



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS: MEDIAÇÃO DE PAZ
VIA MEIOS ELETRÔNICOS

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Alessandra Balestieri

Orientador: Professor Doutor Ruben Bahamonde

Número da candidata: 20151938

Dezembro de 2018

Lisboa

Aos meus pais, Pedro Balestieri e Eliane Helena M. Balestieri, ao meu irmão, Marcus Vinicius Balestieri, pelo amor incondicional, incentivo, apoio em todas as minhas decisões e, principalmente, por entenderem meus momentos de ausência familiar para dedicação aos estudos.

À minha tia, Irmã Gertrudes Balestieri, por me ajudar a ter discernimento e sabedoria.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Nossa Senhora das Graças e ao Divino Espírito Santo por me acolherem.

A Jesus, por sempre estar comigo no barco da minha vida, pois com Você nada temerei.

Ao meu orientador Professor Doutor Ruben Bahamonde, pelos seus conhecimentos, perspicácia e objetividade que me ajudaram e iluminaram meu amadurecimento acadêmico.

Ao meu coorientador, Doutor João Paulo Rendeiro Chumbinho, por me receber em seu gabinete para longas conversas, que ampliaram meus conhecimentos e vivência.

Aos professores do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, que fizeram meu horizonte se tornar infinito.

Ao meu querido amigo Augusto Alves Moreira Júnior, por seu infinito carinho e paciência.

Ao meu mininuuuu do sorriso bonito, por enxergar a flor que existe em mim e não medir esforços em cultivá-la.

À querida amiga Gisele Leite, por nossas conversas e debates sobre Adequadas de Conflitos.

Ao Ministro Luis Felipe Salomão, por nossas trocas, conversas e seus ensinamentos.

Aos meus amigos da Turma 10, T-10, do Mestrado e Doutorado, da Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, que compartilharam comigo cada etapa, cada desespero com os prazos, lágrimas e, principalmente, inúmeros vinhos e sorrisos. A vocês, meus amigos de Lisboa, desejo todo o melhor que Deus possa lhes dar. Vocês fizeram e fazem a diferença na minha vida desde 2016. Amo todos vocês!

Ao Senador Edison Lobão, por sua gentileza e confiança nos meus questionamentos e sonhos, tornando-os Projetos de Lei no Senado Federal Brasileiro.

A querida professora Patrícia Cardoso, por não medir esforços para me orientar, ensinar, estimular e etc.

RESUMO

A mediação como método adequado de resolução de conflitos ultrapassa o adjetivo de alternativo e se impõe com eficácia na Justiça contemporânea. A mediação mitiga conflitos de interesse, aproxima litigantes e preserva os vínculos existentes entre aqueles que estão em conflito. Quando realizada pelas tecnologias de informação e comunicação, além de reduzir custos, propicia ambiente favorável ao diálogo, criando vínculo de confiança além dos horizontes. Toda a trajetória evolutiva foi consagrada no CPC brasileiro de 2015, reconhecendo o mediador como auxiliar da Justiça e disseminador da cultura da paz. Tais medidas devem ser incorporadas e aplicadas em Portugal e em todos os países.

Palavras-chave: Mediação. TICs. Jurisdição. Justiça contemporânea. Conflito de Interesses.

ABSTRACT

Mediation as an adequate method of conflict resolution goes beyond the adjective of alternative and efficacy for contemporary justice. Mediation mitigates conflicts of interest, brings litigants closer together, and preserves the bonds between the parties. When performed by information and communication technologies, in addition to reducing cost, mediation provides an environment conducive to dialogue, creating a link of trust beyond horizons. The whole evolutionary trajectory was consecrated in the 2015 Brazilian CPC, recognizing the mediator as an auxiliary of justice, disseminator of the culture of the peace. Such measures should be incorporated and applied in Portugal and in all countries.

Keywords: Mediation. ICTs. Jurisdiction. Contemporary justice. Conflict of interests.

SUMÁRIO

1	ASPECTOS DOUTRINÁRIOS	6
2	DA NEGOCIAÇÃO À MEDIAÇÃO	23
3	POLÊMICAS SOBRE MEDIAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	36
4	FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO	59
5	REFLEXÕES FINAIS SOBRE MEDIAÇÃO EM FACE DO CPC/2015.....	74
5.1	A experiência alienígena de mediação	84
5.2	Mediação nos Estados Unidos da América (EUA).....	90
5.3	Mediação na França	95
5.4	Abrangência da Mediação	100
	CONCLUSÃO.....	115
	REFERÊNCIAS	123

O trabalho inicia-se em traçar os aspectos doutrinários da mediação, abordando tanto a doutrina brasileira como a estrangeira. Apesar de o tema ser, no Brasil, ainda pouco explorado e pesquisado, não obstante a adoção pelo vigente Código Processual Civil de 2015.

A exploração doutrinária não olvidou de apontar contemporâneas tendências jurisprudenciais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Num segundo momento, esmiuçou-se as técnicas de negociação e sua gradativa evolução para a mediação, principalmente, enfocando as ferramentas da mediação, com ênfase nos métodos, procedimentos e valores da mediação.

Ênfase principal do presente trabalho acadêmico se dirige à mediação por meios eletrônicos, daí, com a disseminação poderosa do aplicativo do *WhatsApp*, dedicou-se um capítulo para os aspectos jurídicos da mediação por esse aplicativo. Sem contudo, deixar de abordar outras tecnologias como por exemplo *Skype*, *FaceTime* e, outras plataformas que garantam a confidencialidade e eficácia da mediação na solução dos conflitos de interesses principalmente entre as partes que continuam seus vínculos de convivência.

Como é relevante observar e captar o que há de melhor na prática alienígena da mediação, passei a abordar a mediação nos EUA, em França e Alemanha. Inclusive abordando a polêmica sobre a não distinção feita por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros no tocante a mediação e conciliação. Também procurou-se enfatizar a prática da mediação em diversas áreas jurídicas tais como as cíveis, de família, de direito das sucessões, direito empresarial, e mesmo em face do Direito Administrativo.

De qualquer forma, a construção do diálogo entre os envolvidos, mesmo quando não resultante em acordo, traz sinceros benefícios para todo o trâmite processual, particularmente, no que tange à fase instrutória e, por conseguinte, para a fase decisória.

Em linhas de conclusão final, a mediação se apresenta como uma firme consolidação da justiça restaurativa e da efetividade da cidadania brasileira posto que atenda a duração razoável do processo além de fortalecer o direito constitucional de acesso à justiça.

1 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

A identificação da mediação dentro do contexto evolutivo normativo e doutrinário traz a reflexão sobre a prevalência da negociação sobre o julgamento, o ponto da mediabilidade dos conflitos, a possível formação de acordo e ainda o tradicional contrato de transação.

Em verdade, o conceito jurídico de mediação foi sendo recebido e disciplinado sucessivamente no sistema jurídico português até resultar na lei que o estruturou no direito positivo desse país, a Lei nº 29, de 29 de abril de 2013.

Primeiramente, é relevante destacar que as diferenças de interesses é o principal foco a ser mediado estando ligado à integridade e equilíbrio do ser humano, que é estudado por vários saberes das ciências humanas.

Refrente às relações humanas dentro do contexto plural, seja países, sociedades ou empresas, uns definem o conflito como uma situação de concorrência, ou disputa, em que os envolvidos estão conscientes da incompatibilidade das posições em potenciais futuros ou não, e com o que cada uma delas deseja ocupar de uma forma uma posição incompatível com os desejos da outra.

Porém, há doutrinadores que ampliam tal conceito e afirmam ser a luta pelo poder que se manifesta na procura ampla das possibilidades; o conflito pode se revelar de duas formas, a saber, o conflito manifesto, aberto ou explícito ou o conflito oculto, que é implícito, oculto ou negado, e que é importante que seja conhecido e analisado para que se identifique o conflito real.

Importante lembrar que Freud¹ mostrou a relevância do sentido da negação na origem psicológica da função intelectual do juízo, já que, ao negar algo, de fato, o sujeito está a afirmar se tratar de uma relação de sentido que preferiria reprimir.

¹ “A negação é um tema fundamental na Filosofia, desde seus primórdios, com os pré-socráticos Parmênides de Eléia (c. 530-460 a.C.) e Heráclito. Contrariando Heráclito, que usava a imagem de um rio para sustentar que é possível uma coisa ser e não ser, Parmênides dizia: ‘Ou totalmente é necessário ser ou não’. Essa idéia tornou-se regra quando Aristóteles observou que ‘nunca se deve asseverar que o mesmo é e não é’ (ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 6, p.12). É com Aristóteles, portanto, que esse aforismo se transforma em um dos princípios da lógica. Este princípio é conhecido como princípio de contradição (também chamado de princípio de não-contradição), e diz o seguinte: ‘algo não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser o caso’. Os outros dois princípios são o princípio de identidade (A é A) e o princípio do terceiro excluído (p ou não-p)” (D’AGORD, Marta – A negação lógica e a lógica do sujeito. *Ágora* [Em linha]. 9:2 (2006), p. 241-242. [Consult. 23 Set. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n2/a06v9n2.pdf>>).

E tal função fora estabelecida após experiência da percepção/satisfação, e, para Freud, isso não ocorre como um processo passivo. Dessa forma, os julgamentos são construídos durante o processo de constituição subjetivamente, originariamente orientado pelo princípio do prazer, que regular a inclusão ou não de algo no ego, e também pelas experiências de recalque.

Enfim, a função do juízo só será possível com a constituição do símbolo da negação e mediante certa independência das consequências do recalque e das exigências do princípio do prazer.

Assim, Freud, ao associar o símbolo da negação ao jogo das moções pulsionais primárias, desconstruiu toda a racionalidade cartesiana do pensamento e, igualmente, a afirmação de uma verdade inquestionável baseada nos parâmetros da lógica clássica.

Portanto, a cada conflito de interesses há bem mais que mera incompatibilidade de futuras posições potenciais. Ademais, o ser humano é indivíduo complexo, sendo ele próprio sujeito de conflitos interpessoais, por vezes motivados por causas ocultas que existem por detrás do conflito explícito e por muitas circunstâncias que formam o contexto da mediação.

Além disso, no mesmo indivíduo há o confronto e a disputa entre querer, dever, ser e procurar ser aceito, trançada num emaranho de paradoxos, contradições sobre o que realmente pretende e que ainda encontra o deficit de comunicação e, até mesmo, uma errônea perspectiva do seu real interesse; afinal, a sua perene busca de equilíbrio, neste contexto, produz uma angústia enorme, além de significar a perda do equilíbrio e a distância aguda do que considera felicidade.

Conclui-se, assim, que tais posturas contraditórias e incompatíveis aparecem, sem sombra de dúvidas sem solução, pelo menos à primeira vista. Nesse contexto vem a mediação atuar positivamente no sentido de auxiliar que os sujeitos enxerguem as perspectivas do conflito sobre diversos ângulos e ressalta tanto os lados positivos como ainda a equacionar possíveis soluções, o que leva a diminuir a angústia e o sentimento de eventual perda que já havia se instalado.

Têm sido criadas condições adequadas para promover a cooperação que facilitará as chances de resolução da questão.

Destaque-se que na mediação, ainda é estritamente confidencial, íntima, e é propulsora de um melhor relacionamento por trazer equilíbrio emocional, a menor custo e, possivelmente, em tempo razoável aos interesses das partes, como um resultado que seja satisfatório para essas partes; é o caso, por exemplo, do contexto familiar, em questões como divórcio, separação, divergências de entendimento sobre as responsabilidades entre parentes e ainda outros conflitos familiares.

Será também aplicável nas questões de direito ambiental, quando se torna conveniente que o diálogo seja restaurado com as entidades públicas e associações, acompanhada de uma política pública de maior conscientização social da importância do meio ambiente hígido. É também aplicável em questões trabalhistas, de âmbito penal e empresarial de mercado de capitais.

De fato, a mediação se apresenta como procedimento estruturado aos envolvidos no conflito, que procuram alcançar voluntariamente assistidas por um mediador (que é um terceiro neutro e qualificado, que não expressa formalmente opinião sobre as possíveis soluções) e que propicia o alinhamento de um acordo solucionando o conflito de interesses.

As partes envolvidas são convidadas a dialogar e se esforçam ativamente para encontrar e customizar a solução que melhor lhes atenda. Em Portugal, até meados de abril de 2013, conforme expressa Bruna Noga, a noção mais ampla de mediação estava positivada na Lei dos Julgados de Paz, *in litteris*:

“A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”.

Mas, atualmente, a Lei de Mediação portuguesa, a Lei 29/13, traz a noção de mediação e é mais sintética, uma vez que as características e o regime se distribuem pelas normas da lei, mas correspondem e conduzem ao mesmo fim.

Trouxe a Lei da Mediação portuguesa um carácter vinculativo geral, sendo entendida como nova forma de solução adequada de litígios, em que entidades públicas ou privadas podem se beneficiar de forma extrajudicial e pré-processual, através da qual as partes em litígio, independentemente de quantas partes passivas ou ativas, podem voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um profissional em resolução de problemas, o mediador.

Como referência histórica da Lei dos Julgados de Paz decorre da primeira experiência lusitana ocorrida em 1993, através da criação do Instituto Português de Mediação Familiar, equipado por um grupo multidisciplinar de magistrados, juristas, psicólogos e terapeutas, que, juntamente com o Centro de Estudos Judiciários, organizam o primeiro curso para formar profissionais em mediação familiar (1994/1995), introduzindo-se, assim, em Portugal, os princípios da mediação familiar.

Em 1997, nova parceria surge e dá azo à criação da mediação familiar, quando o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados criam o Gabinete de Mediação Familiar, a funcionar a título experimental em Lisboa, com a garantia de extrajudicialidade, voluntariedade, gratuidade, flexibilidade, confidencialidade e celeridade.

Inicialmente, abrangia os conflitos familiares existentes entre progenitores com filhos menores em decorrência de divórcio ou separação, concretizando sua ação, visando à regulação do exercício do poder paternal, à alteração de regulação do exercício do poder parental e aos incumprimentos do regime exercício do poder paternal para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa.

Há nítida intenção de proteção da família e dos interesses da criança, conforme positivou a Lei 133/99 e depois com a Lei 166/99, a chamada Lei Tutelar Educativa, que vem prever explicitamente a possibilidade do uso da mediação.

Noutra seara, o DL 486/99 aprovou e regulou os mecanismos de mediação de litígios no Código de Valores Imobiliários, onde os investidores e as entidades intervenientes nos mercados de valores imobiliários poderão realizar mediações, solucionando, assim, seus conflitos de forma mais célere e eficaz.

Embora ainda exista alguma aplicabilidade no ambiente dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, no âmbito da Organização Tutelar de Menores, e até no contexto do Mercado de Valores Mobiliários, a mediação só veio a ser desenvolvida com o ressurgimento e a dinamização dos julgados de paz, em 2001, quando então passou ganhar maior expressão.

A Lei 78/2001 regulou a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos que se inserem em sua competência, e prevê o instituto de mediação como fase processual no seu âmbito e mesmo além dele.

A referida lei veio a ser alterada pela Lei 54/2013 e, mais tarde, adaptou o regime à Lei da Mediação, Lei 29/2013. Através do Protocolo de 05 de maio de 2006 celebrou-se entre o Ministério da Justiça português e as várias Confederações a elaboração do sistema de Mediação laboral (SML), que faculta aos trabalhadores e aos empregadores o recurso à mediação laboral para a resolução dos seus conflitos.

