

Ricardo **GORETTI**

MEDIAÇÃO **e ACESSO** **à JUSTIÇA**

2ª edição
revista, atualizada
e ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



IV

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

No presente capítulo, serão delimitados os contornos das três principais medidas estatais instituídas com o manifesto propósito de efetivação da mediação como via de acesso à justiça no Brasil. Das medidas que serão consideradas, uma foi instituída no âmbito do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). As demais resultam do desenvolvimento de políticas públicas emanadas do Legislativo: o Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015).

Inicialmente, ênfase especial será conferida às diretrizes estabelecidas pela *Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça*, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*. Trata-se da principal política judiciária nacional já instituída com o objetivo de fomentar a difusão da prática da mediação, uma política paradigmática que serviu de inspiração para o desenvolvimento das duas medidas legislativas acima mencionadas, que também serão analisadas.

No âmbito legislativo, primeiramente, serão destacadas as disposições sobre a prática da mediação judicial, incorporadas de forma pioneira em um diploma processual nacional: a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que doravante será designada como *Código de Processo Civil*

Brasileiro. Em seguida, serão avaliadas as disposições relativas à prática da mediação judicial e extrajudicial estabelecidas pela primeira lei nacional de mediação, denominada *Marco Legal da Mediação*: Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição no âmbito da Administração Pública.

Considerando que este trabalho versa sobre Políticas Públicas de efetivação da mediação *pele Poder Judiciário*, necessário se faz o registro dos motivos pelos quais as duas medidas legislativas acima mencionadas também serão contempladas neste estudo. As disposições sobre a mediação, estabelecidas pelo legislador do Código de Processo Civil e do *Marco Legal da Mediação*, também serão analisadas por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, por incorporarem grande parte das disposições da *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*, instituída pelo CNJ por intermédio da Resolução nº 125/2010. Em segundo, em razão do impacto que as duas medidas legislativas necessariamente produzirão no âmbito do Poder Judiciário, em termos de difusão da prática da mediação judicial e extrajudicial.

Antes de adentrarmos na análise das legislações acima mencionadas, necessário se faz contextualizar o histórico do longo processo legislativo que culminou com a institucionalização da mediação no Brasil.

O texto da Resolução nº 125/2010, os artigos do CPC/2015 que versam sobre a mediação e os dispositivos da Lei nº 13.140/2015, podem ser consultados nos ANEXOS A, B e C deste trabalho.

4.1 HISTÓRICO DO PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Por *institucionalização da mediação*, entende-se a sistematização do instituto por meio de norma reguladora própria, de qualquer natureza (resolução, portaria, lei etc.), que formalize a sua prática no âmbito judicial e/ou extrajudicial, mediante suporte de órgãos estatais (no caso, o Conselho Nacional de Justiça e tribunais) encarregados da criação e execução de diretrizes que confirmam aplicação ao processo de criação e funcionamento de centros especializados na prática mediadora e de capacitação, atualização, inscrição, fiscalização, suspensão e exclusão

de mediadores, dentre outros necessários para a consecução de uma política pública nacional que objetive a difusão da mediação como via de facilitação do acesso à justiça no Brasil.

Os motivos pelos quais presenciamos um processo de institucionalização da mediação, vinculando-a ao Poder Judiciário (os porquês de se institucionalizar), assim foram resumidos por Daniela Monteiro Gabbay (2013, p. 63-64):

- i. Porque o Judiciário é repositório de conflitos, ou seja, um lugar onde se encontram e para onde confluem os conflitos, devendo-se abrir uma porta e válvula de escape aos meios autocompositivos dentro dele.
- ii. Para viabilizar uma nova forma de acesso à justiça, através dos meios autocompositivos, entendida não apenas como acesso formal ao Judiciário.
- iii. Para reduzir a morosidade do Judiciário, atuando os meios alternativos como remédios para a crise do Judiciário.
- iv. Para processar novos conflitos (litigiosidade contida ou reprimida), uma vez que a mediação seria uma nova porta e daria visibilidade a parcela dos conflitos antes ofuscadas pela demanda judicial.
- v. Para incentivar a utilização da mediação, a fim de que ela conte com a confiança das partes em relação ao Judiciário, em sua legitimidade, além do estabelecimento de regras sobre seu funcionamento e destinação de recursos orçamentários aos programas/setores de mediação e conciliação.
- vi. Para que um papel pedagógico possa ser exercido diante dos juízes, das partes e dos advogados quanto à escolha de técnica compositiva mais adequada a cada conflito, reconhecendo-se os limites do Judiciário para processar e resolver todos os litígios e a necessidade de mudança da mentalidade do litigante.
- vii. Para que um papel fiscalizatório possa ser exercido pelo Judiciário, quer quanto ao procedimento, quer quanto aos acordos obtidos e que possam ser objeto de homologação judicial.

