas apenas as ações originárias dos tribunais, os processos de conhecimento e as execuções extrajudiciais, chega-se ao quantitativo de 19,5 milhões de processos protocolados no Judiciário em 2018.

aperfeiçoamento na solução dos conflitos. Devem ser consideradas alternativas, que podem ser mais ou menos adequadas, dependendo de cada caso.

A organização do Estado brasileiro se inicia com o movimento colonialista empreendido por países da Europa no Século XVI, especificamente Portugal. Assim, sua estrutura jurídica parte das ordenações portuguesas - Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, conjuntamente com leis da colônia, que objetivavam adaptar o direito português à realidade social brasileira. A 'Constituição Política do Império do Brasil' de 1824 representa um marco histórico para o Direito pátrio, se destacando o seu artigo 161, que regulava a conciliação prévia nos seguintes termos: "Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum."

Portanto, observa-se que o caráter liberal do Estado naquele período se refletiu na concepção a respeito do acesso à justiça, que se iniciava com a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia. Nas demais Constituições brasileiras não foi estabelecido dispositivo que impusesse essa condição prévia para o exercício do direito de ação.

Observa-se, contudo, que entre a Constituição de 1891 e a Constituição de 1988 adotou-se a centralidade da resolução adjudicada dos conflitos por partes do Poder Judiciário e, portanto, do Estado. Os métodos autocompositivos e consensuais foram admitidos como secundários, e cuja decisão demandava a homologação do Poder Judiciário para a sua validade e exigibilidade. A intervenção da autoridade judiciária na solução dos conflitos tem sido vinculada à ideia fundamental da segurança jurídica. Isso pode ser justificado a partir da Década de 1930, quando o Estado brasileiro adotou políticas econômicas e jurídicas intervencionistas, afastando-se da perspectiva econômica liberal predominante até aquele período.

O Século XXI se iniciou como uma fase em que a eficiência e a eficácia institucional do Estado tem sido questionada. Após 75 anos do término da 2ª Guerra Mundial, e 31 anos da queda do muro de Berlim, as concepções a respeito do Estado estão em crise. Isto significa afirmar que, a concretização de suas funções é cada vez mais complexa, pois os desafios atuais suplantam as questões dos direitos sociais, políticos e econômicos.

O Estado de Direito deve ser capaz de tornar os direitos efetivos, concretos; sendo que o acesso formal à justiça como a garantia do direito de ação ou do direito à prestação jurisdicional estatal, foi superado pela compreensão de que deve se assegurar ao jurisdicionado a garantia de acesso material à justiça, ou seja, a uma solução dos conflitos de forma adequada, rápida, efetiva, e que preserve os interessados.

Assim, a ação é direito público, subjetivo e abstrato, de matriz constitucional, que atribui à parte o poder de requerer ao Estado o exercício da atividade jurisdicional para solucionar determinada situação conflituosa, bem como lhe assegurar a perspectiva de uma sentença justa e de tutela jurisdicional efetiva e adequada. (WAMBIER. TALAMINE. 2016. p. 203)

A Lei 13.140/2015 ao institucionalizar a mediação na esfera privada, e a autocomposição na esfera da administração pública estabeleceu um marco no Brasil ao reconhecer as possibilidades desses instrumentos para a realização de políticas públicas na esfera da solução dos conflitos

sociais, e também para fortalecer os valores constitucionais do Estado Democrático de Direito e da cidadania, expressos no seu artigo 1º da CF/1988⁵.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário o fez em atenção aos artigos 5º, XXXV⁶ e 37 da CF/88⁷. Nestes termos, a conciliação e a mediação devem ser consideradas como parte da política pública na esfera jurídica, devendo ser estimuladas, apoiadas e difundidas como meios de prevenção e solução de conflitos. É possível afirmar que o CNJ ao definir a política pública judiciária o faz em uma perspectiva quantitativa, assim a execução da política pública poderá levar a situações de injustiças, decorrentes da aplicação imprópria dos procedimentos autocompositivos.

Nesse ângulo se retoma o problema da segurança jurídica e também as discussões sobre a eficiência e a eficácia do Sistema de Justiça. É possível afirmar que, a eficácia da política pública do CNJ está vinculada à redução da taxa de congestionamento do Poder Judiciário. Por sua vez, a eficiência do Sistema de Justiça exige que se tome em consideração a satisfação e a confiança do jurisdicionado quanto ao método utilizado para o tratamento e solução do conflito.

A função judicial do Estado não é de extração primária [...], mas sim *substitutiva*, e, por isso mesmo, não basta, para legitimá-la, a singela produção massiva de sentenças e acórdãos em modo de uma linha de montagem [...] mas, antes, há que se priorizar a *qualidade* dessa prestação jurisdicional, atributo que, naturalmente, fica comprometido, senão já inviabilizado, pela *quantidade* excessiva de processos, em decorrência da cultura demandista que assola o país. (MANCUSO. 2018. p. 226)

Há, ainda, a questão da regulamentação legal da mediação e da autocomposição, pois é discutível se a Lei 13.140/2015 teria comprometido a voluntariedade e a liberdade procedimental dos interessados na mediação. Acredita-se que o risco da intervenção do Estado nesse espaço de liberdades civilizatórias poderá resultar na insegurança jurídica com a consequente precarização das soluções obtidas. Dessa forma, entende-se que observados os princípios previstos no artigo 2º da Lei 13.140/2015, o Estado deve se limitar à observância da ordem pública quanto à mediação.

Por sua vez, a consequência esperada da ótima condução da mediação deve ser que, em um espaço de tempo razoável, ocorra a diminuição da jurisdicionalização dos conflitos, à partir da consolidação da confiança dos jurisdicionados nos métodos autocompositivos e, especialmente na mediação. Assim, por meio da intervenção de mediadores capazes de promover a reelaboração do conflito e a retomada do diálogo entre as partes devem ser alcançados resultados seguros e efetivos obtidos pelos próprios interessados. Desse modo, se verificará a eficiência do método e o ganho de eficácia do Sistema de Justiça.