Sendo de opção voluntária e por decisão conjunta ou, então, o juiz, conforme prevê o CPC português, nos termos positivados e desde que nenhuma das partes não se oponha, pode submeter o conflito à sessão de mediação.

Mais tarde, em 2007, visando consolidar o procedimento, ao direito de família, foi criado o Sistema de Mediação Familiar (SMF), que funciona igualmente em todo Portugal, sendo competente para mediar os litígios no âmbito das relações de natureza familiar, nomeadamente nas seguintes matérias: regulação, alteração e incumprimento do regime do exercício do poder paternal, divórcio, separação de pessoas e bens, conversão de separação em divórcio, reconciliação de cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos provisórios ou definitivos, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge, autorização do uso de apelidos do ex-cônjuge, ou da casa de morada de família.

No mesmo ano, em 2007, surgiu em Portugal o Sistema de Mediação Penal, pela Lei 21/2007, e restou definida a competência de quais crimes poderiam ser mediados, tais como ofensas à integridade física simples ou por negligência, ameaça, injúria, difamação, violação de domicílio, perturbação de vida privada, furto, abuso de confiança, dano, alteração de marcos, burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, usura e outros delitos.

A referida lei pressupõe ainda a existência de processo-crime, a depender de acusação particular ou crimes contra pessoas ou o patrimônio cujo procedimento penal dependa de queixa-crime, na qual o tipo de crime preveja pena de prisão até cinco anos ou pena de multa; que o ofendido tenha idade igual ou superior a dezasseis anos; que não estejam em causa os crimes contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual e que a forma de processo em causa não seja a forma de processo sumário ou a forma de processo sumaríssimo.

A mediação já reconhecida ganhou maior expressão, vista como habilidade técnica para resolver conflitos de interesses. E o aparecimento de sistemas públicos de

sessão de mediação em áreas específicas, como vimos acima, e até no contexto de acesso ao direito e aos tribunais trouxe ainda maior expressão à mediação.

Observa-se que rapidamente começaram a ser exigidos maiores conhecimentos técnicos específicos para atualização constante do procedimento da mediação, seja nos julgados de paz, seja nos sistemas públicos de mediação; daí o múltiplo aparecimento de cursos de formação de mediadores, que ajudam a desenvolver, apurar e certificar a referida técnica da mediação

Do ano 2008 em diante, em Portugal, além do reconhecimento da utilidade do procedimento de mediação no domínio dos serviços públicos essenciais e até para o fim de venda de bens de consumo, é dada a mediação com maior visibilidade, ao ser incluída em diplomas legais de grande difusão, tal como é o Código Civil e Código de Processo Civil lusitanos; nesse sentido, ainda reforça a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

Também em 2008, a Lei nº 61 alterou o Código Civil lusitano e introduziu a mediação como forma adequada de solução de litígios. Em 2009, a Lei nº 7 e, atualmente, a Lei 29/2016, o Código do Trabalho português, veio expressamente prever a chance de conciliação que pode ser transformada em mediação.

Nesse mesmo ano de 2008, o progressivo reconhecimento das vantagens da mediação refletiu no Parlamento Europeu e no Conselho da União Europeia, que aprovaram a Directiva 2008/52/CE relativamente aos aspectos sobre mediar em matéria civil e empresarial.

A referida Directiva Europeia veio traduzir o enaltecimento das características de mediar na promoção efetiva da resolução de conflitos, também como forma de assegurar melhor forma de se ter justiça, como parte da política da União Europeia² para estabelecer um espaço de liberdade, segurança e de justiça.

Através da Lei 29/2009, conhecida vulgarmente por Lei do Inventário, que regula o regime jurídico do processo de inventário, Portugal entendeu, não sem inúmeras

² A mediação na União Europeia é fomentada pela Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 21.05.2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Seu objetivo, no entanto, não é uniformizar as regras concernentes à mediação, mas somente em sua aplicação aos conflitos de direito internacional privado. A política da Comissão Europeia para promoção de métodos alternativos que resultou na Diretiva foi lançada em outubro de 1999, na reunião de Tampere, e consubstanciada na publicação do Livro Verde em 19.04.2002, que resultou, além de na referida Diretiva, no Código Deontológico Europeu dos Mediadores (*European Code of Conduct for Mediators*).

críticas, que deveria dar o cumprimento ao artigo 12 da Directiva 2008/52/CE aprovada pelo Parlamento Europeu bem como para ordem jurídica portuguesa.

O instituto da mediação foi amplamente incluído no CPC português, de implicações decorrentes de não opção pela resolução alternativa de litígios na esfera de eventual penalização em termos de custas de parte, conforme prevê o artigo 447-D, que hoje se mantém no CPC Português de 2013, nos incisos 4 e 5 do seu artigo 533.

Diante dos normativos incluídos no CPC português, tem-se a impressão de que vige certa incompletude, pois o fato de mediar foi elevado à dignidade como figura considerada em diploma legal, mas nenhum desses diplomas nos fornecia uma noção de mediação; somente a Lei dos Julgados de Paz, do ano de 2001 em diante, que oferecia mais minuciosa definição de mediação, fazendo clara escolha pela mediação como facilitadora e sublinhando seu papel primordial: as partes, ativa e passiva, participarão voluntária e diretamente do procedimento de mediação, sendo auxiliadas, na sessão, por um profissional neutro, o mediador, a chegarem à solução do litígio, de forma amigável e resolutiva, ponderada para todos, chamado Ganha-Ganha.

Mediar é o meio pelo qual as partes, por elas mesmas, de livre e espontânea vontade, esforçada e empenhadamente, procuram alcançar um acordo, pacificando o seu conflito. Cogita, por este modelo, a doutrina anglo-saxônica³ em *empowerment*, empoderamento. Percebe-se que os sujeitos estão organizados na equação, e não o mediador.

Centra-se a definição, em grande parte, no controle da situação pelas partes.

Segundo Juan Carlos Vezzulla, *in verbis*:

“Da impossibilidade de separar as pessoas dos problemas que as confrontam, surge a organização judicial atual, onde é tão impossível os oponentes falarem do problema sem brigar, que precisam de um juiz para os manter separados e que imporá uma sentença à qual devem submeter-se, pela incapacidade de negociarem entre eles a melhor solução. Por outro lado, a cultura de confundir o problema com a pessoa criou a finalidade de ganhar, tal como numa guerra, com base na destruição do inimigo.

³ Registe-se que no Reino Unido, há a incorporação da mediação na estrutura de diversos departamentos governamentais, órgãos públicos e autoridades administrativas, cabendo frisar que o caso Cowls em que ficou assentado que a revisão judicial dos atos administrativos deve ser admitida apenas quando procedimentos alternativos não estão disponíveis. Já na China, é bastante comum a adoção de mediação para a resolução de disputas com a administração, podendo-se citar como marco o caso Jiangyin, primeira causa ambiental na China que foi resolvida por mediação.

O conceito de que se “ele ganha eu perco”, e vice-versa, impede a possibilidade da negociação directa, pois o interesse de um de ficar com tudo, deixa sempre o outro numa situação de perda total.”⁴

Na teia complexa composta por elevadíssima pressão existente no conflito, o mediador é, na maioria das vezes, um facilitador, visto que visa a criar ou ao menos restabelecer um nível de comunicação que permita às partes dialogar entre si, encontrando, estas próprias, a solução que considerarem adequada para pacificar o seu diferendo.

A modalidade de mediação acolhida pelo sistema jurídico português é mais interventiva, apesar de não raro, tanto a conciliação quanto a mediação, estarem bem próximas, tal como ocorre no sistema norte-americano. Até porque na concepção anglo-saxônica⁵, o ato de mediar é encarado como fundamentalmente um procedimento de negociação assistida e, por conseguinte, um plano de negociação por parte daquele que realiza a mediação.

A neutralidade desta implica sim em atividade, ativismo, cabendo-lhe o papel ativo, tendo vista o alcance de soluções. Nessa dimensão apontam Wilde e Gaibrois quando lecionam, *in verbis*: “o mediador trabalha no sentido de desenvolver todas as opções possíveis para solucionar o conflito, buscando acordos criativos para resolver o problema existente”⁶.

Então, a diferença tradicional identificada entre mediador e conciliador, segundo a qual aquele que tenta que as partes obtenham por si próprias, e só por si próprias, uma solução para a desavença que as opõe, ao passo que competiria a este papel mais ativo, chegando mesmo a propor soluções para ultrapassar a contenda.

⁴ VEZZULLA, Juan Carlos – **Meios Alternativos de Resolução de Litígios**. Conferência. Ministério da Justiça. Direcção Geral da Administração Extrajudicial e Fundação Calouste Gulbenkian, Coimbra: Almedina, 2001, p. 37.

⁵ A Inglaterra possui três casos clássicos de mediação na área de Direito Público: *Cowl versus Plymouth City Council*; *Royal Bank of Canada versus S.S for Defence*; e *Anufrijeva versus London Borough of Southwark*. No primeiro caso, ficou estabelecido que o ato administrativo atacado não será objeto de controle judicial enquanto não forem explorados métodos alternativos de resolução de disputas pelas partes (mediação administrativa). No segundo caso, questiona-se até que ponto pode o agente público ser responsabilizado por maus acordos e se, ao recusar-se a mediar, pode a administração ser condenada em custas, mesmo quando amparada pela lei. No caso *Anufrijeva*, aborda-se a questão da fixação do *quantum* indenizatório por mediação ou por intermédio do Ombudsman do governo local, quando é reconhecida infração a direitos humanos por ação ou omissão da administração pública.

⁶ WILDE, Zulema D.; GAIBROIS, Luís M. – **O que é a mediação?** Lisboa: Agora Publicações, 2003, p. 64-65.

É nesse contexto que se compreendem as palavras de Richard Posner, Juiz-Presidente do *US Court of Appeals of the Seventh Circuit* e Professor da *University of Chicago Law School*, que interveio como mediador em 1999 no processo *EUA versus Microsoft Corp.* Confidenciou que uma das razões pela qual fora convidado para exercer o papel de mediador no caso Microsoft é que, enquanto juiz, partia-se do pressuposto que teria uma maior percepção dos possíveis resultados judiciais no processo do que as partes e os respectivos advogados⁷.

⁷ No Brasil, não basta apenas seguir e cumprir as exigências do Enunciado 125 do CNJ; o profissional advogado também deve se atentar aos Enunciados do FONAMEC (Fórum Nacional de Mediação e Conciliação) e, ainda, ao Código de Ética dos Advogados, especificamente no tocante à captação de clientela e à concorrência desleal por parte dos profissionais da área. A atuação de advogados nos CEJUSCs (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) não possuem incompatibilidade que os impeça de atuar como conciliador ou mediador. Porém, o profissional estará impedido de advogar para as partes que atendeu como conciliador e mediador e nas varas nas quais tenha atuado em mesma posição.

É cediço o entendimento do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB em sua primeira Turma de Ética Profissional do TED, que explicou que, com esses impedimentos, previne-se a prática da captação de causas e clientes e a concorrência desleal, conforme a íntegra *in verbis*: “ADVOGADOS CONCILIADORES E MEDIADORES NOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA – INCOMPATIBILIDADE E IMPEDIMENTO – INEXISTÊNCIA DA PRIMEIRA E EXISTÊNCIA DA SEGUNDA – IMPEDIMENTO PARA ATUAR COMO ADVOGADO PARA AS PARTES QUE ATENDEU COMO MEDIADOR E CONCILIADOR E NA VARA COM A QUAL COLABOROU NAQUELA CONDIÇÃO, SOB PENA DE CONFIGURAR CAPTAÇÃO DE CLIENTELA E CONCORRÊNCIA DESLEAL – NECESSIDADE DE SUJEIÇÃO À CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDADE – INEXISTÊNCIA, EM TESE, DE VIOLAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA E NOBREZA DA PROFISSÃO. Não se tratando de cargo ou função pública, mas de múnus especial, em colaboração com a tarefa de distribuição da justiça, não cria incompatibilidade, para seus colaboradores, com o exercício da advocacia, nos termos do que preceituam os artigos 28 e 30 do EOAB, c. C artigo 8º e §§ do Regulamento Geral. Existem Atividade que comunga os limites éticos que correspondem a impedimentos e sujeições. Motivos de impedimento e suspeição atribuídos aos juízes e serventuários da justiça (arts 134 e ss. do CPC). Compromisso de imparcialidade, neutralidade e isenção, independência, competência e diligência e, acima de tudo, o compromisso de confidencialidade. Impedimento de atuar ou envolver-se com as partes e questões conhecidas em decorrência de sua atuação no setor como, também, perante a Vara onde funcionou como conciliador. Previne-se, com isto, a prática da captação de causas e clientes e a concorrência desleal conforme precedentes deste Tribunal: E-1.696/98, E-2.172/00, E-2.383/01, E-3.049/04, E-3.056/04, E-3.074/04, E-3153/05 e E-3.276/06. Proc. E-4.155/2012 - v. U., em 20/09/2012, do parecer e ementa da Rel. Dra. MARY GRUN - Rev. Dr. ZANON DE PAULA BARROS - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA. [...] Proc. E-4.525/2015 - v. U., em 18/06/2015, do parecer e ementa do Rel. Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI - Rev. Dra. CÉLIA MARIA NICOLAU RODRIGUES - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.”

Afora isto, conforme o Enunciado 47 do FONAMEC, de 22 de outubro de 2015, Desembargador José Roberto Neves Amorim, Presidente do FONAMEC, os advogados que atuarem como conciliadores e mediadores nos CEJUSCs não estarão impedidos de exercerem a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções, isso ocorre pelo fato de os CEJUSCs estarem vinculados ao seu juiz-coordenador dos CEJUSCs, portanto são Setores diversos dos outros juízos. Vejamos a íntegra do Enunciado: “ENUNCIADO nº 47 – A atividade jurisdicional *stricto sensu* volta-se à solução dos litígios dentro do processo, pela manifestação da vontade estatal, apreciando o mérito da ação. Os CEJUSCs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal sem caráter de jurisdição *stricto sensu*. Nos

Atualmente é aceito, pelo menos nos EUA, que o mediador possa realizar propostas de acordo e, frequentemente, o convite é dirigido aos juízes reformados ou mesmo em atividade para servirem de mediadores em diversos processos, pois é reconhecida, sobretudo pelas partes, que a experiência desses juízes, enquanto decisores de ações similares, constitui uma valia fundamental.

Realmente, a principal relevância da mediação para as partes reside também na ajuda que poderá prestar para a escolha de uma melhor solução estratégica para a lide, decorrente de uma análise custo-benefício.

Evidencia-se, assim, que a intervenção de juízes como mediadores em nada aflige as garantias das partes no contexto da mediação, designadamente a confidencialidade, porquanto, conclui-se na lei norte-americana, esse juiz nunca será aquele a quem poderá ser atribuído o processo.

Frisa-se o protagonismo do mediador se situa precisamente no fato de não ser o dono do processo, apesar de estar tecnicamente preparado para conduzir a mediação, fazendo a desejável ponte entre as partes, contribuindo para a positiva construção do diálogo entre os interessados, o que lhe requer elevada flexibilidade conforme o tipo de conflito de interesses que encarar.

Portanto, sua principal habilidade é descobrir os reais interesses das entidades em confronto, separando apropriadamente os interesses e as posições.