Aos motivos acima transcritos acrescentamos aquele que particularmente consideramos o mais importante: *oferecer ao jurisdicionado um meio adequado de prevenção e resolução de conflitos inseridos no contexto de*

relações continuadas. Por *gestão adequada de conflitos*, conforme já anunciado no Capítulo II deste trabalho, entende-se a atividade sequenciada de cognição, condução e resolução de situações conflituosas, promovida mediante o emprego dos métodos e técnicas que melhor atendam às particularidades do caso concreto. Trata-se, pois, de um exercício de prudência, assim compreendida “[...] a virtude que nos faz escolher os meios mais seguros e menos onerosos de alcançarmos nossos fins”, [orientando-nos a agir de modo a atingir os resultados mais úteis, assim compreendidos aqueles que proporcionem] o máximo de vantagens e o mínimo de inconvenientes” (PERELMAN, 2005, p. 156).

Para efeito de desenvolvimento deste trabalho, *políticas públicas* são consideradas como o conjunto de metas coletivas, processos ou instrumentos estatais garantidores e de efetivação de direitos fundamentais. Elas “[...] representam a coordenação dos meios colocados à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (LIBERATI, 2013, p. 89). Em sentido material, podem assim ser concebidas como o conjunto de “[...] ações, programas, princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e universal, que orientam a atuação do Poder Público em uma determinada área” (LIBERATI, 2013, p. 178). Políticas públicas representam, desse modo, o conjunto de processos ou instrumentos estatais garantidores de efetivação de direitos fundamentais.

Superada a delimitação de sentidos das expressões *institucionalização da mediação* e *política pública*, passamos à análise do histórico que culminou com a normatização e sistematização da mediação no Brasil.

A primeira proposta de *institucionalização da mediação* como método de prevenção e solução consensual de conflitos foi formulada por intermédio do Projeto de Lei nº 4.827, de autoria da deputada federal Zulaiê Cobra Ribeiro, de São Paulo.

Tal proposição legislativa tinha como foco a instituição e a disciplina da mediação judicial e extrajudicial, aplicável a toda matéria passível de conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para os fins que constam na Lei civil ou penal. Se aprovada fosse, permitiria o exercício da função de mediador por qualquer pessoa capaz que tivesse formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

Constituído por apenas sete artigos, o Projeto de Lei nº 4.827/1998 pecou pela superficialidade quanto à fixação de critérios de regulamentação dos procedimentos do processo de mediação, assim como pela quase total omissão no que tange à delimitação de diretrizes básicas de formação, capacitação, seleção e controle das atividades dos mediadores.

As únicas exigências que se fizeram expressas no Projeto de Lei nº 4.827/98 foram: *i*) a capacidade jurídica, a formação técnica ou a experiência adequada à natureza do conflito, embora não tenham sido esses dois requisitos objetivamente fixados; *ii*) a reunião dos atributos imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo; *iii*) a observância, pelos mediadores judiciais, das normas que regulamentam a responsabilidade e a remuneração dos peritos, apesar de serem essas funções absolutamente distintas.

O Projeto de Lei nº 4.827/1998 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados no dia 30 de outubro de 2002 e enviado ao Senado Federal, lá recebendo o nº 94/2002.

No ano de 2003, ocasião na qual já tramitava na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Projeto de Lei nº 4.827/1998 foi harmonizado a outra proposta de instituição e disciplina da mediação paraprocessual, elaborada em 1999 pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em parceria com a Escola Nacional da Magistratura.

Foi a partir da referida fusão que, no ano de 2004, chegou-se à versão consensual de um Novo Projeto de Lei, que posteriormente foi encaminhado ao relator do Projeto no Senado Federal, o senador Pedro Simon. Mais completo que os dois que lhe deram origem, o texto de consenso combinava algumas normas e princípios fundamentais do Projeto de Lei nº 4.827, de 1998 (fato que possibilitou o aproveitamento dos trâmites legislativos por este já percorridos na Câmara dos Deputados) com diversas outras disposições técnicas mais detalhadas, incorporadas pela proposta apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola Nacional da Magistratura.