⁵ CF/1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

⁶ CF/1988. Art. 5º, XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷ CF/1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá **aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, [...]: (grifo nosso)

A mediação deve ser embasada no próprio interesse das partes, e não na morosidade do Poder Judiciário, ou no grande número de processos, ou ainda, na promessa de rapidez. Em que pese a veracidade desses argumentos, parece não serem apropriados para suscitar nas partes o seu empoderamento para a construção de uma solução adequada ao seu caso, assim como, para afirmar sua cidadania plena, enquanto sujeitos ativos no processo democrático amplo de autonomia e responsabilidade social.

O Brasil precisa assegurar a realização de práticas civilizatórias e democráticas, sendo que para tanto é necessário abdicar da provisoriedade de soluções peremptórias e casuísticas. Dessa forma, poderá ser demonstrado a cada jurisdicionado como sua cidadania se impõe também na solução dos eventuais conflitos em que seja interessado.

As experiências de mediação no Brasil vinham ocorrendo no âmbito dos tribunais que através de provimentos e outros meios de regulamentação interna aplicavam a mediação em casos restritos, quase sempre envolvendo direito de família, relações parentais e comunitárias, como nos casos de vizinhança.

A autocomposição contratual vinha sendo exercida através de Câmaras de Mediação e Arbitragem, dentre os quais pode ser mencionado o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem-CBMA no Rio de Janeiro, que desde 2002 atua com especialidade no setor naval e petrolífero; é importante também mencionar o CONIMA-Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem fundado em 1997 com o intuito de criar as condições para se desenvolverem os meios extrajudiciais para a solução dos conflitos. Pode ser afirmado que nas relações contratuais que envolvem questões de patentes, inovação tecnológica, indústria química, e assuntos de alta especificidade onde são imperativos o sigilo, a perícia, a rapidez e a segurança da decisão adequada tecnologicamente, há uma prática consolidada no Brasil na adoção da mediação.

No âmbito da administração pública, se destaca a CCAF-Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, com alterações posteriores.

3. MEDIAÇÃO ENDOPROCESSUAL E EXTRAPROCESSUAL

No Brasil foi criado um sistema de mediação interessante, mas controverso, já que este é um meio de solução de conflitos baseado na autonomia da vontade privada, e sua regulamentação legal ostensiva, como ocorre no Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 165 a 175 e 334 e na Lei de Mediação pode significar uma interferência incompatível com a concepção da autonomia.

A mediação extrajudicial quanto a direitos privados disponíveis tem sido adotada de forma segura no Brasil, portanto, não tem havido a anulação dos Termos Finais produzidos nessa área. O contexto da mediação judicial, entretanto, é diverso, devendo ser lembrado que a Constituição Federal de 1988 prevê garantias processuais vinculadas a princípios, como o devido processo legal, entre outros. Desse modo, realização da mediação judicial depende de uma interpretação sistêmica, considerando a Lei de mediação, o Código de Processo Civil e a Constituição Federal.

Os problemas do Sistema de Justiça no Brasil tiveram como consequência a reforma judiciária aprovada na Emenda Constitucional 45/2004, que entre outras coisas possibilitou a criação do Conselho Nacional de Justiça-CNJ. Outro aspecto significativo foi a criação do inciso LXXVIII incorporado ao artigo 5º da CF/88 que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A aprovação da Lei 13.140/2015 ao regulamentar a mediação e a autocomposição dos conflitos em que a administração pública é parte, representa um passo importante no sentido de obter soluções mais adequadas, justas e em tempo razoável. Esses aspectos da regulamentação da mediação devem ser considerados porque a sua institucionalização horizontaliza e potencializa sua aplicação. A Lei 13.105/2015 - Código de Processo Civil, em sua exposição de motivos afirma textualmente que o processo deve se comprometer com “sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores Constitucionais”.

Portanto, pode ser entendido que a mediação está ligada às políticas judiciárias para a obtenção de soluções mais adequadas e céleres para a solução dos conflitos sociais, seja entre as pessoas naturais, jurídicas, ou em decorrência de conflitos de natureza individual e também coletivo.

3.1. Mediação judicial

A mediação judicial se integra ao sistema processual brasileiro, podendo ser reconhecida como um modelo endoprocessual de mediação, pois sua realização ocorre de modo integrado ao sistema judiciário. De acordo com o artigo 165, § 3º do CPC/2015, esta será adotada preferencialmente nos casos em que houver vínculos anteriores entre as partes, e pode ocorrer como uma fase pré-processual ou durante o processo. Os Tribunais devem criar os Centros Judiciários de solução consensual de conflitos.

O procedimento da mediação judicial inicia antes de fixado o contraditório, portanto, será realizada uma audiência com a presença do conciliador ou do mediador e das partes para que consensualmente possam solucionar o conflito⁸.

Nesse caso, a ausência injustificada a audiência preliminar ou pré-processual para a solução consensual do conflito pode ser qualificada como “ato atentatório à dignidade da justiça”⁹. Nesse contexto em que a resolução dos conflitos é tratada como um valor Constitucional, as partes podem requerer que o processo judicial ou arbitral seja suspenso para que seja instaurada a mediação¹⁰. Outro aspecto relevante é o fato de que a instalação e tramitação da mediação interrompe a prescrição¹¹.

⁸ CPC/15. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

⁹ CPC/15. Art. 334, § 8. § 8º. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

¹⁰ Artigo 694, parágrafo único CPC/2015.

¹¹ Entende tratar-se de causa interruptiva da prescrição em virtude da necessária proteção à pretensão, observando-se o artigo 189 do Código Civil brasileiro.

A Lei de Mediação é compatível com a regra Constitucional do artigo 133, segundo a qual “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Desse modo, ressalvadas as exceções dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, as partes, acompanhadas por seus advogados, comparecerão para a mediação ao Centro Judiciário. É estabelecido pela Lei um prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão da mediação, que pode ser prorrogado por meio de requerimento comum entre os mediados.