O mediador é, portanto, uma nova entidade para os conflitantes no contexto da discórdia, sendo isento e desapaixonado, cujo contributo se concentra não no íntimo da discórdia, mas em manter os medianos à comunicação e diálogo, centradas no seu objetivo: se possível, um entendimento convicto, maduro e duradouro, quanto ao problema real que tanto as divide.

Resulta daí também outra evidência, a saber: que a mediação é utilíssima nos casos concretos onde os medianos compreendem e desejam uma solução que preserve, e até melhore, seu relacionamento vigente e futuro.

termos do artigo 7º, inciso IV, da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a atividade da conciliação e da mediação é concentrada nos CEJUSCs. Por isso, estando o conciliador ou o mediador subordinado ao Juiz Coordenador dos CEJUSCs, não há qualquer vinculação do conciliador ou mediador operante nos CEJUSCs ao juízo do processo, razão porque não se aplica aos advogados atuantes nas comarcas em que há CEJUSCS instalados o impedimento do artigo 167, § 5º, do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)”.

A propósito, Lisa Parkinson, em sua obra *Mediação Familiar*⁸, afirma que o mediador, especialmente em mediação familiar, precisa ser tão flexível que tem de desempenhar papéis múltiplos, como catalisador, gestor, árbitro, facilitador, intérprete, informador, ponte para novas estruturas familiares, ensaiador da realidade, orquestrador, sintetizador, malabarista, ao ponto de alguém já tê-lo comparado com um “embusteiro folclórico”.

Positivamente, a essencial tarefa do mediador no procedimento da mediação consiste em obter a nítida separação entre os interesses e as posições, posto que as negociações devem ser iniciadas com base nos primeiros, deixando momentaneamente de lado as segundas, afinal os interesses constituem tudo o que a parte deseja obter ou impedir que aconteça.

Tecnicamente, em direito processual, é usual afirmar que, por força do princípio que o aduz, o interesse é a medida da ação. As posições das partes, por sua vez, são as trincheiras erguidas pelos litigantes para sobreviver ao conflito de interesses. E, embora seja até possível negociar levando em conta posições, essa estratégia revela-se perigosa para o êxito da missão, não sendo, portanto, recomendável.

O Ato desempenhado pelo mediador consiste, assim, em utilizar as técnicas de escuta, compreensão da linguagem não verbal, interrogação, negociação e criação de oportunidades, ajudando os conflitantes a conseguir a sua própria solução. O mediador procura, portanto, estabelecer uma facilitação, tendo em mente que o conflito possui um ciclo de evolução. O mediador intervém como agente catalisador, é a sua capacidade especial que, atuando sobre as partes, as ajuda a resolver o conflito.

Mas resulta de procedimento de longo prazo, o que implica necessariamente que as partes sejam colocadas em pé de igualdade, de forma confidencial e cordata, e decidam conjuntamente em função de interesses recíprocos.

A definição de mediação assenta-se em duas premissas básicas, a saber: quando os conflitantes tenham o domínio do processo quanto ao seu conteúdo, chegando a um acordo, que é resultante de seu esforço pessoal, intimamente assumido para atingir a solução; e, em decorrência da premissa anterior, de que a mediação opera no nível dos interesses das partes, e não ao nível da aplicação da normatividade estrita. Desvia-se, assim, da jurisdição contenciosa e, mesmo, de aplicar o direito ao caso concreto, pois

⁸ PARKINSON, Lisa – **Mediação Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

não se limita apenas de verificar se os fatos essenciais à boa decisão da causa estão presentes, trazidos a juízo e obtidos por provas encaixando na hipótese normativa suscetível de regular a demanda.

Não é esse o campo de atuação da mediação, nem tampouco o seu objetivo. A mediação dá inegável preferência à paz social e à economia processual; sendo assim, o objetivo é resolver o problema, restabelecendo a paz entre os litigantes e a paz social.

Tal objetivo sobrepõe-se plenamente à questão do direito, portanto não implica em saber a quem assiste razão, mas antes procura solver os problemas subjacentes ao aparecimento do litígio. Confirma-se, como método de resolução de conflitos assente nos interesses, e não propriamente nos direitos, que é necessário e importante compreender os interesses, deixando de lado, se necessário, as imposições egoístas.

É habitual usar a imagem metafórica do *iceberg* para representar o litígio, pois as posições estão na ponta visível dele e os interesses estão na base, submersos. Num conflito, as pessoas extremam as suas posições, deixando submersos os seus verdadeiros interesses e necessidades.

A mediação não se restringe ao objeto do processo, determinado pelas pretensões, mas vai além, ao âmago do verdadeiro conflito. Dirige-se à base, porque somente a composição dos interesses credenciará a duração do acordo e a manutenção do entendimento entre os litigantes. O resultado da mediação é, portanto, de vitória compartilhada por ambas as partes, de ganha-ganha, nunca havendo propriamente um vencedor e um vencido.

Fundamentalmente, o papel do mediador é de abrir e manter abertos os canais de comunicação entre as partes mediadas, ajustando-as para ultrapassar as angústias e medos que as fizeram desfocar da raiz do problema para a litigiosidade pessoalizada, de forma que os litigantes, por si mesmos, descubram e identifiquem a verdadeira questão ou os interesses em confronto ou em jogo e, conjuntamente, chegam a uma solução verdadeiramente comprometida.

A condução do processo é o mesmo do mediador, mas o conteúdo do litígio pertence às partes, de sorte que não cabe e nem lhe é permitido ao mediador negociar ou aconselhar qualquer das partes ou, até mesmo, ambas, sendo-lhe proibido impor qualquer solução.

Em verdade, de acordo com amplitude do litígio com que venha a lidar, é inevitável existir flexibilidade para sua atuação, pois não será possível definir com exatidão matemática o que é um mediador. E talvez a licença poética seja o melhor signo a indicar-lhe, como Drummond, “tinha uma pedra no meio do caminho / no meio do caminho tinha uma pedra”.

Em doutrina, refere-se ao mediador como terceiro imparcial⁹; igual adjetivo também é dado ao juiz, no âmbito do direito processual civil, mas sendo um facilitador, um agente da comunicação e diálogo e um condutor da criatividade das partes na busca da solução do litígio.

Em Portugal, registre-se que a mediação é de natureza facultativa, o que se alinha adequadamente com a vertente facilitadora do sistema jurídico lusitano, que desejou privilegiar e já vem a acolher como prática, mesmo antes da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.05.2008, com relação à apresentação da mediação em sua amplitude, principalmente em matéria civil e comercial.

É fato que a referida Directiva não impôs qualquer regime para a integração da mediação, seguindo a via facultativa.

E esclareceu Juan Carlos Vezzulla, *in litteris*:

“[...] o mediador não é um juiz, porque não impõe um veredicto, [...] também não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados finais. Para o mediador, o relevante é que os mediados descubram seus verdadeiros interesses e consigam manter um mínimo de relacionamento para falarem e dialogarem sobre estes.

Dependerá dos participantes a conclusão da mediação por um acordo ou não. Também não é um árbitro que emite um parecer ou uma decisão [...]. Em resumo, Vezzulla nos esclarece que o mediador é um terceiro neutral, pois conduz sem decidir. É neutral em tudo quanto dele se espera, em termos de intervenção da decisão.”¹⁰

⁹ No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 19.06.2018, decidiu, por unanimidade, durante a 274ª Sessão Plenária, não ser possível que servidores públicos do poder Judiciário atuem como mediadores extrajudiciais. De acordo com o voto, seguido pelos demais conselheiros do CNJ, embora a Lei 13.140/2016 e o Código de Processo Civil não estabeleçam vedação expressa à atuação de servidor público do Judiciário em atividade particular de mediação, o Código cuidou de evitar a influência de interesse particular na atuação pública ao vedar que advogados trabalhem como conciliadores e mediadores judiciais no juízo em que advogam.

¹⁰ VEZZULLA, Juan Carlos – **Meios Alternativos de Resolução de Litígios**. Conferência. Ministério da Justiça. Direcção Geral da Administração Extrajudicial e Fundação Calouste Gulbenkian, Coimbra: Almedina, 2001, p. 83 et seq.

As opiniões se dividem ao cogitar sobre o possível caráter obrigatório¹¹ da mediação com a natureza intrinsecamente dependente da disposição da própria parte para ser mediada. Para que haja êxito da mediação e, enfim, seja alcançado um acordo, é sobremaneira relevante, senão mesmo imprescindível, que a parte se sinta fortemente envolvida, que acredite na utilidade do meio, que se empenhe nele convictamente.

Tal será por princípio conatural à mediação quando esta é facultativa, mas poderá já não o ser quando é imposta.

Há quem entenda, tal como Paula Costa e Silva¹², que a mediação de caráter obrigatório igualmente resulta de persuasão ou indução; quando existem, são uma fatalidade transitória, meras etapas num procedimento de descoberta, pelo cidadão, que o conflito se resolve pelo diálogo, a abertura e a cedência, de forma que o caráter obrigatório não parece ser, assim, a autêntica vocação ou destino da mediação.

Importante ainda sublinhar que a adoção da mediação obrigatória seria compatível com a reserva do direito de acesso à justiça, consagrado também na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A experiência que se conhece do sistema germânico¹³, em que se adota a regra da mediação obrigatória, funda-se em razões pragmáticas, a fim de prover maior

¹¹ Conforme a tendência em se tornar obrigatória a mediação, a Comissão de Juristas responsáveis pelo CPC de 2015 sugeriu a obrigatoriedade da audiência de conciliação no início das demandas apenas na primeira audiência pública; sugeriu, também, a mediação obrigatória nos escritórios de advocacia para evitar mais uma audiência a cargo do juiz e que poderá travancar ainda mais a pauta. Outra convergência entre o direito internacional e o CPC de 2015 brasileiro é a questão da confidencialidade.

¹² SILVA, Paula Costa e – **A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

¹³ O primeiro incentivo à mediação na Alemanha surgiu no ambiente acadêmico, na faculdade de Direito de Ludwig-Maximilians-Universität, em Munique, em 1995, quando foram realizados *Workshops* de Gerenciamento de Negociação (*Workshop zum Verhandlungsmanagement*) e, conjuntamente com a Westfälische-Wilhelms-Universität, de Münster, foram criados os primeiros Centros de Negociação e Mediação (*Centrum für Verhandlungen und Mediation – CVM*), em 01.01.2000. Foi no Estado da Baixa Saxônia, em setembro de 2002, que o primeiro projeto piloto para utilização da mediação foi implementado, cujo exemplo, conhecido como Göttinger Modell, foi seguido por outros Estados, como a Baviera, que implementou o famoso *Modellprojekt des Güterrichters*, com base na analogia ao § 278 do CPC (*Zivilprozessordnung – ZPO*) e na convicção de que a mediação processual seria um tipo especial de audiência de conciliação. O modelo determinava que a audiência de mediação fosse processada diante de um juiz incompetente para o julgamento da causa, o *Mediationsrichter* (juiz de mediação), em contraposição com o *Streitrichter* (juiz de litígio). O modelo de Göttinger apresentava algumas especificidades. As audiências deveriam durar no máximo duas horas, tempo insuficiente para que fosse realizado um trabalho de análise do interesse das partes, de proposta de possíveis soluções e de transformação do relacionamento interpessoal. Segundo crítica de Martin Probst ao Modelo, “os juízes mediadores e conciliadores não estão usando a mediação como arte, mas como uma aplicação pragmática e cotidiana da mediação”.

promoção da paz social e ainda o controle dos custos da justiça tradicional para encarar como um pressuposto processual do exercício do direito de ação.

A mediação é tida como meio eficaz de reduzir o número de processos nos tribunais, o que ajudará a mitigação de uso dos recursos necessários para bom desempenho da função jurisdicional. Portanto, no sistema germânico, a mediação assume claramente a qualidade de pré-processual de cunho obrigatório e, como tal, como pressuposto processual, se não for concretizada, constituirá vício processual que impede o prosseguimento da ação enquanto a mediação não for realizada.

Suspensa a instância, dentro da lógica do princípio subjacente (o da transparência e pacificação social), haverá que remeter às partes para a mediação e, afinal, sanar o vício; esse mesmo regime vem aceitar a valorização do mérito sobre a forma.

Acontece, portanto, que, na prática jurisdicional alemã presente nos Estados onde se impõem a mediação obrigatória previamente à instauração da ação judicial, já existente a jurisprudência que entendeu que, não tendo sido cumprida tal condição prévia, também não será possível saná-la, reconduzindo a mediação na pendência da própria ação. Portanto, a instância terá de extinguir-se.

Ao estudar exaustivamente esta decisão do BGH, de 23/11/2004, conclui-se que o que relevou no entendimento fixado de manter a decisão de extinção da instância por ausência do pressuposto processual foi, conforme afirmação expressa do tribunal de recurso, que “o que está em causa, no novo pressuposto, é a descompressão dos tribunais”.

Donde concluiu Paula Costa e Silva¹⁴ que, ao decidir como decidiu, o tribunal quis “modelar condutas”, quis prosseguir o objetivo estratégico e pedagógico de fazer as partes entenderem que a mediação pré-processual é mesmo obrigatória e que o desfecho da sua falta será mesmo a extinção da instância.

Conclui, portanto, que, no sistema alemão¹⁵, o objetivo da mediação prévia é tão só o de afastar a litigiosidade potencial dos tribunais e nem tanto as apregoadas razões

¹⁴ SILVA, Paula Costa e – **A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias**.

¹⁵ Entrou em vigor na Alemanha, no dia 26.07.2012, a Lei de Mediação. O projeto de Lei estava em tramitação desde a aprovação, pelo Ministério da Justiça, em 20.08.2008, de diretrizes para a implementação da Diretiva 2008/52/CE no direito interno. O parecer do Ministério da Justiça sobre as diretrizes políticas a serem seguidas na Alemanha, no que se refere à mediação, determinou, conforme

de transparência e pacificação social: se assim fora, não haveria razão para não admitir o procedimento de mediação “qualquer que fosse o tempo processual em que ocorresse”.

Constata-se que é uma tomada de posição surpreendente e contrária a quase todos os princípios antes expostos e que traduz motivação diversa e unicamente comprometida com objetivo de libertar os tribunais da litigância massiva¹⁶.

Enfim, parece subverter o propósito para o impulso natural da resolução autônoma de conflitos, pois a composição autônoma possui sempre índole positiva e suscetível. O que certamente desmotivará os litigantes que buscam, através do entendimento, compor a lide, oferecendo uma solução boa para ambas as partes.

Na Alemanha, traduz-se *Alternative Dispute Resolutions* pela expressão *Alternativen Streitbeilegung*. *Streit*, segundo o dicionário *Langenscheidt*¹⁷, significa *conflito, briga, disputa, litígio, desavença, contenda*, termo muito utilizado no âmbito jurisdicional, para, por exemplo, definir as partes processuais (*Streitparteien*), dotado, portanto, de conotação litigiosa.

Por esse motivo, na nova Lei de Mediação é utilizado o termo *Konfliktbeilegung*, adotando a palavra *conflito*. *Beilegung*, por sua vez, significa *apaziguamento, conciliação*. O vocábulo *Alternativen*, ou *alternativo*, por fim, contrapõe-se ao método tradicional de solução de controvérsias, o jurisdicional.

aponta Klaus Hopt: “a) a preferência à adoção de regras uniformes para a mediação nacional e internacional, limitadas no momento ao direito civil e econômico, a serem regulamentadas no Código de Processo Civil; b) a superação das exigências mínimas de regulamentação da Diretiva, numerando os principais pontos, sem, no entanto, entrar em muitos detalhes, para a preservação dos princípios da autonomia privada e da autoridade das partes; c) a regulamentação da mediação processual, da mediação ‘quase processual’, e indiretamente da mediação extraprocessual; e, d) a atenção para que não haja na Lei, e principalmente no Código de Processo Civil, exigências e eventuais regulamentações da profissão que impliquem em limitações e barreiras desnecessárias ao emprego da mediação” (HOPT, Klaus J. – Mediation – Eine Einführung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 74:4 (2010), p. 729).