Na condição de Casa Revisora, no dia 11 de junho de 2006, o Senado Federal aprovou o texto substitutivo ao Projeto de Lei nº 94/2002 (Projeto de Lei nº 4.827/1998 na Casa de Origem), com algumas emendas ao projeto original.

O texto substitutivo foi remetido à Casa Iniciadora no dia 13 de julho de 2006, por meio do Ofício nº 1312 do Senado. Na Câmara dos Deputados, foi designado relator o deputado José Eduardo Martins Cardoso, que apresentou parecer pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e no mérito, pela aprovação do Substitutivo do Senado.

Estruturado em 47 artigos distribuídos em seis Capítulos, o Projeto de Lei nº 94/2002 visava a instituir e disciplina da mediação paraprocessual (prévia e incidental) como mecanismo complementar de prevenção e de solução de conflitos de natureza cível. Após um longo período de debates legislativos, o Projeto de Lei nº 94/2002 foi arquivado.

Merecedor de registro é também o compromisso com o fortalecimento da mediação e da conciliação como forma de fortalecimento da gestão autocompositiva de conflitos, firmado no *II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*, assinado pelos três Poderes em 13 de abril de 2009.

As discussões legislativas sobre a institucionalização da mediação no Brasil foram retomadas no ano de 2009, com a convocação de uma comissão de juristas responsável pela apresentação de um anteprojeto de Código de Processo Civil. O resultado dos trabalhos da comissão presidida pelo até então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, foi convertido no Projeto de Lei nº 166/2010. Após tramitar na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.046/2010, o referido projeto foi remetido ao Senado, onde recebeu um novo Substitutivo.

A sanção presidencial do texto do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) se deu no mês de março de 2015. O referido Diploma Processual, doravante referenciado sob a sigla CPC/2015, inova ao regulamentar a prática da mediação e da conciliação no âmbito do Poder Judiciário.

Uma análise das disposições do CPC/2015 sobre os mediadores e conciliadores judiciais (arts. 165 a 175) e a audiência de mediação e conciliação (art. 334) evidenciam uma forte influência das diretrizes estabelecidas pelo CNJ, por intermédio da Resolução nº 125/2010.

A Resolução inspiradora instituiu uma *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*, tendente a promover a difusão da mediação e da conciliação como vias alternativas ao processo judicial.

Concomitantemente aos debates legislativos sobre a institucionalização da mediação no CPC/2015, o Congresso Nacional também atuou no sentido da criação da primeira lei nacional de mediação: o *Marco Legal da Mediação* (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), que institucionaliza a mediação no âmbito do Poder Judiciário (tal como a Resolução nº 125/2010 do CNJ e o Código de Processo Civil Brasileiro), regulamentando, ainda, a prática do instituto no plano extrajudicial.

O *Marco Legal da Mediação* surgiu a partir de uma proposição legislativa (o Projeto de Lei nº 517/2011) de iniciativa do senador Ricardo Ferraço, do Espírito Santo.

No ano de 2013, duas Comissões foram criadas com o propósito de estabelecer marcos regulatórios para a mediação no Brasil: *i*) uma Comissão do Senado, presidida pelo ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, constituída com o propósito de alterar a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), mas também incorporando disposições sobre a prática da mediação extrajudicial; e *ii*) outra do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça, presidida pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi e Marco Buzzi e pelo secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Croce Caetano, formada para tratar da mediação judicial e privada. As proposições emanadas das referidas Comissões (os Projetos de Lei do Senado nº 434/2013 e nº 405/2013, respectivamente) foram apresentadas e aglutinadas ao Projeto de Lei nº 517/2011, originando o Projeto de Lei nº 7.169/2014 (Substitutivo da Câmara dos Deputados), que redundou no *Marco Legal da Mediação* (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015).

O Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº 13.140/2015 foram igualmente inspirados nas diretrizes da *Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos no âmbito do Poder Judiciário*. Tramitaram simultaneamente, foram publicados em um curto intervalo de tempo e entrarão em vigor em datas muito próximas.¹ Mas, ainda assim, possuem algumas diferenças substanciais em aspectos relevantes, por exemplo: na disposição dos princípios informadores da mediação e na definição dos requisitos exigidos para o exercício da função de mediador judicial.

1 O Código de Processo Civil foi publicado no dia 17 de março de 2015 e entrará em vigor no mês de março de 2016. Já a Lei nº 13.140/2015 (*Marco Legal da Mediação*) foi publicada em 29 de junho de 2015, passando a vigorar em dezembro de 2015.