Os procedimentos na mediação não envolvem atos decisórios de natureza material por parte do mediador, este atua na elaboração de uma pauta de procedimentos e consensos construídos pelas partes. Portanto, as decisões do mediador se limitam a eventuais questões procedimentais/formais, a fim de garantir que o prazo de 60 dias ou questões principiológicas sejam observadas. Desse modo, a mediação terminará com a lavratura do Termo Final de Mediação que descreverá brevemente os atos praticados, assim como conterà o resultado obtido no acordo a que as partes chegaram, ou a conclusão do procedimento sem que se tenha alcançado a composição.

Conquanto a mediação seja onerosa, pode ser requerido pelas partes o benefício da assistência judiciária gratuita, observados o artigo 5º, LXXIV da CF/88, combinado com a Lei 1.060/50 e as alterações que foram introduzidas pelo Código de Processo Civil, particularmente em seu artigo 98 e seguintes.

O acordo celebrado na mediação, a requerimento das partes poderá ser homologado pelo juiz por sentença com o efeito do trânsito em julgado material. Essa decisão é irrecorrível, mas poderá ser objeto da ação rescisória nos casos do artigo 966, V do CPC/2015. Ultrapassado o prazo para a ação rescisória é possível corrigir gravíssimos defeitos como aqueles que poderiam estar vinculados a ausência da imparcialidade do mediador por meio da ação declaratória de nulidade do ato jurídico.

Na mediação judicial que ocorra no curso da relação processual, mas que seja concluída com a celebração de um acordo antes da citação do réu não serão devidas custas judiciais finais.

3.2. Mediação extrajudicial

A mediação é uma metodologia de abordagem do conflito entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, de natureza privada e autocompositiva. O fundamento elementar desse método é a autonomia da vontade privada, daí sua natureza privatística. Seu elemento autocompositivo decorre do fato de que em nenhuma circunstância o mediador poderá decidir pelas partes, sob pena da mesma converter-se em heterocomposição, e assim, deixar de ser mediação.

Sua conceituação foi definida pela Lei da mediação como 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”. Foram definidos os seguintes princípios da mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e a boa-fé¹².

¹² Lei 13.140/15. Art. 2º, incisos I a VIII.

Afirmou-se que a mediação deve ser estimulada no interesse das partes, enquanto cidadãos que devem reconhecer sua potestade diante do Estado, sobretudo, em relação a seus interesses individuais e privados. Há casos em que as características do conflito será determinante para a definição quanto a adequação da mediação. Nesse sentido, se observa que a mediação é especialmente apropriada para interesses complexos sendo indiferente a configuração jurídica dos envolvidos no conflito.

É oportuna a compreensão a respeito da complexidade dos conflitos ou interesses. Entende-se que a mediação é um método de solução de conflitos adequado para os casos em que as relações são caracterizadas pela existência da continuidade, ou sucessividade dos fatos conflituosos que a definem. Desse modo, há casos em que o lapso temporal que caracteriza a relação conflituosa é significativo, por tornar as questões e os interesses mais verticais, aprofundando os problemas. É o que se observa em relações conflituosas familiares, societárias, entre outras situações.

Ainda quanto à complexidade dos interesses, se caracterizam pelo impacto que poderá causar dependendo da forma que se aborde o problema, ou a solução que lhe seja dada. Nesse sentido, os conflitos que envolvem interesses coletivos, como no direito do consumidor, ou no direito sindical. Há relações que envolvem interesses que não podem ser extintos, cuja a manutenção do vínculo não depende da vontade das partes, sendo o caso, das relações familiares, sobretudo, na linha reta¹³.

Assim, a complexidade dos casos que definem a adequação e a especificidade da mediação determinam sua aplicação, diante da continuidade, verticalidade e subjetividade que caracterizam esses casos. Como observado, poderá ser utilizados diferentes procedimentos, desde que assegurada a aplicação dos princípios estabelecidos no artigo 2º da Lei de Mediação.

Portanto, não há como equiparar a mediação, à conciliação ou à negociação, embora, em todos os casos que resulte em consenso entre as partes com a celebração de acordos, poderá ser identificado o exercício da autocomposição, cujas finalidades é que a diferenciará em cada caso. Quanto à conciliação é um meio próprio para casos mais simples, sem a presença de vínculos complexos, podendo ser exemplificada com as audiências de conciliação prévia nos juizados especiais, onde os conflitos são superficiais, e sua solução extingue a relação entre as partes.

Atualmente a mediação poderá envolver direitos indisponíveis que admitam a transação.¹⁴ A indisponibilidade de determinados direitos está vinculada à ordem pública, ou seja, aos fundamentos do direito e do Estado de direito. A dignidade da pessoa humana, com a proteção da sua integridade moral, física e a garantia da liberdade individual, são insusceptíveis de transação, por se tratar de bens jurídicos indisponíveis. Os direitos de personalidade, definidos no artigo 11 do Código Civil, se caracterizam pela indisponibilidade, assim definida em Lei. Os bens públicos imobiliários são indisponíveis¹⁵, entretanto, o interesse público quanto às relações jurídicas de natureza privatística e contratual, admitem transacionado.

A transação está prevista no artigo 840 a 850 do Código Civil, tendo uma natureza jurídica contratual e privatística, sendo cabível para prevenir ou extinguir litígios. Logo, é imprescindível o

¹³ CC/2002. Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

¹⁴ Lei 13.140/15. Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

¹⁵ CF/1988. Artigo 20 e Artigo 26.

reconhecimento da natureza jurídica do direito objeto do conflito na mediação, pois esta tem limitações legais. Estas questões são imprescindíveis, sob pena de se colocar em risco a estabilidade e a segurança jurídica, social e econômica.