¹⁶ Em julho de 2010, a Ministra alemã da Justiça, *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, declarou que a Lei de Mediação deveria promover os métodos extrajudiciais de solução de conflitos por meio de um trabalho em conjunto com os Estados. A maioria das justiças estaduais já havia tomado iniciativas de adoção da mediação, mas a lei proposta pelo Ministério da Justiça teria o condão de uniformizar a aplicação em todo o território alemão. A proposta de Lei (*Referentenentwurf*) foi apresentada como Projeto (*Gesetzentwurf*) em 18.12.2010. Foi mantido seu conteúdo principal, mas algumas modificações foram feitas: (a) a inclusão do termo *procedimento estruturado* e a previsão da participação de mais de um mediador, no parágrafo que define a mediação; (b) a inclusão da alínea I ao § 2.º, determinando que “as partes escolhem o mediador”; (c) a previsão de que terceiros só podem ser incluídos na mediação com o consentimento de todas as partes; (d) necessidade de consentimento de todas as partes para realização de *caucus*; (e) inclusão da previsão de que as partes podem terminar a mediação a qualquer tempo; (f) expansão do dever de sigilo para “qualquer parte envolvida na mediação”.

¹⁷ LANGENSCHIEDT – *Euro-Wörterbuch Portugiesisch*. München: Langenscheidt, 2009, s.v. *streit*.

Cogita-se também de *adäquate Streitbeilegung* como forma de esclarecer que os ADR são muitas vezes não somente um método alternativo, mas também o método mais adequado para a solução de determinados conflitos.

A Lei de Mediação alemã, por sua vez, é definida, em seu primeiro parágrafo, como um “procedimento estruturado e confidencial, no qual as partes, com a ajuda de um ou mais mediadores, voluntariamente e de modo autônomo, buscam uma solução amigável de seus conflitos”, definindo como mediador “uma pessoa independente e neutra, sem poder decisório, que guia as partes através mediação”¹⁸.

Também se questiona se é constitucionalmente admissível que o legislador alemão vem impor aos seus cidadãos, como condição prévia e obrigatória ao acesso ao direito de ação, o recurso à mediação prévia.

Não há uma resposta linear, até porque prevalece entendimento de que o direito inalienável de acesso à Justiça é salvaguardado constitucionalmente em cada ordem jurídica e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que torna incompatível o existir de certas limitações e, quiçá, constrangimentos.

Acredita-se que são toleráveis e admissíveis tais limitações desde que não prejudiquem substancialmente o exercício de acesso à justiça e ainda existam fundamentadas razões para sejam implementadas, o que parece não ser o caso da previsão da legislação alemã.

¹⁸ Observa-se que a referida definição, porém, não distingue mediação e conciliação, sendo mais adequada a definição de Klaus Hopt e Felix Steffek, para quem a mediação é um procedimento baseado na voluntariedade das partes, por meio do qual um mediador sem poder decisório promove a comunicação entre as partes sistematicamente com o objetivo de que uma das partes autonomamente possibilite a solução de seu conflito. A mediação difere da formalidade do processo judicial, pela mentalidade de pretensão jurídica dominante no processo, também pela flexibilidade do procedimento, marcado pela autonomia privada, e pelo fato de que todos os aspectos do conflito – independentemente de sua relevância jurídica – podem ser objeto do acordo (HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (Eds.) – **Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2013).

2 DA NEGOCIAÇÃO À MEDIAÇÃO

A palavra *negociação* frequentemente evoca imagens negativas e pejorativas. Pois, de um lado, pode recobrir à memória as transações comerciais que tanto se caracterizam pelo paradigma “eu ganho, você perde”; e, de outro lado, evoca o confronto entre nações, países ou organizações sociais e políticas.

Nem sempre a imagem que se extrai de um negociador é a das mais positivas. Tal entendimento fora reforçado pela maioria da leitura didática na área, que sugeria pejorativas táticas, tal como vencer o oponente pelo cansaço ou até fazê-lo investir mais recursos do que a outra parte, com a finalidade intencional de não deixar um “caminho de volta”.

Academicamente a perspectiva sobre a negociação, atualmente, é a de compartilhamento de ganhos ou perdas, sem atitudes oportunistas que possam prejudicar, a longo prazo, o relacionamento entre as partes envolvidas na negociação.

Entretanto, tais visões foram construídas ao longo do tempo e os tipos de comportamentos que devem ser estimulados para que sejam construídos relacionamentos duradouros, que levem a novas negociações e que mantenham (ou aperfeiçoem) o contato e a convivência entre as partes envolvidas.

A negociação é uma constante e existe dentro de toda atividade gerencial. Mesmo quanto às funções administrativas, a negociação se faz pontualmente presente desde a elaboração da estratégia até a final implementação de práticas operacionais para que a participação, cooperação, iniciativa e criatividade surjam.

Em verdade, até a década de oitenta, a negociação era encarada como uma habilidade inata do ser humano, conforme ressaltou Kozicki¹⁹, ou ainda uma habilidade derivada da experiência prática, despertando pouco interesse acadêmico. Porém, sob o impacto de mudanças ocorridas na competitividade a partir da década de oitenta, a negociação passou a receber maior atenção, sendo amplamente discutida tanto no contexto empresarial como também no acadêmico.

Com a globalização, deu-se uma majoração substancial de transações comerciais entre os países, o que exigiu das empresas maior capacidade de negociação, a fim de sobreviver em um mercado caracterizado pela concorrência mundial. Afora isso,

¹⁹ KOZICKI, Stephen – **The Creative Negotiator**. New Delhi: McGraw-Hill, 1999.

o excesso de oferta de numerosos produtos e serviços também contribuiu para que os clientes se tornassem mais exigentes, conduzindo as empresas ao desenvolvimento de novas técnicas de negociação em vendas e fidelização de clientes e mercados.

Adiante analisaremos as diferentes definições sobre negociação que surgiram num processo evolutivo conceitual; levando em conta como as partes se comportam para alcançar seus objetivos, é possível identificar a retrospectiva histórica nessas definições.

Vejamos, *in litteris*:

“Cohen (1980) definiu a negociação como o uso da informação e do poder com o fim de influenciar o comportamento dentro de uma “rede de tensão”; Fisher e Ury (1985) enxergam a negociação como um processo de comunicação bilateral, com o fito de se chegar a uma decisão conjunta; Acuff (1993) a negociação é o processo de comunicação com o objetivo de atingir um acordo satisfatório sobre diferentes ideias e necessidades; Steele, Murphy e Russil (1995) definem a negociação como o processo em que as partes se movem de suas posições iniciais divergentes até um ponto no qual o acordo pode ser obtido; e Bazerman e Neale (1998): negociação é tomar as melhores decisões de forma racional, com a finalidade de maximizar os interesses de ambas as partes.”

Atente-se que os conceitos apresentados por Cohen, e Bazerman e Neale são opostos e refletem o seu tempo, como a negociação era interpretada na década de 1980 e no final da década de 1990.

Inicialmente, a ideia de negociação estava atrelada à capacidade do negociador de conseguir “extrair vantagem” e maximizar os interesses individuais. De certa maneira, existia postura competitiva entre os negociadores, fundamentada pelo objetivo de vencer a negociação.

Consequentemente, as relações negociais tinham como foco principal o curto prazo e os resultados imediatos, já que uma das partes sairia prejudicada ao final do processo e dificilmente estaria disposta a participar de novas negociações com a parte que a lesou.

Aliás, a visão do “ganha-perde” de negociação pode ser expressa metaforicamente pelo “jeitinho brasileiro”, que é uma característica cultural formadora da capacidade de flexibilidade e adaptação do povo brasileiro, sendo muito positiva, a princípio.

Porém, existe uma tendência de viés de comportamento, pois o uso recorrente do “jeitinho” acaba causando certa aversão às regras e às minúcias, gerando indisciplina mental e um comportamento excessivamente persuasivo para alcançar os interesses pessoais.

A negociação depois foi reconhecida como um processo de comunicação bilateral e satisfatório para ambas as partes, significando que a negociação passa a ser vista como ganha-ganha, pautada pelo entendimento recíproco das necessidades de uma cada uma das partes e por um esforço conjunto para o fechamento de um acordo satisfatório.

Essa mudança de foco na negociação enfatiza o longo prazo, a obtenção de resultados compartilhados e a manutenção do relacionamento duradouro entre as partes. Atualmente, verifica-se a existência de múltiplas teorias da negociação, buscando não apenas relacioná-la aos vários aspectos inerentes à atividade humana, como também permeando as diversas áreas da administração.

Para conhecer a mediação precisamos analisar tanto a Lei 13.140/2015 como os dispositivos do CPC/2015 que disciplinam a matéria. Mas as noções introdutórias são indispensáveis, pois, como se sabe, quando surge o conflito de interesses, as pessoas envolvidas poderão resolvê-lo pelos seguintes meios, a saber: *jurisdição estatal*, quando uma ação será proposta, instruída e julgada pelo Poder judiciário; *arbitragem* (ou *jurisdição privada*), que é uma técnica de solução de conflito de interesses, no qual as partes aceitam que a solução do litígio seja decidida por uma terceira pessoa, de sua confiança.

Ainda vige forte debate em doutrina, se a arbitragem pode ser considerada como jurisdição ou seria apenas mais um equivalente jurisdicional. Fredie Didier Junior²⁰ afirma que a arbitragem é jurisdição; já Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero²¹ sustentam justamente o contrário.

Entre nós, a arbitragem é disciplinada pela Lei 9.307/1996, recentemente reformada pela Lei 13.129/2015, e é cada vez mais valorizada e utilizada.

A autotutela, por sua vez, traduz a solução imposta por meio da força (física, moral, econômica e política) por um dos litigantes em face de outro. Em linguagem popular, seria o que chamam “fazer justiça com as próprias mãos”.

Geralmente, a autotutela é proibida e pode até tipificar um crime, conforme a situação. Porém, cabem ressaltar algumas exceções em que a autotutela é permitida; é

²⁰ DIDIER JR., Fredie – **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil – parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 273-279.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel – **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Vol. 1, p. 431-482.

o caso do desforço imediato do possuidor turbado ou esbulhado (artigo 1.210, §1º, CC), legítima defesa e direito de retenção, etc.

A conciliação ocorre quando um terceiro (chamado de conciliador) atua como intermediário entre as partes, tentando facilitar o diálogo, a fim de que os litigantes cheguem a um acordo (autocomposição). A conciliação é disciplinada pelos artigos 165 a 175 do CPC/2015.

A mediação também ocorre por meio de um terceiro (mediador), que se posiciona entre os litigantes e tenta conduzi-los a um acordo (autocomposição).

Em verdade, a conciliação e a mediação são institutos muito semelhantes; sua diferença reside apenas na técnica empregada. O artigo 165, §§2º e 3º, do CPC/2015 prevê sutis diferenças, a saber: o conciliador possui uma participação mais ativa no processo de negociação, atuando preferencialmente no caso em que não exista o vínculo anterior entre as partes e, pode efetivamente sugerir soluções para compor a lide, trazendo soluções possíveis para o litígio; o mediador auxiliar as partes a compreender as questões e os interesses que se confrontam, de maneira que estes possam, pelo restabelecimento do diálogo e da comunicação, identificar, por si próprios, as soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. O mediador vem atuar preferencialmente onde houver vínculo anterior entre as partes e não propõe as soluções para os litigantes.

A conciliação e a mediação são formas de autocomposição do conflito, em que o terceiro não decide o conflito e, sim, propriamente as partes, ao passo que a arbitragem é forma de heterocomposição do conflito em que o terceiro vem a decidir o conflito.

Não é correto afirmar que a mediação só se aplica para os direitos disponíveis, de sorte que podem ser objeto de mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis e os direitos indisponíveis que admitam a transação.

Sublinhe-se, ainda, que o acordo entre as partes no que tange aos direitos indisponíveis e transigíveis, deve ser homologado pelo juízo competente e ainda, de forma obrigatória a oitiva do representante do Ministério Público (conforme estatui o segundo parágrafo do artigo 3º da Lei da Mediação). Assim, se envolver direitos indisponíveis, o acordo celebrado entre as partes deve ser homologado em juízo, com o devido parecer do Ministério Público.

Considera-se indisponível um direito quando seu titular não pode privar-se dele por ato de vontade ou, então, indisponível é o bem ou direito de que o TEM Q MANTER P NÃO PERDER O SENTIDO respectivo titular não pode dispor, ou porque a lei determina a que esse seja, temporária ou definitivamente, o seu regime, ou porque, por sua natureza, não seja alienável. Exemplificando, há os direitos familiares pessoais, os direitos de personalidade e o direito de alimentos.

No entendimento de Ives Gandra da Silva Martins Filho,

“[...] o princípio da irrenunciabilidade tem como um de seus fundamentos o princípio da indisponibilidade, vez que não haveria sentido o Estado, através de seu ordenamento jurídico, proteger o empregado e este renunciar aos direitos que se prestam a sua própria proteção.”²²

São indisponíveis os direitos que ultrapassam as relações interpessoais; é o direito qual o sujeito não pode abrir mão, tais como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, saúde, imagem e dignidade humana que são encontrados imperiosamente nos direitos fundamentais no rol previsto no artigo 5º no texto constitucional vigente.

Boa parte da corrente doutrinária entende que os direitos que envolvam a máquina estatal estão dentro do rol de direitos indisponíveis desde que não haja lei específica que dite a possibilidade de mediação, não podendo, assim, os entes públicos usar da autocomposição conforme julgado recente do TJSP:

“Agravado de Instrumento – Ação Declaratória – Rescisão de Contrato Administrativo – Metrô Linha 17/Ouro do Monotrilho – Decisão que indefere a homologação de acordo proposto pelas partes, bem como rejeita embargos de declaração opostos. Cabível manejo de agravo de instrumento, eis que caracterizada a hipótese do artigo 1.015, inciso II, do Código de Processo Civil – Transação que envolve direito indisponível – Necessidade de lei específica autorizando o Poder Público a dispor, judicial ou extrajudicialmente, do patrimônio público, sob pena de violação dos princípios administrativos da estrita legalidade e indisponibilidade – Precedentes – Inexistência de nulidade por ofensa ao art. 489 do novel estatuto processual – Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP. Agravo de Instrumento 2177139-12.2017.8.26.000; Relator (a). Renato Delbianco. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central- Fazenda Pública/ Acidentes – 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13.03.2018. Data de Registro: 14. 03.2018).”

Vale destacar que não são todos os direitos caracterizados como indisponíveis que assinalam o veto do CPC, uma vez que a Lei de Mediação propõe como meio de solução de controvérsias desde que aditam transação.

²² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

A lei abriu possibilidade para autocomposição nos casos concretos que contenham questões de fundo patrimonial, a exemplo do dano moral contra a honra do indivíduo (direito de personalidade), que poderá, portanto, ser objeto de autocomposição.