Tais contradições devem ser superadas à luz da Lei de Introdução do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), que estabelece:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Por força da *vacatio legis* de um ano, o Código de Processo Civil Brasileiro entrará em vigor em março de 2016: três meses após o *Marco Legal da Mediação*. As disposições discrepantes devem ser compatibilizadas com os preceitos da legislação especial (Lei nº 13.140/2015), tendo o CPC/2015 aplicação supletiva no que tange à regulamentação das práticas de mediação. No mesmo sentido, posicionou-se Fernanda Tartuce (2015b, p. 268-269):

É essencial verificar o critério da especialidade; afinal, ante um conflito ele deverá prevalecer sobre o critério cronológico por força do princípio constitucional da isonomia (que enseja a necessidade de prover tratamento peculiar a situações diferenciadas) [...]. E como fica o Novo CPC nesse cenário? Segundo seu art. 1.046, § 2º, ‘permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código? Sendo a Lei de Mediação uma norma especial, pode-se afirmar que ela regula um procedimento? Sim: embora reconheça ser a informalidade um dos princípios inerentes a tal meio consensual, a lei traz um detalhamento consistente sobre a sequência dos atos a ser observada na mediação – referindo-se, por exemplo, à necessidade de advertência sobre confidencialidade logo no início do procedimento. Pode-se concluir, portanto, que o Novo CPC deve ter reconhecida sua aplicação supletiva no que tange às regras de mediação judicial.

Na sequência do presente estudo serão particularmente analisadas as disposições relativas à mediação, respectivamente estabelecidas: *i)*

na Resolução nº 125/2010 do CNJ; *ii*) no Código de Processo Civil Brasileiro; *iii*) no *Marco Legal da Mediação*.

4.2 RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A principal política pública nacional já colocada em prática pelo Poder Judiciário com o objetivo de conferir maior projeção e sistematização às práticas de mediação no País emanou do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

A Resolução institui uma *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*, tendente a promover a difusão da mediação e da conciliação como vias alternativas ao processo judicial. O texto da referida Resolução pode ser consultado no ANEXO A deste trabalho.

Passados dez anos de publicação da referida Resolução, ainda são grandes as expectativas quanto aos efeitos dessa medida, criada sob a designação de *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*.

Os pressupostos balizadores da Política, assim como as diretrizes por ela estabelecidas, serão analisados na sequência, considerando a recente atualização promovida pela Resolução nº 326, de 26 de junho de 2020, que ispoê sobre alterações formais nos textos das resoluções do Conselho Nacional de Justiça.

4.2.1 Os pressupostos balizadores da *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*

Os pressupostos balizadores da *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*, instituída por intermédio da Resolução nº 125/2010, foram anunciados pelo Conselho Nacional de Justiça nos termos das considerações a seguir transcritas:

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário

rio, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução

alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000.

Em linhas gerais, as considerações do CNJ convergem para a busca da *efetivação do acesso integral à justiça*, na medida em que são concebidas a partir de pressupostos carregados de pretensões incontestavelmente democratizantes.

Uma análise atenta e particularizada das considerações balizadoras da Política nos leva a identificar, com clareza, a dimensão de cada pressuposto motivador do referido Plano, bem como os objetivos visados com a sua instituição.

Em primeiro lugar, ao considerar “[...] a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”, o CNJ (2010) declara ser necessário o desenvolvimento de *ações continuadas que visem à qualificação das práticas autocompositivas no Brasil*. Reconhece, assim, a importância da tomada de medidas de fomento ao uso técnico (ou não intuitivo) e adequado (uma referência à correlação de adequação do método às particularidades do caso concreto) dos mecanismos consensuais de prevenção e resolução de conflitos.

Em segundo lugar, ao considerar “[...] que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países têm reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”, o CNJ (2010) se apoia em experiências internacionais exitosas para reconhecer a contribuição que as referidas práticas autocompositivas podem prestar em termos de *redução do volume de demandas judicializadas no Brasil*.

Em terceiro lugar, ao considerar “[...] ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais”, o CNJ (2010) reconhece: *i*) que *as práticas autocompositivas experimentadas pelo Judiciário brasileiro merecem ser sistematizadas e aprimoradas*; bem como *ii*) que *os métodos alternativos de gestão autocompositiva de conflitos não são fomentados com propósitos*