Haverá casos, em que se observa uma verdadeira fusão entre a ordem pública e o direito privado. Reconhecendo isso, nesses casos se admite que ocorra a transação em relação às situações individualmente consideradas. Assim, não parece razoável a elaboração de um rol, seja enumerativo ou exemplificativo das hipóteses em que se verificaria a indisponibilidade e a transacionalidade.

Quanto aos casos dos direitos indisponíveis transigíveis a Lei impôs a obrigatoriedade da manifestação do Ministério Público sobre o Termo Final na Mediação, e também a sua homologação judicial.

A mediação é um procedimento oneroso, sendo que os seus custos são pagos pelas partes em conflito que optam por esse procedimento para a solução do conflito. As despesas e a forma de seu pagamento será definida no contrato que estabelece a opção pela mediação.

4. OS MEDIADORES

A mediação é exercida por pessoa capaz¹⁶, imparcial¹⁷, que usufrua da confiança mútua das partes em conflito, as quais aceitam sua atuação no procedimento. Essas são as condições fundamentais para o exercício do trabalho na mediação. No caso de impedimento ou suspeição, o mediador deve comunicá-la imediatamente, independentemente do procedimento da mediação ter iniciado.

Os mediadores podem ser escolhidos pelas partes ou designados pelo tribunal, sendo o seu papel fundamental é restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes. Assim como, atuar a fim de auxiliar as partes a identificarem as reais causas do conflito. Comumente os sujeitos em conflito, se envolvem em discussões de natureza subjetiva, personalista e emocionais que levam a um imenso desgaste, mas que não tem relação direta com a causa específica do conflito. Ao mediador cabe esclarecer as partes à respeito desse fato, de modo, que elas possam retomar o diálogo a respeito de seus interesses para a solução do conflito. Não é atribuição do mediador a apresentação de propostas para a solução do conflito.

Considerando o princípio da imparcialidade previsto no inciso I do artigo 2º da Lei de mediação, é imposta ao mediador a obrigação de informar as partes sobre eventuais situações que possam comprometer sua imparcialidade. Em consequência da obrigação da imparcialidade o mediador ficará impedido por 1 (um) ano contado da última audiência em que tenha atuado no caso, de assessorar, representar ou patrocinar os mediados em outros casos. O mediador é proibido por prazo indeterminado, de ser árbitro ou testemunha em relação a conflitos que tenha atuado naquela condição.

¹⁶ Artigo 5º do CC/2002.

¹⁷ Artigo 144 e Artigo 145 do CPC/2015.

A Lei de mediação equiparou o mediador e seus auxiliares a servidores públicos¹⁸ no que se refere às responsabilidades penais quanto à sua atuação. Vale lembrar que em virtude da natureza jurídica privada da mediação, incorrerá igualmente em responsabilidade civil o mediador que deixe de observar os princípios da mediação. O artigo 167, § 5º do CPC/2015 determina que os mediadores advogados, inscritos no cadastro nacional ou em cadastro de tribunal, ficam impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham a mediação.

O exercício da atividade do mediador pressupõe a sua qualificação¹⁹, pois sua atuação está relacionada a casos complexos, considerando-se a diversidade de relações envolvidas no conflito e seu lapso temporal. O despreparo do mediador poderá agravar o problema levando à ruptura da possibilidade de restabelecimento do diálogo entre as partes. Nesse sentido se destaca o princípio ético e o princípio da boa-fé²⁰, na medida em que o próprio mediador deverá se declarar incapaz, e, em determinados casos, incompetente para atuar, tendo em vista sua inexperiência e desconhecimentos a respeito de meios que possam auxiliar as partes na solução do conflito.²¹

Cada caso pode ter um único ou vários mediadores²². Ocorrendo a atuação de mais de um mediador é importante que nenhum entre eles assuma o protagonismo do processo frente aos mediados. Recomenda-se, ainda que um profissional da área jurídica participe para esclarecer eventuais dúvidas das partes. Vale lembrar que, a solução do conflito é a resultante do restabelecimento do diálogo entre as partes, logo, não é necessariamente, pautada pela aplicação das normas de direito que regulem o caso. Assim, observada a ordem pública, a resolução do conflito resulta do entendimento construído pelas partes, que, entretanto, devem ser esclarecidas sobre o conflito e os interesses quanto aos limites impostos relativamente a direitos indisponíveis e irrenunciáveis.

A Lei de mediação no artigo 11, ao tratar dos mediadores judiciais lhes impôs a obrigação de ser graduados a pelo menos 2 (dois) anos em curso superior reconhecido pelo MEC. Não há obrigação de que a graduação seja na área jurídica, ou de ciências sociais aplicadas, assim qualquer pessoa que tenha concluído um curso superior, tendo se qualificado de acordo com os dispositivos legais poderá atuar como mediador judicial. Quanto à mediação extrajudicial não há necessidade de formação superior, mas sim de qualificação devidamente certificada.

Sobre os mediadores, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 125/2010 regula sua atuação, destacando-se o seu anexo III que trata do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Por sua vez o CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem também dispõe de um Código de Ética das instituições que lhe são conveniadas. Ainda quanto à formação de mediadores podem ser mencionadas outras instituições como a ENAM – Escola Nacional de Mediação e Conciliação ligada ao Ministério da Justiça e que tem por objetivo a capacitação para as práticas “adequadas de solução de conflitos”.

¹⁸ Artigo 149 do CPC/2015.

¹⁹ Artigo 167, § 1º do CPC/2015. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, Anexo I. Diretrizes Curriculares para a capacitação dos mediadores.

²⁰ Artigo 2º, VIII da Lei 13.140/2015.

²¹ Artigo 173, § 2º do CPC/2015.

²² Artigo 168, § 3º CPC/2015.

O mediador judicial deve ser cadastrado junto ao Tribunal de Justiça do local onde atuará, mediante seu requerimento, sendo que cada tribunal criará seu regulamento para dar efetividade a esta exigência da Lei de mediação, inclusive quanto ao valor da remuneração devida pelas partes. Nesse sentido devem ser aplicados os dispositivos legais quanto a assistência judiciária gratuita, quando for o caso.