Com razão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aduzem, *in litteris*:

“É certo e incontroverso que a honra, a privacidade e demais bens jurídicos da personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária. Não são susceptíveis de aferição monetária. Entretanto, uma vez violados tais bens jurídicos, independentemente de causar prejuízo material, surge a necessidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de diminuir o prejuízo da vítima e sancionar o lesante, inclusive com o caráter educativo (preventivo) de impedir novos atentados.”²³

Quando se tratar de caracterização absoluta do direito de personalidade, que é extrapatrimonial, é vetada a autocomposição no que tange à imposição do direito de forma *erga omnes*; a exemplo, a obrigação de não fazer quando a ofensa é realizada por meio de calúnias à pessoa do morto. Essa obrigação não é patrimonial e envolve medidas que poderão ser impostas a toda uma coletividade.

Assim, tem-se um rol de direitos indisponíveis de caráter exemplificativo, devendo ser analisado cada caso concreto segundo o objeto da lide, para só então haver a aplicabilidade pelo juiz do parágrafo quarto, inciso II, do artigo 334, do CPC.

É possível haver mais de um mediador atuando em um caso, quando for recomendável, em face da natureza e da complexidade do conflito de interesses e desde que as partes concordem (artigo 15 da Lei de Mediação).

Nos países em que a conciliação e a mediação são mais frequentes, existem empresas que se dedicam unicamente para desempenhar tais atividades em caráter privado, oferecendo os serviços à população. É assim, nos EUA. Aqui em nosso país, tal atividade está no início, mas já é possível identificá-la em alguns lugares. Tais empresas contam com seu corpo de conciliadores e mediadores profissionais, que são pessoas especializadas e conhecedoras das técnicas adequadas para obter êxito em conciliação ou mediação.

O CPC/2015 já prevê a existência dessas atividades e denominou tais empresas de câmaras privadas de mediação e conciliação, o que não impediu a previsão das mesmas Câmaras dentro de órgãos e entidades públicas.

²³ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106-107.

O Artigo 43 da Lei de Mediação dispõe o seguinte: “Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre as atividades por eles reguladas ou supervisionadas”²⁴. É o caso do PROCON, que pode criar uma câmara de mediação para intermediar a solução de conflitos existentes entre consumidores e fornecedores e prestadores de serviços.

Conforme determina o artigo 46 da Lei da Mediação, a saber, “A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo”; o parágrafo único deste artigo diz o seguinte: “É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas na Lei 13.140/2015”²⁵.

Convém apontar a regência da mediação pelos seguintes princípios, a saber: “1. independência do mediador; 2. imparcialidade do mediador; 3. isonomia entre as partes; 4. oralidade; 5. informalidade; 6. autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé e decisão informada”, princípios esses que se encontram e se misturam nos artigos 2º da Lei de Mediação Brasileira juntamente com artigo 166 do Código de Processo Civil Brasileiro²⁶.

Ninguém será forçado a permanecer em procedimento de mediação, portanto ela deve ser desejada pelas partes, principalmente porque é fulcrada nos princípios da autonomia da vontade e na busca do consenso.

No entanto, se no contrato firmado entre as partes houver uma cláusula prevendo a mediação como solução de controvérsias (cláusula de mediação), as partes deverão comparecer pelo menos à primeira reunião de mediação. Após essa sessão, ninguém será obrigado a permanecer nesse procedimento.

Tanto a mediação como a conciliação são disciplinadas e organizadas conforme a vontade e autonomia das partes, até mesmo no que se refere à clareza de

²⁴ Artigo 43 da Lei de Mediação (BRASIL. Presidência da República – **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília: DOU, 29 Jun. 2015).

²⁵ Artigo 46 e parágrafo único da Lei de Mediação (BRASIL. Presidência da República – **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: DOU, 29 Jun. 2015).

²⁶ A Lei 13.140/2015 teve *vacatio legis* de 180 dias e entrou em vigor no dia 26/12/2015. Os dispositivos do CPC 2015, por sua vez, entraram em vigor em 18 de março de 2016 por decisão do Plenário do STJ.

como querem organizar as regras do procedimento, conforme prevê o quarto parágrafo do art. 166, do CPC/2015.

As técnicas negociais são admitidas com o fito de proporcionar um ambiente favorável ao diálogo e à autocomposição do conflito de interesses.

A regra da confidencialidade significa que as informações ouvidas nas sessões de mediação, bem como todo procedimento é confidencial, tendo somente os interessados e presentes a oportunidade de conhece-las e detê-las. Não podendo ser revelada nem sequer em processo arbitral ou judicial. Dessa forma, tornam-se mais profundas, extensas e amplas as informações trazidas durante a sessão de mediação, sendo certo que o teor exposto nas sessões não poderá, de forma alguma, ser exposto ou utilizado sem o consentimento das partes envolvidas.

Exemplos de informações da mediação que não podem ser reveladas são os seguintes: declarações, opiniões, propostas formuladas por uma parte a outra; reconhecimento ou confissão de algum fato opor qualquer das partes; documento preparado unicamente para os fins dos procedimentos de mediação.

Recomenda-se expressamente que o mediador alerte as partes acerca de regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento. As exceções à confidencialidade se admitem quando: as partes expressamente concordarem; a lei exigir sua divulgação; a sua divulgação for necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação; for uma informação relacionada com a ocorrência de um crime de ação pública.

Apesar de existir a regra de confidencialidade, as partes possuem o dever de comunicar à Administração Tributária oficial (Fisco) as informações necessárias ao pagamento de tributos. O dever de confidencialidade é aplicado a todos os envolvidos, a saber: mediador, partes, prepostos, advogados, assessores técnicos, caso haja necessidade e as outras pessoas que tenham participado de forma direta ou indireta, do procedimento de mediação. Em resumo, se aplica a todos os participantes, de algum modo, da mediação.

Alguns encontros, reuniões ou sessões poderão ocorrer com o mediador e as duas partes. Em outras oportunidades, o mediador se reunirá apenas com uma das partes; estas últimas são denominadas de sessões privadas.

A lei novamente determina que seja em sessão privada a confidencialidade da informação prestada por uma parte, não podendo o mediador revelá-la à outra parte, exceto quando expressamente autorizado (*vide* o art. 31 da Lei da Mediação).

Caso algum documento ou informação da mediação for apresentado em processo arbitral ou judicial fora das exceções legais em que era permitida a sua exibição, o árbitro ou o juiz não deverá aceitá-lo, determinando o seu imediato desentranhamento do feito processual.

Em razão do dever de sigilo e da confidencialidade, os profissionais de mediação e suas equipes deverão manter sigilo e total e absoluto sobre os fatos ou elementos relacionados com a conciliação ou a mediação, bem como não poderão servir de testemunhas em qualquer processo ou tribunal.

Segundo Weingärtner, no que se refere à mediação, ela demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro com referência à inter-relação existente entre as partes. A mediação não tem como objetivo primordial o acordo, mas, sim, a satisfação dos interesses e dos valores e necessidades das pessoas envolvidas na controvérsia. Deve-se resolver o conflito de interesses através do diálogo cooperativo, na construção da solução, como a mediação na área de família, por exemplo.

Conforme artigo publicado pelo *site* Adam Brasil:

A importância do princípio da confidencialidade é tamanha que na Directiva da Mediação que foi editada em 2008 pela União Europeia, embora constem apenas algumas regras gerais, existe dispositivo expresso a este em seu artigo 7º. Enfim, a principal função da confidencialidade é proteger seus participantes no caso de audiência de acordo, impedindo que possa a informação ser utilizada em seu desfavor em algum eventual processo judicial.

27

Assim, devido ao princípio da confidencialidade, o profissional de mediação, bem como todos os demais profissionais envolvidos no caso concreto não são obrigados a expor fatos que tenham ocorrido no exercício do procedimento de mediação, aplicando-se, no caso, o artigo 448, II, do CPC/2015, que nos diz: “ Art. 448: A testemunha não é

²⁷ PEIXOTO, Ravi – Sobre o Princípio da Confidencialidade na Mediação e na Conciliação. **Adam.** Blumenau, 9 Mar. 2016. [Consult. 23 Set. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao/>>.

obrigada a depor sobre fatos: II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”

O dever da confidencialidade é o maior e principal motivo pelo qual o juiz não poderá atuar como mediador ou conciliador, até porque o magistrado não tem treinamento específico para a neutralidade; ele, pela sua própria natureza, é um julgador.

Na frente do juiz, as partes não se sentem à vontade para fornecer dados confidenciais, como fazem com um mediador, que é profissional neutro, dados esses que são importantes, na sua maioria, para que o consenso seja alcançado com êxito.

Há grande receio de que o juiz possa ser influenciado quando não houver acordo e o mesmo não conseguiria ser imparcial, ao ter o conhecimento das informações confidenciais, informações estas que não devem constar na sentença, uma vez que não devem ser apresentadas no processo judicial.

É importante destacar sobre a confidencialidade que ela se aplica a todos os envolvidos, conciliador, mediador e observador, advogados, assessores técnicos, os prepostos das empresas envolvidas caso haja, e outras pessoas que tenham, direta ou indiretamente, participado do conhecimento (*vide* art. 166, §2º, de CPC c/c §1º do art. 30 da Lei 13.140/2015).

O dever de confidencialidade também é aplicado da mesma forma, às sessões privadas, quando realizadas pelo mediador que achar necessário para o melhor desfecho da resolução do caso. O profissional poderá revelá-las, apenas com expressa autorização da parte (*vide* art. 31 da Lei 13.140/2015), dever este que poderá ser aplicado por analogia à conciliação.

Este princípio, da confidencialidade, abraça todas as informações expostas durante o procedimento da mediação ou conciliação e inclui, a saber:

“os incisos I a IV, do §1º, do art. 30, da Lei 13.140/2015 delimitam melhor que informações são essas: 1) declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; 2) reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; 3) manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; 4) documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação”²⁸.

²⁸ PEIXOTO, Ravi – Sobre o Princípio da Confidencialidade na Mediação e na Conciliação. **Adam**.

As informações obtidas nas sessões de mediação ou conciliação somente poderão ser autorizadas pelas partes no seu modo exato, e no limite determinado por ela - parte, também nos casos em que a lei exija sua propagação ou porque seja necessário para o cumprimento de acordo firmado, conforme prevê o art. 30 da Lei 13.140/2015.

Ainda é possível a divulgação das informações do que ocorreu nas sessões, desde que envolvam notícias de crime de ação pública, conforme prevê o artigo 30, §3º, da Lei 13.140/2015, devendo ser também trabalhado por analogia à conciliação.

Podendo também determinar a quebra da regra da confidencialidade quando é necessário impor à administração tributária que todos prestem informações após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manter sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198, do CTN.

Percebe-se que, as informações de interesse da administração pública tributária, obrigatoriamente tem que ser divulgadas objetivando o correto exercício da fiscalização tributária, porém o sigilo abrange também aos servidores que atuarem nesta fiscalização. Assim, essas informações só podem ser liberadas para a administração tributária, que somente pode usá-la para o fim de verificação de eventual incidência de tributos.

A doutrina, tem muita preocupação em como se deve unir o dever e obrigação de confidencialidade e o princípio da publicidade da Administração Pública, bem como a questão que à Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011)²⁹, passou a prescrever o sigilo como exceção.

Alem disso, a norma da Administração Pública é genérica, pelo princípio da publicidade (art. 37, *caput* da CF/1988), havendo ainda a menção à publicidade no Poder Judiciário (art. 93, IX, da CF/1988), reforçado e consubstanciado pelo art. 8º do CPC/2015.

²⁹ A Lei nº 12.527/2011 regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas. Essa norma entrou em vigor em 16 de maio de 2012 e criou mecanismos que possibilitam, a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar motivo, o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades. A Lei é aplicável para os três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive aos Tribunais de Conta e Ministério Público. Entidades privadas sem fins lucrativos também são obrigadas a dar publicidade a informações referentes ao recebimento e à destinação dos recursos públicos por elas recebidos (BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: DOU, 18 Nov. 2011).

A necessidade ou obrigação de dar publicidade ao ocorrido na sessão de mediação, na maioria das vezes, desencorajará algumas partes para a realização de acordos com a administração pública, uma vez que seu maior objetivo é o sigilo, porém nada impede que o mediador no ato do discurso de abertura informe isso.

Isso vislumbra a real intenção e mesmo de demonstração de poder da administração pública, em desigualdade ao interesse privado sobre as informações do litígio ou mesmo do procedimento administrativo, quando ainda não houver lide.

Por este motivo, foi autorizado aos entes públicos a realização de arbitragem, pois é possível ocorrer, por tantas vezes for necessário a confidencialidade que abrange também este procedimento, com o intuito de evitar os problemas inerentes à existência de um processo judicial, bem como a desconfiança e muitas vezes ineficiência do mercado consumidor e fornecedor, diante de divulgação de informações desfavoráveis aos participantes em relação a uma empresa.³⁰

Porém, o artigo 1, §3º, da Lei 9.307/1996, com a redação dada pela Lei 13.129/2015, afirma expressamente e nos informa que todas as arbitragens que uma ou mais partes envolvidas seja da administração pública, esse procedimento será realizado de direito, através da Lei, bem como de contrato predeterminado com cláusula arbitral ou com o compromisso arbitral quando neste contrato for omissa a cláusula arbitral e respeitara o princípio da publicidade.

Diante disso observa-se nitidamente que prevalece o interesse público, dentre outras coisas, a transparência na publicidade dos procedimentos ali realizados.

Mantendo-se na mesma esteira, este entendimento deverá ser aplicado à realização da mediação e da conciliação pelo Poder Público.

Conclui-se, portanto, que nos casos relatados acima, o dever de confidencialidade não recai sobre os procedimentos das soluções adequadas de conflitos: mediação, conciliação e arbitragens realizados quando o Poder Público seja parte, sendo exceção os casos em que a própria Lei 12.527/2011 preserva o sigilo das informações.

Assim, menciona-se as informações que violem o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, que tragam riscos à soberania nacional e que envolvam segredos industriais entre outros sigilos protegidos legalmente.³¹

³⁰ PEIXOTO, Ravi – Sobre o Princípio da Confidencialidade na Mediação e na Conciliação. **Adam.**

³¹ Ibid.

Logo no início da primeira sessão e a qualquer momento do procedimento de mediação, o Mediador deve avisar, atentar aos medianos sobre o princípio da confidencialidade, tanto na mediação quanto na conciliação, observando o reforço que o Enunciado 62 da ENFAM expõe sobre esse dever do mediador, e exigir que esse aviso inclua quais são as informações protegidas pela confidencialidade. Esse Enunciado veio para reforçar o conteúdo do dever de alerta.

A realização desse aviso tem como intenção orientar a todos os envolvidos naquele processo que as informações e diálogos produzidos, nas sessões de mediação ou conciliação não podem ser divulgadas, objetivando realizar o diálogo mais amplo e aberto e mais eficaz para pactuação de um acordo.

Em caso de violação da confidencialidade, podem surgir diversas possibilidades, a saber: a) se forem usadas as informações em processo judicial ou arbitral, ter-se-á a desobediência dos deveres de lealdade e boa-fé e desta forma tornando, a prova ilícita; b) cabimento de indenização, caso essas informações causem danos a uma das partes.

É explícito que a confidencialidade é imprescindível para o êxito das sessões de mediação e conciliação, principalmente para que as partes dialoguem abertamente. Aguarda-se que a detida regulamentação da temática venha ser devidamente observada nas sessões, principalmente em face da vigência do CPC/2015, e que possa, enfim, auxiliar positivamente as formas alternativas de solução de conflitos.

3 POLÊMICAS SOBRE A MEDIAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os debates atuais acusam a falta de eficiência, celeridade e eficácia do Judiciário brasileiro e colocam em foco a importância dos meios adequados de tratamento dos litígios na administração da Justiça. O caminho, na direção dos ideais de pacificação social fizeram o legislador brasileiro, bem como todo um grupo de trabalho constituído de grandes juristas, doutrinadores, magistrados e todos os demais envolvidos no mundo jurídico, criar normas de mediação através da Lei 13.140/2015 e do CPC/2015³².

As inovações trazidas representam marcos positivados desde que se atendam as exigências intrínsecas da mediação. Na mediação judicial há uma importante ferramenta transformadora de todos os envolvidos, que faz as partes saírem de meros expectadores para atores principais na criação do consenso.

Também como na mudança de educação, transformando uma cidadania ativa, servindo de acesso a justiça, e paralisação parcial ou total para o mando dos magistrados na condução dos processos.

Ressalta-se a novíssima lei estadual do Estado do Rio de Janeiro, a Lei que torna obrigatória a Mediação nas escolas da rede pública, com um programa de ensino próprio, Lei núm. 8667 de 19 de dezembro de 2019³³.

No Estado do Rio de Janeiro tem o Projeto de Lei número 1323 de 2019, de nossa autoria e proposta pelo Deputado Carlo Caiado, se encontra em fase de última votação. Esse projeto determina a 3ª semana de outubro como a semana estadual das soluções adequadas de conflitos, e visa estimular e conscientizar o comércio, as escolas, indústrias e todos os setores a estimularem as soluções dos conflitos de forma pacífica e utilizando as soluções adequadas: Mediação, conciliação, negociação e arbitragem.

No Senado Federal, tem o projeto de Lei número 5287 de 2019, também de nossa autoria e proposta pelo Senador Roberto Rocha, que determina a 3ª semana de outubro como a semana nacional das soluções adequadas de conflitos, e visa estimular e

³² A Lei 13.140/2015. O Código de Processo Civil, denominado Novo CPC 2015, só entrou em vigor em 18 de março de 2016; em sessão administrativa, o fundamento fora a interpretação do artigo 1.045 do CPC/2015.

³³ A Lei 8667/2019. Do estado do Rio de Janeiro. Institui o programa Mediação Escolar na Rede Pública de Ensino do Estado do Rio de Janeiro.

conscientizar o comércio, as escolas, indústrias, ministérios, órgãos públicos e todos os setores a estimularem as soluções dos conflitos de forma pacífica utilizando as soluções adequadas no seu âmbito interno, bem como externo.

Portanto estes projetos, bem como outros visam cada vez mais obrigar a população, órgãos, mundo empresarial, escolas e etc a sempre buscar solucionar seus conflitos sem buscar o judiciário.

Evidentemente não se sonha em esgotar toda análise sobre as questões que envolvam a institucionalização da mediação, mas lançar luz sobre os principais pontos sobre o importante tema.

Regista-se que houve no Brasil, em 1998, Projeto de Lei 4.827/1998, uma proposta inicial de regular o instituto da mediação, apresentado pela então Deputada Federal Zulaiê Cobra, à Câmara dos deputados, tendo como intenção a institucionalização dos métodos de prevenção e solução consensual de conflitos e/ou litígios de interesses.

Esse Projeto de Lei foi aprovado pela CCJ - Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal, a partir daí, recebeu novo número, a saber: 94/2001, PLC - Projeto de Lei na Câmara. Com a Emenda Constitucional de 2004, Emenda 45, o texto mostrou-se adequado às novas disposições constitucionais, até porque no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, cita-se a solução de forma pacífica das controvérsias.

A Emenda 1 - CCJ foi encaminhada à Câmara em julho de 2006, porém nada mais se falou ou cogitou a respeito de sua tramitação, o que foi uma grande decepção, pois poderia já estar sendo aplicado desde o ano de 2006.

Na pregressa versão do projeto constava em seu primeiro artigo que a mediação processual civil poderia ser nas formas prévia, incidental, judicial ou extrajudicial. O requerimento para mediação prévia judicial interromperia a prescrição e deveria ser finalizada em até noventa dias.

Sob outra ótica, a mediação incidental processual, seria naturalmente obrigatória na fase de conhecimento dos processos judiciais, exceto para as exceções previstas em lei (art. 34) e, neste caso o processo deveria ficar suspenso pelo período de até noventa dias e, caso não houvesse possibilidade de acordo, o processo judicial deveria ser retomado ao seu curso normal.

Ao distribuir a petição inicial devidamente dirigida ao juízo competente interromperia o prazo prescricional, induziria a litispendência e produziria os mesmos efeitos expostos e previstos no CPC/1973, vigente na época.

O projeto dava ênfase ao fato de que o processo somente poderia ser suspenso e encaminhado para a mediação após o juiz ter examinado os pedidos liminares, e caso ocorresse interposição de qualquer recurso de decisão interlocutória, o processo de mediação não seria afetado.

A despeito de toda boa e cuidadosa técnica, a regulamentação usada era breve, clara e objetiva sobre a mediação, indicando o conceito, demonstrando a força do instituto e listando algumas disposições a respeito, porém o Projeto de Lei não prosseguiu.

Em 2009, foi o ano que a mediação retornou as pautas legislativas, quando o notável Jurista Ministro Luiz Fux, presidente da Comissão de criação do Novo Código de Processo Civil, no Projeto de Lei 166/2010, que resultou na Lei 13.105 de 2015, colocou como determinante as soluções alternativas de litígios, como meio de pacificação social.

O texto do Projeto foi aprovado no Senado, pelo Pleno, com apenas duas alterações e assim seguiu para a Câmara dos Deputados, onde ganhou nova autuação como PL 8.046/2010. Sublinhe-se que a nova versão dada pelo Senado veio alterar mais de quatrocentos dispositivos do referido Anteprojeto.

Em 2011, as discussões a respeito do texto no Novo Código de Processo Civil Brasileiro tomaram uma proporção grande, por causa da união da Comissão de Juristas, da Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça, em atividades conjuntas desenvolvidas, chamando-se à participação da sociedade civil e a comunidade acadêmica, para debates. O referido texto, nos anos seguintes foi analisado ainda e debatido por mais cinco comissões de análise passando por toda tramitação, tendo alterações sugeridas pela Câmara de Deputados liberada somente em junho de 2012, na versão provisória.

Após dilatada e ampla revisão no Senado brasileiro, finalmente o texto foi encaminhado para Presidência da República em fevereiro de 2015 e sancionado no mês subsequente.

Assim, como novo e grande marco regulatório da mediação, veio no mesmo ano, em junho, por meio da Lei da Mediação, a Lei 13.140/2015, que disciplinou a mediação judicial, extrajudicial e pré processual como forma de solução de conflitos de interesses.

Apresentado este novo conjunto de circunstâncias, estas novidades bem melhor assim dizer, naturalmente surgiram polêmicas, questionamentos de como deveria ser aplicado na prática, bem como quem seriam os profissionais que atuariam neste novo modelo de justiça? Como isto funcionaria na prática no Judiciário Brasileiro? Como ficaria a justiça adjudicatória?

Para responder a tais questionamentos, nossa análise será pautada na hermenêutica e na tópica, sendo certo que os estudos e investigação competente sobre as potencialidades da mediação brasileira solidarizando-se com a criação contemporânea da eficácia prática do acesso a justiça e com a duração razoável do processo.

Conclui-se que a incorporação positivada da mediação ao sistema de justiça judicial atende ao destino de ampliar o acesso à Justiça, não somente ao judiciário e, ainda, contribuir para a paz social, uma vez que ao dar conhecimento ao povo automaticamente cria-se autonomia para que os cidadãos optem pela mediação ou por qualquer forma de solução adequada de conflitos para resolverem suas divergências de interesses.

Comparativamente, o CPC atual progrediu muito em relação ao Código de 1973. Eis que o Código Buzaid não trazia qualquer previsão sobre mediação, apesar de disciplinar a conciliação em dez artigos, mas, diferentemente, o Código Fux menciona expressamente a mediação em trinta e nove momentos.

A Comissão dos Juristas responsável pela elaboração do referido projeto requer dentre outras coisas celeridade, sendo certo que a prestação jurisdicional lenta vira um desserviço a população, porém nada obsta que uma justiça rápida demais seja realmente uma justiça boa.

Portanto ao elaborar o Novo Código de Processo Civil Brasileiro os juristas se basearam em boa fé, na eficiência processual, seja ela judicial, extrajudicial ou pré processual, para não carecer de efetividade e engajado no contexto social onde produzirá efeito o seu resultado.

Enfatizou-se as inúmeras possibilidades de as partes solucionarem seus problemas pré processuais e/ou litígio já judicializado por meio das soluções adequadas conflitos: mediação, conciliação.

A iniciativa foi referendada pelos estudiosos legisladores que, com cuidado elaboraram pareceres do projeto nos quais o tratamento da mediação e da conciliação na Parte Geral do PL representa grande avanço, principalmente por impor a esses mecanismos de resolução de conflitos todo o devido destaque que merece, principalmente em face da dinâmica da sociedade contemporânea.

A mediação é escrita e determinada logo no artigo 3º do Capítulo I, Livro I, da Parte Geral do NCPC. O *caput* do artigo enuncia o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”; logo em seguida, o segundo parágrafo aduz literalmente que: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”³⁴. Finalmente, o terceiro parágrafo determina que: “a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”³⁵.

A simples leitura da norma processual positivada e referida acima permite concluir que o Código Fux reconheceu expressamente a natureza jurídica jurisdicional dos mecanismos auto compositivos, as soluções adequadas de litígios ou conflitos. Podendo a mediação tanto ser ofertada pré-processualmente ou extrajudicialmente como no curso dos processos judiciais, desde a 1ª instância até os tribunais superiores, o que é possível pela incorporação das técnicas de pacificação de conflitos.

Por fim o próprio legislador determina no artigo 149 do NCPC, Capítulo III, a inclusão de mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da Justiça, tendo no referido diploma legal destinado de forma cuidadosa uma seção inteira para este assunto, composta de onze artigos, para o disciplinamento das atividades de mediadores e conciliadores judiciais.

De acordo com o artigo 166, a atuação dos mediadores deverá ser pautada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da

³⁴ Artigo 3º do Novo Código de Processo Civil (BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 17 Mar. 2015).

³⁵ Artigo 3º do Novo Código de Processo Civil (BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 17 Mar. 2015).

confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. O assunto foi tratado de forma tao cuidadosa e delicada, para fazer a parte se sentir protegida e confortável com a novidade, que resguarda-se o direito das partes escolher, conjuntamente, um mediador para atuar no processo, que pode ou não ter cadastro no tribunal.

Frise-se que se trata de garantia importante, pois o terceiro deverá inspirar confiança nos interessados e atuar na condição de auxiliar da Justiça. Os mediadores e conciliadores deverão ser remunerados pelos trabalhos desempenhados.

A regulamentação dos valores de honorários e também das horas a serem trabalhadas dos mediadores e conciliadores, foi designada aos Tribunais, que observarão para este fim os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. O trabalho voluntário como mediação também encontra franca autorização no Código Fux, nos termos do primeiro parágrafo do artigo 169.

Todavia, não obstante todos os avanços caminhados e alcançados pela mediação judicial e sua institucionalização, é imprescindível o cuidado para que um excessivo entusiasmo inicial não atrapalhe em face de algumas incongruências presentes no texto aprovado.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 determina que o autor infome na petição inicial se deseja ou não que o conflito seja resolvido, inicialmente pela à mediação ou conciliação. Se esta informação for ausente, o magistrado determinará que o autor a emende ou a complete no prazo de quinze dias.

Nesse mesmo sentido, fixa que o réu deverá manifestar o seu desinteresse em participar da audiência de mediação, por petição escrita, ao menos dez dias anteriores do dia designado para a audiência.

É de bom alvitre lembrar sobre o determinado na norma para o caso das partes, ambas, não se manifestarem de forma expressa, presume-se a falta de interesse pela realização do acordo, e a sessão de mediação não ocorrerá.

Outro motivo pelo qual a sessão de mediação não ocorrera é o fato de a natureza processual for de direito indisponível.

Portanto, a norma inclui a autonomia da vontade no rol de princípios informadores da mediação e o que esta faz em seguida é esvaziar-lhe o sentido.

Num primeiro momento tem-se a impressão, de que a mediação foi criada para dificultar o correto exercício do direito de ação, para desatender a finalidade de celeridade do Judiciário, beneficiado com filtro de admissibilidade das demandas recém-instituídas, e aos litigantes de má-fé, interessados na procrastinação ou seja na demora do julgamento processual.

Conforme esclarece o artigo 303 do Novo Código de Processo Civil, que nos traz a seguinte ordem:

Nos casos em a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.³⁶.

Sendo assim, ressalta-se o fato de quando houver pedido de liminar ou tutela provisória, prevê que, se a urgência for para o momento da propositura da ação, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final.

Sendo o caso indicado para mediação, o juiz poderá decidir a ordem da tutela jurisdicional, e em seguida poderá citar e intimar o réu para sessão de mediação.

Em verdade, o Código Fux introduziu no sistema jurídico uma espécie de suave obrigação para o processo de mediação, isto é, uma obrigatoriedade presumida e que somente pode ser desistida por meio da anuência concreta de ambos os litigantes.

Ressalte-se que a ausência injustificada³⁷ do autor ou do réu à sessão de mediação ou conciliação é considerado um ato atentatório à dignidade da justiça, com pena de multa de dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Convém frisar a importância da atenção do advogado tanto do autor, em relação à manifestação pela sessão de conciliação ou mediação na inicial, quanto,

³⁶ Artigo 303 do Novo Código de Processo Civil (BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 17 Mar. 2015).

³⁷ No entanto, o CPC/2015 indica exceções. A audiência em referência não será realizada nos casos de improcedência liminar do pedido (art. 334, *caput* do CPC) e, ainda, no caso de apresentação de peça contestatória em que o réu alegue, em preliminar, a incompetência absoluta ou relativa do juízo. Neste caso, o réu poderá protocolar a defesa no foro de seu domicílio e a audiência de conciliação ou mediação, porventura designada, será suspensão, conforme prevê o art. 340, §3º, do CPC. Outra exceção é a prevista no §4º do art. 334 do CPC, nos incisos I e II: para que a audiência de conciliação ou mediação não ocorra, necessário que as partes manifestem expressamente o desinteresse pela sua realização. Se, somente uma das partes se manifestar pelo desinteresse e a outra parte se omitir, o juiz deverá marcar a referida audiência.

principalmente, do réu, que, além da possível condenação do próprio processo, se deixar de comparecer à conciliação ou mediação sem justificativa, outrossim, poderá ser penalizado com multa.

Além da regra geral, o Código Fux, Código de Processo Civil de 2015, ainda antecipa dois casos que são de absoluta e obrigatória a mediação, e que serão encaminhados os processos para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) independente da concordância ou não prévia das partes.