O mediador extrajudicial não precisa ser inscrito em nenhum órgão, lhe cabendo o dever de comprovar sua capacitação e de declarar sua competência para o caso, sendo que sua remuneração será estabelecida no documento que instituir a mediação.

O Termo Final da Mediação extrajudicial se caracteriza como um título executivo extrajudicial²³, e sendo homologado em juízo, ou se tratando de Termo Final da Mediação judicial será considerado um título executivo judicial²⁴ passível de execução pelo procedimento do cumprimento de sentença previsto no artigo 513 e seguintes do CPC/2015.

5. PROCEDIMENTOS NA MEDIAÇÃO

A mediação instituída diretamente entre as partes²⁵ pode ter um procedimento simplificado sendo objeto de um contrato onde será previsto os meios necessários para sua realização. Ainda que não tenha sido adotada uma cláusula contratual expressa a respeito da aplicação da mediação, no caso de conflitos a respeito do contrato, as partes poderão, posteriormente, realizar um aditivo contratual, aceitando mutuamente a mediação. Em qualquer desses casos, a cláusula que institui a mediação contratual deve preencher alguns requisitos, tais como, o procedimento que será aplicado, as regras quanto ao pagamento das despesas e honorários, a forma de escolha dos mediadores, ou se a opção é por uma Câmara privada de mediação.

É importante esclarecer que não se deve confundir a autonomia privada da vontade das partes com o desrespeito à regulamentação da mediação feita pela Lei, sobretudo, no tocante a seus princípios e a capacitação dos mediadores.

Considerando o entendimento segundo o qual a forma procedimental é passível de negociação²⁶, as partes podem estabelecer suas regras de acordo com os interesses em questão, entretanto, a abordagem a respeito do procedimento terá como fundamento os princípios da mediação estabelecidos no artigo 2º, incisos I a VIII da Lei de Mediação e no artigo 166 do CPC/2015.

Desse modo, os princípios da imparcialidade do(s) mediador(es), da isonomia entre as partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade e da boa-fé devem ser considerados pressupostos de existência ou de constituição válida da mediação. No que tange ao Código de Processo Civil deve-se acrescentar à concepção da mediação judicial os princípios da independência e da decisão informada.

²³ CPC/2015. Artigo 784, IV.

²⁴ CPC/2015. Artigo 515, II e III.

²⁵ Pode ser denominada mediação privada.

²⁶ Observa-se, contudo que, no caso da autocomposição em que seja parte a administração pública, de acordo com o artigo 32 e seguintes da Lei 13.140/2015, a definição de procedimentos específicos e distintos daqueles previstos na referida lei, depende de autorização legal.

[...] *pressupostos de existência* (ou mais adequadamente, *pressupostos de constituição válida*), que são os requisitos para que a relação processual se constitua validamente; [...] (THEODORO JR., 2019, p. 149)

A regra geral quanto a falta de pressuposto processual deve ser observada, ou seja, a declaração da nulidade dos procedimentos adotados durante a mediação.

5.1. Interpretação e aplicação dos princípios na mediação.

Há diferentes compreensões a respeito do que sejam os princípios, bem como sobre a sua aplicação no sistema de direito. Para os efeitos deste trabalho, será adotada a ideia expressa no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁷, a qual concebe os princípios como um meio de interpretação da norma a fim de que sejam supridas eventuais lacunas. Conquanto, em sentido estrito, os princípios não sejam normas, a elas se equiparam, na medida em que asseguram a sua aplicação em consonância com o sistema de direito, ou com seus fins últimos.²⁸

A imparcialidade do mediador é um princípio vinculado ao sentido substancial da justiça, ou seja, à sua qualidade como garantia e compromisso de que os aspectos personalíssimos quanto ao terceiro que intervém entre as partes em conflito, são neutralizados durante a sua atuação como mediador. Portanto, suas opiniões, seus conceitos ou preconceitos de ordem pessoal, suas preferências ideológicas serão afastadas no exercício da atividade da mediação. Entende-se que a imparcialidade não se relaciona com a isenção moral, nem com a imunidade ideológica. É fundamental entender que, o sentido moral e ideológico do mediador não pode interferir na sua atuação, sendo que se isto ocorrer, o procedimento está eivado de nulidade absoluta. Neste sentido, observa-se que o artigo 37 da Constituição de 1988, trata dos princípios da administração pública, dentre eles é expresso o princípio da impessoalidade. Por sua vez, o mediador foi equiparado ao servidor público²⁹. Assim, a interpretação mais consentânea com o sistema jurídico da mediação deve assegurar a imparcialidade combinada com a impessoalidade, como uma garantia substancial na realização do procedimento da mediação.

Quanto à isonomia entre as partes há um questionamento prévio e necessário: como o mediador deve abordar a assimetria entre as partes? Eventualmente há circunstâncias em que entre os sujeitos em conflito as disparidades quanto à posição econômica, social, questões culturais relacionadas a preconceitos estruturais como o machismo e o racismo podem interferir na compreensão a respeito da isonomia. Portanto, entende-se que a isonomia impõem um dever vinculado à igualdade material, ou proporcional entre as partes em conflito. Ou seja, o mediador deve atentar ao equilíbrio entre as partes. Sendo a mediação um procedimento baseado no sistema de comunicação e diálogo, o mediador deve cuidar da maneira como se expressa ao se dirigir às partes,

²⁷ LINDB- Lei 4.657/1942 com as alterações da Lei 12.376/2010. Art. 4º. Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁸ Pode ocorrer o questionamento a respeito de que os princípios gerais do direito não são os princípios específicos adotados para a mediação. Sim, contudo, o propósito da abordagem a respeito das concepções sobre os princípios, tem um caráter teórico-conceitual. Logo, se pretende determinar, um conceito possível, dentre outros, a respeito da delimitação da ideia sobre os princípios.

²⁹ Artigo 8º da Lei 13.140/2015.

assegurando que, independentemente, da assimetria entre elas, os envolvidos no procedimento tenham pleno acesso à informação e à oportunidade de se manifestar quanto a seus interesses.

O princípio da oralidade se vincula a ausência de atos escritos, como petições e requerimentos. O desenvolvimento da mediação ocorre fundamentalmente baseado na expressão oral, na manifestação dos interesses pelas partes por meio da linguagem falada. É interessante observar que ao se expressar oralmente as partes demonstram mais do que as palavras afirmam, é possível que manifestem suas emoções. A capacitação do mediador deve prepara-lo para lidar com essa complexidade relacionada com a oralidade. Ressalta-se que, a redução a termo escrito dos principais atos da mediação não descaracteriza esse princípio. Conquanto a oralidade e a informalidade tenha relação, seu sentido e conteúdo são distintos.

A promulgação da Lei 13.140/2015 suscitou uma questão: a mediação teria sido formalizada/procedimentalizada? Sendo positiva a resposta, a lei de mediação teria mitigado a autonomia da vontade das partes na mediação? As possíveis respostas a tais questionamentos, são determinantes para a compreensão do princípio da informalidade.

Segundo o princípio da informalidade, independentemente dos registros escritos estarem em consonância com determinadas formalidades, isto não prejudicará seus efeitos, desde que as finalidades e os princípios da mediação tenham sido alcançados. A eficiência da mediação está relacionada diretamente com o restabelecimento do diálogo entre as partes em conflitos e a especificação dos seus reais interesses. Sua eficácia se relaciona com a celebração de um termo de mediação, em que as partes expressem sua vontade quanto aos interesses em conflito, no sentido de resolverem tais problemas assumindo compromissos recíprocos, aceitando determinadas condições, em que sejam preservadas as relações e redimensionados os interesses. O alcance desses fins, deve ocorrer independentemente da utilização de formalidades. Observa-se, contudo que, há a necessidade de atender a determinadas regras que assegurem a plena compressão do termo final de mediação, bem como o conhecimentos a respeito dos principais atos praticados durante a mediação.³⁰

O inciso XXXV, do artigo 5º da CF/1988 trata do acesso à justiça como um direito fundamental, portanto, irrenunciável, indisponível e inalienável. Esse dispositivo constitucional não admite exceções, logo, a mediação deve ser interpretada como parte integrante dessa garantia. A partir dessa afirmação, o princípio da autonomia da vontade assume grande relevância, pois norteia as características dos conflitos que podem ser submetidos à mediação. De modo geral, os casos em que não seja possível às partes decidir sobre seus interesses a partir da autonomia da vontade privada, a mediação não será adequada. Dessa forma, os interesses disponíveis, que admitam a renúncia e a alienação podem ser mediados. O princípio da autonomia da vontade se refere à garantia que as partes tem quanto à escolha do método para a solução do conflito, e também em relação às questões de direito e de fato que podem ser resolvidas pela mediação.

Os estudos a respeito dos métodos de resolução de conflitos abrange dois sistemas diferentes e complementares, os métodos autocompositivos e os métodos heterocompositivos. A

³⁰ É importante preservar as condições para a revisão dos atos praticados na mediação, pois eventualmente haverá casos em que a regularidade do procedimento adotado poderá ser questionada judicialmente.

mediação integra o sistema autocompositivo de solução de conflitos. O princípio da busca do consenso demonstra essa característica que embasa a mediação. Independentemente do procedimento que seja utilizado³¹, da técnica aplicada para a realização da mediação, o objetivo a ser alcançado necessariamente será o consenso³². Naqueles casos em que a mediação não tenha possibilitado o consenso entre as partes em conflito é possível afirmar que o método não foi eficaz. Se esclarece que, a busca pelo consenso não implica a realização de um acordo entre as partes, mas o restabelecimento das condições para que elas entre si possam elaborar esse acordo conforme seus legítimos interesses, a qualquer tempo.

O princípio da confidencialidade é fundamental na mediação, sendo que tanto seus procedimentos, como as partes envolvidas e os conflitos em questão são amplamente abarcados pela confidencialidade. Assim, o dever de confidencialidade é exigido de todas as pessoas envolvidas na mediação, sejam elas as partes, seus advogados, os mediadores, assessores técnicos e outras pessoas que participem do procedimento de forma direta ou indireta. Observe-se que é proibido em processo judicial ou arbitral revelar informações obtidas na mediação.

As exceções admitidas à confidencialidade se referem à expressa manifestação das partes envolvidas na mediação no sentido de afasta-la, quando o cumprimento do acordo celebrado depender da revelação de algum aspecto da mediação, ou quando a lei determinar seu afastamento, como no caso em que a administração tributária solicitar informações após a lavratura do Termo Final da Mediação.

O princípio da boa-fé é aplicado ao sistema de direito em geral. O Código Civil de 2002, trata da boa-fé em seu artigo 113, 187 e 422,³³ estabelecendo que a honestidade, a dignidade, a reciprocidade são condições para que os negócios jurídicos produzam seus efeitos. No caso da mediação, entende-se que o legislador não fez referência expressa à boa-fé objetiva, ou subjetiva por se tratar de uma norma que compõem o sistema de justiça, assim se caracterizando pelo seu aspecto procedimental. Nesse sentido, o artigo 5º do CPC/2015³⁴ estabelece o dever de boa-fé àqueles que participam do processo.

Como a segurança jurídica é um dos primeiros fundamentos do Estado Democrático de Direito, é fácil concluir que o princípio da boa-fé objetiva não se confina ao direito privado. Ao contrário, expande-se por todo o direito, inclusive o direito público, em todos os seus desdobramentos. (THEODORO JR. 2019, p. 79)

A mediação deve ser realizada tendo em consideração que os envolvidos no procedimento se absterão da prática de atos desonestos, fraudulentos, que possam comprometer a livre manifestação

³¹ Pode-se aplicar a metodologia do 'Harvard Project Negotiation', a técnica das Práticas Colaborativas, o método da Constelação Sistêmica Familiar, ou outro.