O primeiro caso é referente às ações de família, justamente por causa das entranhas dos conflitos familiares, pela delicadeza de sentimentos envolvidos que transpassa na maioria das vezes o próprio direito. Por causa destas peculiaridades, fragilidades e complexidade, o CPC de 2015 preceitua que todos os esforços deverão ser implantados para que o conflito seja solucionado consensualmente, preferencialmente de forma pre processual e, quando houver lide deve o juiz dispor de profissionais multidisciplinares (de outras áreas do conhecimento) para a mediação e a conciliação.

A seguir, no parágrafo único tem-se a permissão, de que a requerimento das partes, que o magistrado suspenda o processo para que as ambas participem de mediação extrajudicial ou de atendimento multidisciplinar.

Mais adiante, percebe-se que o diploma legal, estabeleceu que nos litígios coletivos envolvendo a posse de bens imóveis, quando houver esbulho ou turbação alegada na exordial, ocorridos há mais de ano e dia, o juiz deverá, antes mesmo de avaliar o pedido de liminar, designar a audiência de mediação.

Nos processos em que a parte for beneficiada pela gratuidade de justiça, a Defensoria Publica será obrigatoriamente chamada a comparecer, bem como nos casos que envolverem menores ou incapazes o Ministério Público será necessariamente intimado para audiência.

Ainda dispõe o CPC vigente que os mediadores e os conciliadores devem atuar, necessariamente, nas audiências destinadas à auto composição. Destacaram Rodrigo Mazzei e Bruno Marques que o processo de mediação não acontece, rigorosamente, em audiências, mas propriamente em sessões privadas e confidenciais.³⁸

³⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira – Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: primeiras considerações sobre o impacto e a simbiose dos diplomas. In **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2, p. 388-426.

No PL 8.0046/2010 havia a previsão que os juízes deveriam promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais, porém este dispositivo gerou grandes dúvidas, no que tange ao juiz poder realizar ou não a sessão de mediação.

A dúvida se impõe no momento da redação do artigo ou se a mediação foi tratada como sinônimo de conciliação pelo legislador brasileiro, porque, se o juiz poderá ou não se fazer presente nas sessões de mediação³⁹. Na verdade, no PL 8.0046/2010 previa que os juízes deveriam promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Por este motivo, como podem os juízes realizarem a mediação, sendo que a exigência maior desta prática é que seja realizada por profissional neutro e imparcial? Dúvida esta que nos leva ao raciocínio de que a melhor forma de auto composição realizada pelo juiz/magistrado é a conciliação.

Diante disso, a interpretação inequívoca do dispositivo permitiria que os magistrados mediassem todos os conflitos sozinhos. Ponto esse muito criticado durante as sessões públicas do anteprojeto.

Motivo de dúvida e também de tristeza por que o profissional-Mediador com formação acadêmica e principalmente aptidões específicas para lidar com a relação conflituosa complexa seria posto em segundo plano, e o juiz seria unicamente o detentor de uma visão judiciária ampla e unicamente centrada no Direito e no julgamento.

Seguindo neste pensamento caso a mediação não resultasse em acordo, o próprio magistrado encarregado do procedimento de escuta deveria, como se fosse possível, se esquecer de todos os aspectos não jurídicos (morais, religiosos e pessoais) aflorados na mediação e proferir uma sentença circunscrita à causa de pedir e aos pedidos protocolares dos autos.

Evidentemente injusto, uma vez que na mediação exige-se a neutralidade e o magistrado não conseguiria permanecer neutro ao proferir a sentença, pelo simples fato dele ser um ser humano como todos nós, mesmo investido da toga.

³⁹ Alguns doutrinadores entendem que o juiz não poderá ser o mediador em face de sua formação dogmática. Afirmam que o julgador decide a partir de um sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, ou seja, assim entendemos que não se acaba a sessão entre as partes com o terceiro sem uma solução que seja satisfatória para ambas as partes, sem que precise justicializar, o que implica num processo lento e exaustivo para todos os envolvidos.

Finalmente, a presença facultativa dos mediadores nas sessões de mediação foi corrigida no primeiro parágrafo do artigo 334, do Novo CPC, tornando-se obrigatória. Em compensação, o legislador brasileiro deixou a chance de regular claramente sobre a presença do juiz nas sessões. Porém, ao analisar todo o código, sua evolução e normatização podemos supor que se trata de apenas um erro material simples⁴⁰.

No caminhar desta construção, nova cultura de pacificação social, o NCPC no artigo 165 tornou obrigatória a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos e cidadania, os chamados CEJUSC, nos tribunais, incumbindo-lhes da realização das sessões e audiências de conciliação e mediação.

Para finalizar houve um grande e firme reforço no artigo 170 que determina a entrega – devolução dos autos do processo ao juízo competente ou ao coordenador do CEJUSC nos casos de impedimento, para que seja redistribuído. Daí decorre que o papel do magistrado na etapa conciliatória restringe-se ao direcionamento dos processos aos centros.

Ponto a ser observado é o fato controverso que envolve a questão da impossibilidade de cumulação de atividades de mediador e advogado. Pelo que preceitua o artigo 167 e parágrafos, os mediadores serão inscritos no cadastro nacional, sendo-lhes vedado atuar como advogado nos juízos em que desempenhem suas funções de mediador e/ou conciliador. Nesse sentido, Fernanda Tartuce questiona literalmente:

[...] se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver? Imaginemos, para ilustrar, uma situação concreta: atuo como advogada no Departamento Jurídico do XI de Agosto, entidade da Faculdade de Direito da USP que presta assistência à população carente desde 1919 e tem processos tramitando em praticamente todos os foros da Capital paulista. Decido fazer o cadastro como mediadora no Tribunal de Justiça de São Paulo e aguardo ser escolhida pelas partes ou nomeada para algum feito por força de distribuição.

Caso seja chamada a atuar como mediadora em feito que tramita em determinada Vara, precisarei verificar se tenho algum processo em trâmite ali; sendo a resposta positiva, deverei me reconhecer impedida de atuar e terei que declinar. Esta situação é apropriada? Se atuo como advogada em um feito de natureza diversa, com litigantes diferentes, não sou apta a atuar em outro

⁴⁰ A audiência de conciliação ou mediação ocorrerá antes da apresentação da peça contestatória; inclusive, o prazo de apresentação da contestação passou a ser diferenciado conforme o CPC/2015. Aliás, é importante frisar que o réu deverá ser citado com pelo menos vinte dias de antecedência da data de audiência, justamente para que neste tempo possa manifestar previamente se deseja ou não a audiência de conciliação, reiterando que, se ficar em silêncio, considerar-se-á aceita a audiência. A manifestação do réu, por sua vez, deverá observar o prazo mínimo de dez dias anteriores à audiência designada (art. 334, §5º CPC).

processo com diferentes envolvidos pelo simples fato de tramitarem no mesmo juízo?⁴¹

Eivado de boa intenção do legislador, a norma em análise desencoraja que os novos advogados venham a se cadastrar nas listas de mediadores e conciliadores judiciais. Porém o impedimento existente não segue a lógica dos impedimentos inseridos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Outra crítica se refere ao princípio da imparcialidade na atuação do mediador. Não observar este dever termina na exclusão do profissional do tribunal que estiver cadastrado, afinal a imparcialidade é um atributo indispensável, indissolúvel e inafastável do mediador.

O profissional de mediação tem que cumprir e manter postura média e paralela entre as partes e seus interesses. Por este motivo, os mediadores deveriam atuar apenas para auxiliar as partes, na construção ou reconstrução do diálogo e, sendo possível, na autocomposição da lide.

Cumpra ainda sublinhar que a exigência de imparcialidade dos serventuários se fulcra na preocupação de eventual favorecimento das partes e se constitui em manifestação de poder e autoridade.

A simbologia da imparcialidade foi muito bem descrita por Geovany Cardoso Jeveaux⁴² ao considerar que, estando as partes em comunicação em que estão presentes os pressupostos de interação, relato e um consentimento, a atuação do Estado-juiz, neste caso atuando como um terceiro, indo além das partes, que os primeiros, as quais estarão sujeitas à decisão.

Ocorrendo ainda uma situação de controle comunicativo para tornar a decisão um instrumento de mando, de obediência, justamente através de um ato dominante de uma estratégia de domínio.

Lembremos que o mediador não dispõe de poderes e nem prerrogativas inerentes à função jurisdicional, sendo assim privar este profissional de aproximação ou

⁴¹ TARTUCE, Fernanda – Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 764.

⁴² JEVEAUX, Geovany Cardoso – **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

a não intervenção no reequilíbrio das relações, poderá esvaziar completamente o sentido e significado do seu papel e função.

Sobre o tema, Fabiana Mariana Spengler⁴³ indicou que: “enquanto o juiz é pensado nos sistemas modernos como *nec utrum*, nem um, nem outro, nem isto, nem aquilo, justamente neutro, o mediador deve ser isto e aquilo, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim.”

Na mediação a entrega deve ser completa, observando cuidadosamente, as diferenças comuns aos conflitantes ou mediados, e a partir desse ponto, trabalhar a possibilidade da retomada da comunicação.

O trabalho da mediação tem como principal e maior valor o reconhecimento do meio social de todos os envolvidos no conflito. Muito importante o esclarecimento sobre o fato de vivermos em uma verdadeira “sociedade de indivíduos” (no sentido antropológico do termo), exercitando diariamente o diálogo, suplicando e exercendo compreensão de uma lógica do existir diversa da nossa, tarefa a que não estamos habituados.

Portanto, se faz necessário uma introspecção e uma sensibilidade imensa daqueles que se dedicam a mediação, uma vez ser de suma importância a percepção de qual será a melhor forma para expressar o reconhecimento pelos envolvidos naquele conflito.

Essa atitude do mediador, logo no início, favorece a criação e manutenção de um ambiente e de dialógico. Neste espaço único, se torna possível estabelecer um processo de reconhecimento mútuo das pessoas que ali estão participando do conflito.

Necessário se faz e é reconhecido que os mediadores precisam de liberdade para ganhar a confiança e credibilidade das partes, sem precisar assumir postura equidistante. Espera-se que os mediadores possam proteger as partes mais vulneráveis do conflito de interesses, aparar as investidas dos mais influentes e corrigir os desequilíbrios que possam surgir.

Se realizarmos uma interpretação literal do artigo 173, I, do CPC vigente, o mediador, que a princípio não precisa renunciar a sua imparcialidade para manter sua comunicação gentil e profissional com as partes, deverá inclusive, orientar-se pelos

⁴³ SPENGLER, Fabiana Marion – **Retalhos de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

mesmos ditames de imparcialidade impostos aos juízes, sob pena ser excluído dos quadros de mediadores dos tribunais.

Paradoxalmente, o texto do Código Fux, que reconheceu a natureza jurisdicional dos mecanismos consensuais e propagou as previsões das normas sobre a mediação ao longo do texto processual, ainda se preocupa com o fato de que os mediadores adotem postura de parcialidade quando necessário. O legislador abrilhantou a mediação, porém manteve-se conservador dos mesmos princípios norteadores da atividade jurisdicional.

Imagina-se uma polêmica positiva do instituto e que dará margem a muitos debates. Sendo assim, é de suma importância a aplicação dos motivos de suspeição caracterizados no artigo 145, II, do CPC vigente, seja feita com as devidas cautelas a fim de preservar as características e a vocação pacificadora da mediação.

A previsão mais relevante é de que cada dia mais torna-se comum é a realização de sessões virtuais de mediação, uma vez que o Código Fux positivou a possibilidade de realizar audiências de conciliação e mediação por meio eletrônico.

Já não é mais tão cedo para abordarmos tal assunto, uma vez que as grandes demandas estão sendo cada vez mais resolvidas através de mediação online.

Tal mecanismo ainda provoca certo desconforto, pois suprime o caráter pessoal das negociações, conhecido como *face to face mediation*. Porém cada vez mais as pessoas se convencem e se acostumam com a conveniência do método, na medida em que reduz drasticamente os custos operacionais e ainda conecta com maior facilidade pessoas localizadas em diferentes partes do mundo.

No Brasil, o Projeto de Lei no Senado Federal, numero 389, ano 2018, de autoria desta mestrandia que vos fala, foi votado e decidido por unanimidade em decisão terminativa, na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, em 14 de agosto de 2019, a alteração do artigo 46 da lei de Mediação, determinando a obrigatoriedade para o uso de meio eletrônico de áudio e vídeo nos casos em que se tratar de mediação no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, visando maior segurança, acolhimento, conforto e confiabilidade para todos os envolvidos nas sessões de mediação que seja necessário a utilização de algum meio eletrônico.

Apesar dos argumentos em contrário, a mediação eletrônica adequou-se aos a atualidade. Os benefícios da globalização, queda das barreiras geográficas, a

acessibilidade proporcionada às pessoas com deficiências físicas, a celeridade na solução do conflito, a redução no valor das custas e honorários suportados pelos jurisdicionados, grande justificativa a aposta do NCPC de 2015 nessa ferramenta.

O ponto de preocupação relacionado às plataformas *online* reside na segurança da higidez do procedimento e de cláusulas de garantia das partes. Os sistemas de videoconferência dos tribunais precisam ratificar a identidade dos medianos, bem como certificar a titularidade e autenticidade de todos. Além disso, os mediadores deverão desenvolver as habilidades específicas para interpretar, a distância, os sentimentos das partes e a ocorrência de vícios no consentimento, por este motivo, apresenta-se cada vez mais a necessidade do meio eletrônico ser por áudio e vídeo.

Em defesa e contrapartida, importante mencionar que a mediação virtual já é amplamente usada em alguns países como a Alemanha, EUA, Holanda e Argentina; Atualmente muitas empresas de tecnologia se empenharam no desenvolvimento de *softwares* próprios e customizados para o desenvolvimento das sessões *online* de mediação.

Afora isso, existem *sites* destinados à mediação *online*. Recentemente a empresa Youstice, disponível no endereço www.youstice.com/pt/, desenvolveu o primeiro aplicativo de resolução de conflitos para empresas e clientes.

Além do CPC/2015 e da Resolução do CNJ 125/2010, a Lei 13.140/2015 dispôs sobre a mediação entre particulares como meio alternativo e adequado para a solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito do direito e administração pública.

O artigo 2º da lei de mediação conceituou de forma positiva tendo como mediação processo conduzido por terceiro neutro e imparcial, tendo como foco de maior importância o auxílio às partes a descobrir e discorrer sobre as soluções adequadas e possíveis para seu cumprimento na forma consensual.

Em consonância com o Código Fux, a Lei de Mediação adotou o princípio da imparcialidade do mediador, determinando no artigo 5º, parágrafo único que o terceiro “tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou

circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito”⁴⁴.

Reiterou o legislador original ao demonstrar a importância da exigência de imparcialidade durante do procedimento, mesmo que o conteúdo tenha permanecido sem definição normativa. Isto é, uma significativa fase e chave do conceito legislado de mediação tem deficiência de significado único e de fácil identificação, para que não tenham dúvidas ou sobre algum lastro de interpretação dubia.

Conclui-se que ficara as margens da experiência dos profissionais que labutam na mediação regularmente, bem como à jurisprudência dos tribunais e aos fóruns e bate papos universitários encontrar uma espécie de regra ou definição ponderada para a renomada imparcialidade, e que esta seja realmente plausível com a prática do processo de mediação.

O Anteprojeto da Lei da Mediação irá diferenciar a atuação de mediação judicial e extrajudicial pelo crivo da escolha do mediador logo no início do processo. Seguindo este raciocínio, a mediação seria judicial quando os mediadores fossem escolhidos pelo Judiciário e extrajudicial quando a opção da escolha do mediador ou da instituição de mediação privada pertencesse às partes (art. 6 do PL 8.046/2010).