³² Se entende que o consenso deve ser interpretado como o senso comum entre as partes a respeito dos interesses sobre os quais elas devem focar a fim de resolver o conflito. Assim, o consenso se relaciona com a compreensão pelas partes que devem deixar questões colaterais, secundárias, pretéritas e pessoais fora da mediação.

³³ CC/2002. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁴ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

da vontade da outra parte³⁵, que possa conturbar ou ofender os demais sujeitos, procrastinatórios, e quaisquer outros atos que possam dificultar o consenso e a autonomia da manifestação da vontade.

O artigo 166 do CPC/2015 trata de outros dois princípios da mediação, quais sejam, o princípio da independência e o princípio da decisão informada. No caso da decisão informada, entende-se que não se aplica à mediação privada, sendo restrito às hipóteses de mediação judicial, ou quando for o caso da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público previsto no artigo 32 e seguintes da Lei de mediação, ou, quando a mediação versar a respeito de interesse indisponível que admita transação, hipótese em que deve haver a homologação judicial do termo final de mediação.

Quanto ao princípio da independência, há compatibilidade sistêmica com a mediação judicial e com a mediação extrajudicial. Embora a Lei de mediação não tenha mencionado expressamente este princípio, ele é aplicável à mediação em geral.³⁶ Se observa que a independência tem um sentido amplo, sendo que a Resolução 125/2010 do CNJ, no anexo III, artigo 1º trata da independência e autonomia como fundamentos da mediação. Assim, na mediação todos os envolvidos no procedimento, e, sobretudo o mediador e as partes tem ampla liberdade, não podendo sofrer qualquer forma de influência ou pressão que possa desvirtuar a atuação do mediador ou a manifestação da vontade dos interessados.³⁷ Desse princípio decorre o dispositivo, segundo o qual, as partes podem deixar a mediação a qualquer momento, sem a necessidade de apresentar uma justificativa. Por outro lado, a função precípua do mediador é assegurar que as partes se mantenham na mediação buscando o consenso, tendo como regra o prazo de 60 dias para a conclusão, contados do início do procedimento.³⁸

O anexo III, da Resolução 125/2010 do CNJ, no artigo 1º, há referência a outros princípios, quais sejam, princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes e princípio do empoderamento e validação. Tais princípios integram a hermenêutica sistêmica da mediação, pois, a adequação da mediação está diretamente vinculada a autonomia da vontade, logo, à disponibilidade de direitos e a afirmação do interesse das partes, tendo como referência a sua própria manifestação. Nesse contexto é que devem ser interpretadas e aplicadas as normas a respeito da mediação, quanto aos seus princípios.

5.2. Outras questões sobre os procedimentos

³⁵ Artigos 138 a 165 do CC/2002. Defeitos dos negócios jurídicos: erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores.

³⁶ Resolução nº 125/2010 do CNJ. Anexo III, artigo 1º. São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

³⁷ *Ib idem*. Art. 1º, inciso V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

³⁸ Lei 13.140/2015. Artº 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Nos casos em que seja admitida a mediação, esta pode ser instituída de forma extrajudicial ou judicial, e nesta situação poderá ocorrer em qualquer fase do processo judicial, suspendendo seu andamento. Vale lembrar que a mediação também interrompe o prazo prescricional. A questão da suspensão do andamento do processo apresenta-se muito relevante porque é irrecorrível, uma vez requerida pelas partes, e também porque não impede a concessão de medidas de urgência, nos termos do artigo 300 e seguintes do CPC/2015.

Quanto ao procedimento adotado na mediação, a Lei 13.140/2015 estabelece algumas regras específicas para os casos extrajudiciais e para a mediação judicial. A mediação extrajudicial pode ocorrer independentemente da existência de um processo judicial ou arbitral, assim como pode ser instituída no decorrer desses processos, como mencionado anteriormente.

A mediação extrajudicial pode ser prevista em um contrato que contenha uma cláusula de mediação, neste caso a sua instituição será regulada pelo artigo 22 da Lei da Mediação, podendo ser prevista uma penalidade para a parte que convidada a comparecer à primeira reunião para a mediação permaneça inerte. Independentemente da aplicação de penalidade, a parte que tenha se comprometido contratualmente com a mediação e não compareça a reunião de instalação do procedimento, assume a responsabilidade por 50% (cinquenta por cento) das despesas com as custas e os honorários sucumbenciais. Esta responsabilidade será devida ainda que a parte resistente obtenha êxito em um processo arbitral ou judicial que envolva a mesma relação jurídica objeto do contrato que contenha a cláusula de mediação.

Caso a parte inerte venha a ser sucumbente no processo arbitral ou judicial, esta arcará com o pagamento de 100% (cem por cento) das despesas efetuadas com a instituição da mediação previamente prevista em contrato, e frustrada em virtude da sua inércia.

Ainda que não exista uma cláusula de mediação pode ser tentada a solução através deste meio, contudo neste caso, a parte interessada deverá convidar a outra parte envolvida no conflito, contudo sua ausência à primeira reunião não terá consequência em seu desfavor, assim como será considerado como rejeitado se no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento não for respondido. A Lei de mediação no artigo 21 prevê que será válida qualquer forma de comunicação do convite para a primeira reunião. Uma interpretação sistêmica possibilita afirmar que é necessário o registro do recebimento da comunicação, pois do contrário não será possível contar o prazo de 30 (trinta) dias. A forma mais barata e eficiente no Brasil atualmente de se emitir um comunicado através do qual se possa comprovar o recebimento é utilizando o serviço postal dos correios por meio da correspondência com o aviso de recebimento-AR.

É discutível se o convite para a primeira reunião na mediação pode ser realizado por meio digital, seja por email ou por whatsapp ou outro aplicativo similar a este. Quer nos parecer que se o convite obtiver uma confirmação de recebimento, ou seja, a parte que o recebe se manifeste sobre isso, estará registrada a data para a fluência do prazo. Do contrário, ainda que através de programas que registrem o recebimento de mensagens, ou ainda que o aplicativo para o telefone celular permita esse registro, a ausência da manifestação da parte convidada não poderá produzir qualquer efeito, devendo ser interpretado como se o convite não tivesse sido realizado. O telefone não deve ser

considerado como um meio eficiente porque não possibilita o registro do recebimento, sendo que a ressalva ocorrerá quando a parte convidada comparecer no prazo.

As partes conjuntamente ou em separado podem desistir da mediação, pois não há possibilidade de obrigar os interessados a continuar no procedimento da mediação já iniciada, é o que prevê o artigo 2º § 2º da Lei de Mediação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é um ramo do conhecimento humano vinculado às ciências sociais aplicadas, cuja ideia da regulamentação do ambiente social lhe é central. Esta regulamentação neste trabalho é tratada a partir de sua finalidade de controle dos riscos inerentes aos conflitos sociais. Portanto, a mediação é um método de solução dos conflitos muito importante porque pressupõe o restabelecimento do diálogo entre os sujeitos, possibilitando uma solução consensual. Nem sempre a intervenção estatal possibilita uma solução que pacifique o conflito. Mesmo quando é proferida uma sentença de mérito em tempo razoável, em inúmeros casos não restabelece entre as partes o sentido da resolução do conflito com justiça. O grande número de processos de execução pendentes no Poder Judiciário ilustra essa situação.

A experiência acumulada pela humanidade, sobretudo nos dois últimos Séculos, e os estudos realizados principalmente no Século XX permitem afirmar que o Estado consolidou sua inserção no ambiente social, sendo que o direito representa um de seus aspectos mais importantes. Há uma ampla regulamentação das condutas humanas pelo direito, sobretudo, nos países onde predomina o sistema da *civil law*. Nesse aspecto o paradoxo entre a crescente jurisdicionalização dos conflitos sociais e o baixo percentual de pessoas satisfeitas com o sistema de justiça pode estar relacionado com o sistema da *civil law* e com a concepção intervencionista do Estado nas relações sociais. Assim, quanto maior a interseção do direito na sociedade, maiores são os conflitos. Logo, a busca da resolução dos conflitos sociais pela intervenção do Poder Judiciário não se revela eficiente. Nesse contexto a mediação é muito significativa porque recoloca os sujeitos sociais diante da responsabilidade comum pelo conflito e por sua resolução.

Estudos sobre psicologia procedural, realizados no âmbito da justiça dos procedimentos demonstraram que sendo os sujeitos esclarecidos sobre os diferentes aspectos do conflito, e, tendo a oportunidade de se manifestar verbalmente durante o processo de justiça, haverá maior satisfação com o resultado. Nesses casos se verifica que as partes tem uma melhor percepção de que a solução foi mais justa (SPADONI, 2016, p. 40).

Assim, a sociedade brasileira está desenvolvendo mecanismos que viabilizem a mediação, sendo que o Conselho Nacional de Justiça- CNJ tem um papel preponderante para a implementação da mediação, sobretudo na esfera judicial.

As práticas da mediação extrajudicial já ocorriam em relações negociais caracterizadas pela tecnologia avançada, como no caso do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem-CBMA no Rio de Janeiro e da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP em São Paulo. Nesse sentido há um ambiente bem desenvolvido, uma vez que nem sempre há o interesse em causas de alta complexidade tecnológica e que envolvam relações jurídicas perenes em buscar uma solução

judicial, que além de morosa, é caracterizada pela publicidade e pela aplicação da Lei, em detrimento da equidade, da confidencialidade e da celeridade.

No caso da mediação judicial as experiências são bem sucedidas, mas suscita ainda muitas dúvidas decorrentes do modelo de regulamentação que foi adotada na Lei 13.140/2015 e no Código de Processo Civil.

Neste trabalho se procurou abordar alguns aspectos da Lei de Mediação em correlação com o Código de Processo Civil de 2015 e com a Constituição de 1988, tendo em vista a importância desse método de resolução de conflitos. Assim foi considerada a dimensão democrática de participação dos sujeitos da relação jurídica na construção consensual da solução dos conflitos que envolvam seus interesses.

Não foi objeto desse estudo a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, pois nesta esfera há uma seara imensa quanto ao interesse público e os princípios e garantias específicas da administração pública, exigindo um tratamento específico. Observa-se que com relação aos princípios que regem a mediação, entende-se que são aplicados na autocomposição aplicada no âmbito da administração pública, cabendo ponderações quanto ao princípio da confidencialidade.

Há um ambiente favorável para o desenvolvimento e a ampliação da mediação no Brasil e isso é muito bom, pois há razoáveis motivos jurídicos, econômicos, sociais, psicológicos que demonstram a potencialidade da política pública de consensualidade vinculada a mediação. Essa pesquisa analisou os principais aspectos dogmático-jurídico e sistêmico da mediação possibilitando afirmar que o adequado desenvolvimento dessa política pública está vinculada à máxima efetividade dos princípios da mediação e à mitigação dos aspectos procedimentalistas da legislação que regulamento a matéria, dessa forma a segurança jurídica poderá ser alcançada.

REFERÊNCIAS

CÓDIGO CIVIL DE 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. 20/03/2020.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art513. 26/03/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. 26/03/2020.

FISHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. Tradução de Raquel Agavinho. Ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

GABBAY. Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA. Condições, desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Vol. 1. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRERO, Luiz Fernando. **Os métodos de resolução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

LEI DE MEDIAÇÃO. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm_27/03/2020.

MACUSO, Rodolfo de Camarco. **Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPODIVM. 2018.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Editora brasiliense. 2014.

SPADONI, Lila. **Psicologia realmente aplicada ao Direito**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civil**. 3ª edição, rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINE, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. Vol. 1. 16ª Edição, reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. [et al] **Primeiros comentários ao Novo Código de processo Civil**. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Conceito atualizado de aceso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.