Atualmente a Lei da Mediação mantém distinção significativa no seu conceito, pois entre os tipos de mediação, é possível reduzi-la a partir da leitura combinada dos artigos 9, 11, 12 e 25. Diante disso qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes pode atuar como mediador extrajudicial, independentemente de integrar conselho de classe ou associação.

Por outro lado, o artigo 11 estabelece alguns requisitos cumulativos para o exercício da função de mediador judicial, a saber:

“Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada a pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério de 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

⁴⁴ Artigo 5º da Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação (BRASIL. Presidência da República – **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**).

tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em Conjunto com o Ministério da Justiça.⁴⁵

Já o artigo 12 em seus termos determina que, serão autorizados a exercerem a função de mediador judicial àqueles que após curso teórico de formação e capacitação, realizarem o estágio supervisionado, sejam habilitados e tenham autorização do seu tribunal de origem.

O artigo 25 determina a forma de designação dos mediadores para o processo, que independe da prévia aceitação das partes, exceto em casos de impedimento e suspeição (artigo 5º).

Observa-se nos artigos 12 e 25 da referida Lei, a existência da proibição de escolha do mediador que atuará no processo de mediação judicial, ao contrário do que dispõe o artigo 168, primeiro e segundo parágrafos do CPC vigente, capitulado em Seção destinada ao regramento dos conciliadores e mediadores.

Diante da contradição aparente entre os princípios e as normas, insta salientar que o artigo 168, primeiro e segundo parágrafos do novo CPC, vigente no Brasil, foram precocemente derogadas, no período de *vacatio legis*, pela criação da Lei de Mediação Civil. Na esteira desta reflexão, o mediador, autoridade máxima na condução do procedimento de mediação seria escolhido unicamente a partir de uma distribuição alternada e aleatória, conforme artigo 167, segundo parágrafo do CPC vigente, porque o sucesso da mediação depende dentre muitos aspectos, alguns que sublimam as leis e dogmas, são elas: empatia, acolhimento, confiabilidade dentre outras estabelecidas entre as partes e o mediador.

A distribuição mecânica dos processos aos profissionais cadastrados nos tribunais corrompe a essência do instituto e interfere indevidamente na autonomia de escolha dos interessados.

Para a ponderação entre as normas que ousam debaterem-se entre si é acedida a teoria do diálogo das fontes, idealizada pelo jurista Erik Jayme, que defendeu que “as sociedades pós-modernas convivem com múltiplas fontes legislativas vocacionadas à regulamentação dos mesmos fatos”.⁴⁶

⁴⁵ Artigo 11 da Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação (BRASIL. Presidência da República – **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**).

⁴⁶ JAYME, Erik – Entrevista. Diálogo com a Doutrina (seção). **Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)**. 1:3 (2000) 289-293.

Essa constatação evidencia-se no campo do direito privado, onde vigem os códigos gerais que concorrem com microssistemas de regulação, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, direito marítimo e aeroviário de e tantos outros microssistemas jurídicos.

Diante da nova realidade normativa, propôs o doutrinador Jayme a substituição do antigo mecanismo de exclusão de normas incompatíveis por um mecanismo de aplicação simultânea e harmônica, coordenada pela sistemática composta de leis principais coexistentes no ordenamento jurídico.

Altera-se o padrão da simples retirada ou revogação de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do monólogo de uma só norma (a comunicar a solução justa), sendo à convivência dessas normas jurídicas, o diálogo destas para alcançar a sua *ratio*, à finalidade visada ou narrada em ambas.

Este contemporâneo é necessário ao diálogo das fontes, permitindo a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes de leis convergentes com o fim de oferecer proteção efetiva quanto e leva a tal aplicação.

O ‘diálogo das fontes’ significa que decisões de complexos casos da vida são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação delas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente às vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos.

Apoiando-se na proposição feita por Erik Jayme⁴⁷ para a questão da escolha do mediador, enxerga-se que a norma do CPC vigente se preocupa com o *leitmotiv*, ou seja, *discurso* da mediação, isto é, no emprego de esforços para garantir a eficácia do procedimento para produzir as condições favoráveis para entendimento e a concretização da solução amigável dos conflitos.

Nos artigos 12 e 25 da Lei da Mediação, apesar de inseridos em lei posterior e especial, tem a imposição da distribuição mecânica do mediador, o que fere de morte a subjetividade própria do instituto.

⁴⁷ Erik Jayme é jurista alemão. Até sua aposentadoria foi professor de Direito Privado, Direito Internacional Privado e Direito Comparado na Universidade de Heidelberg. Atuou como Presidente do *Institut de Droit International*, de 1997-1999, e é vice-presidente da Academia de Haia de Direito Internacional, desde 2004.

Por meio da teoria do diálogo das fontes, há subsídios para a preservação do disposto no artigo 168, primeiro e segundo parágrafos do CPC vigente, de modo que a distribuição aleatória do feito a mediador cadastrado no tribunal permanecerá condicionada à ausência de consenso entre as partes quanto ao profissional indicado para assumir o referido encargo, porém a todo tempo é bom lembrar que a melhor maneira é que sejam dois mediadores, podendo ser um de cada parte.

O artigo terceiro da Lei de Mediação esclarece que podem ser objeto de mediação tanto os conflitos que versem sobre direitos disponíveis como também os que versem sobre direitos indisponíveis, mas que admitam transação. Nessa derradeira hipótese, a composição galgada pelas partes deverá ser normalmente homologada em juízo, exigindo-se a oitiva do Ministério Público sobre os termos do acordo.

Quanto ao procedimento de mediação, o artigo 16 permite que as partes peçam ao juiz a suspensão do processo arbitral ou judicial em curso por um prazo suficiente para a tentativa de resolução consensual de litígio. A decisão que defere o pedido é irrecorrível, porém não impede a concessão de medidas de urgência.

Adiante, no artigo 17, expôs que se considera instituída a mediação no dia designado para a primeira reunião de mediação. O parágrafo único esclarece que o prazo prescricional da ação resta suspenso enquanto durar o procedimento de autocomposição.

Infelizmente pecou em equívoco o Código Fux, o que foi reproduzido pela Lei de Mediação que capitou o princípio da autonomia da vontade no artigo 2º, inciso IV, mas, em seguida, veio a determinar que todos os processos sejam encaminhados à mediação, exceto quando se constatar a improcedência liminar do pedido.

A própria lei ainda autoriza que os particulares venham incluir cláusulas de mediação em contatos que celebrarem, o que torna a primeira sessão de mediação obrigatória.

Segundo os termos do artigo 18 c/c artigo 2º, as sessões seguintes somente poderão ocorrer com a anuência das partes. A mesma cláusula impositiva de mediação no contrato pode ainda prever a penalização do signatário que se recusar a comparecer ao primo encontro de mediação. Caso seja silente quanto à sanção aplicável, aplicar-se-á a previsão do artigo 22, segundo parágrafo, inciso IV, do mesmo diploma legal.

Mesmo quando no conflito uma das partes for Poder Público, seja União, Estados, o Distrito Federal ou Municípios, poderá criar câmaras de Arbitragem e/ou

mediação e de resolução administrativa de conflitos, no âmbito de órgãos da Administração Pública, com a atribuição para resolver os conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a possibilidade da autocomposição e a efetivação deles em conflitos envolvendo particulares e pessoa jurídica de direito público; promover a celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC).

A criação de câmaras citadas acima são forma prevenção e resolução de conflitos e não representa propriamente uma inovação, uma vez que a Advocacia Geral da União já instituíra, em 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

Destaque-se que há possibilidade de as câmaras avaliarem a admissibilidade de composição consensual de conflitos envolvendo particulares e pessoas jurídicas de direito público. Trata-se de forma iniciante de instituição da mediação na esfera administrativa, cumprindo às câmaras a definição de políticas de conciliação no âmbito de sua competência. O permissivo legal se estendeu até para as demandas coletivas, conforme o disposto no artigo 33 da lei.

Assim, caso essa ferramenta seja bem utilizada, será possível que as matérias já pacificadas pelos tribunais e as demandas repetitivas sejam sanadas consensualmente, reduzindo-se a canalização de processos para Judiciário.

As câmaras funcionarão dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia-Geral da União, Procuradoria Geral do Estado e Procuradoria do Município) e terão autonomia para definir os requisitos qualitativos e quantitativos para o encaminhamento de propostas à mediação, a fim de que sirvam como baliza para a atuação dos Procuradores Públicos.

Portanto, é certo que a Lei de Mediação abriu os horizontes da autocomposição amigável e consensual no âmbito do direito administrativo. Enfim, o legislador pátrio adotou a doutrina contemporânea da ductilidade constitucional, tão difundida por Gustavo Zagrebelski, segundo a qual o pluralismo jurídico inspira a superação da eterna dicotomia existente entre Poder Público e cidadãos, sugerindo, mais uma vez, a aproximação pelo diálogo.

Infelizmente, as disposições não se aplicam às controvérsias versando sobre tributos administrativos da Receita Federal e aos créditos inscritos em dívida ativa da União. Os acordos em torno dos executivos fiscais contribuiriam muito para desafogar a

Justiça Federal e Estadual, onde milhares de processos duram anos sem a menor perspectiva de solução.

Nos termos do artigo 34 da Lei de Mediação, a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual do conflito suspende a prescrição. Considera-se instaurado devidamente o procedimento quando o órgão ou a entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo os efeitos dessa decisão à data de formalização do pedido.

Também previu um regramento específico para a pacificação consensual de conflitos na esfera da administração pública federal.

O artigo 35 da Lei de Mediação também consagrou a figura da transação por adesão, que possibilita que as demandas repetitivas sejam solucionadas internamente a partir da observância de certos parâmetros fechados e vinculativos.

A proposta de acordo somente será possível se fundamentada em autorização expressa do Advogado-Geral da União, com base em jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores ou em parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, conforme determina o artigo 35, inciso I da Lei de mediação.⁴⁸

Discorrendo sobre a lei, o Desembargador do Tribunal Regional da Quarta Região, Dr. Paulo Afonso Brum Vaz, adverte que não é correto cogitar em autocomposição no estrito sentido do termo, senão em modalidade contratual que transformou o direito em mercadorias (*law shopping*) e os cidadãos em consumidores de direito (*supiot*).

Afirmou literalmente:

“São os contratos cujo objetivo primordial não é mais trocar determinados bens nem selar uma aliança entre iguais, mas legitimar o exercício de um poder e a subordinação. Nos acordos em que figura como parte o Poder Público, com propostas fechadas e condicionamentos administrativos ditados unilateralmente, a partir de uma lógica de eficiência, algo como um *all or nothing*, tem-se uma espécie de contrato de dependência dirigido, trazendo consigo, ostensivamente, o arbítrio, o poder e a subordinação.”⁴⁹

⁴⁸ Artigo 35 da Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação (BRASIL. Presidência da República – **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**).

⁴⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. São Paulo: Conjur, 3 Jul. 2015. [Consult. 5 Jul. 2015]. Disponível em WWW: <URL:<https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas>>.

De toda maneira, não se ignora que norma atenderá ao fim de inibir a judicialização de demandas repetitivas, autorizando aos cidadãos aderirem às condições previamente estabelecidas em matérias já devidamente pacificadas pelas Cortes.

O sucesso da transação por adesão dependerá de fatores como a efetiva pacificação de demandas recorrentes pelos Tribunais Superiores, uma atuação eficiente do Advogado-Geral da União na concessão de autorização ou emissão de pareceres favoráveis à composição e, finalmente, a qualidade dos requisitos e das condições estipuladas para a resolução interna de conflitos.

Importante ainda frisar que a formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não acarreta a renúncia tácita à prescrição e nem tampouco à sua interrupção ou suspensão. Se a controvérsia jurídica envolver órgãos ou entidades de direito público da administração federal, a AGU deverá realizar composição extrajudicial do conflito. Nessa hipótese, caso não haja acordo entre as partes, caberá ao Advogado-Geral da União dirimir o conflito.

Segundo os termos do artigo 39, a propositura da ação judicial em que figurarem, simultaneamente nos polos ativo e passivo, os órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal dependerá de autorização prévia do Advogado-Geral da União.

O artigo 40 determina ainda sobre a responsabilidade de servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial, aduzindo que somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou penalmente aqueles que, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiros.

A norma é extremamente polêmica por afastar a caracterização de crimes funcionais culposos na autocomposição. Assim, parece que o legislador escolheu premiar a boa-fé dos litigantes que acreditem nas formas autocompositivas. A condenação de procuradores por culpa na tabulação de acordos poderia inibir as iniciativas de composição, sombreando-as com o temor de represálias administrativas ou de responsabilização criminal por eventuais danos causados ao Poder Público.

O artigo 46 aderiu à decisão solene do Código Fux de permitir que a mediação seja conduzida por meio eletrônico, facultando-se que a parte domiciliada no exterior participe normalmente da mediação nos termos da lei. No âmbito da Justiça Federal, a

conciliação virtual já vem sendo praticada desde 2012 e permite que as partes sejam localizadas em diferentes pontos do planeta e se conectem de forma eficaz e segura, além de econômica.

A aprovação da Lei de Mediação constitui um marco normativo importante e também o CPC de 2015 traduz uma virada revolucionária na forma de tratamento dos conflitos de interesses. Vislumbra-se um maior empoderamento dos cidadãos além da possibilidade de que assumam efetivamente o papel de protagonistas na solução consensual de desavenças.

Para que isso seja possível, contudo, será necessário que os magistrados e também os advogados, defensores públicos, representantes do Ministério Público e serventuários da Justiça reconheçam a importância de mecanismos consensuais e cedam espaço para que as partes dialoguem e busquem conjuntamente o entendimento.

As inovações legislativas representam, assim, um primeiro passo relevante, mas a caminhada é longa e muito dependerá da mudança cultural dos cidadãos e da justiça brasileira. Ainda vige muita desconfiança em torno da incorporação da mediação como método de resolução de conflitos. Os mais céticos advertem que a institucionalização do consenso, menos do que educar para a autonomia de uma cidadania ativa, atuará mais como barreira de contenção e engessamento de instrumentos populares de empoderamento social.

Há fortes indícios, como a obrigatoriedade da mediação, a exigência de imparcialidade do mediador, a intenção da lei em vincular as partes ao mediador escolhido por distribuição mecânica e aleatória, por exemplo, dentre tantos outros fatores legislativos e materiais que afetam negativamente a credibilidade da mediação.

Por outro lado, quando apenas implicitamente a lei proíbe os juízes de participarem das sessões de mediação, esta tenta resguardar a esfera de liberdade dos cidadãos contra as interferências indevidas, pois muitos juízes já tomam para si a tarefa de mediar os conflitos; e, quando essa mediação resulta como infrutífera e o feito retoma o processo adjudicatório, surge a preocupação com os impedimentos éticos e morais que o circundam.

A regulamentação mais amiúde da mediação servirá não somente para educar os cidadãos para o exercício de seus direitos, mas, especialmente, para conter o arbítrio dos magistrados na condução dos processos. Os conflitos mais importantes, que

envolvam laços sociais mais duradouros deverão ser solucionados por mediadores cuja atuação seja pautada por princípios de independência e confidencialidade.

O estímulo à mediação no Brasil deve ser criterioso a fim de conter abusos e adesões forçadas ou até involuntárias aos acordos, sendo indispensável que os litigantes sejam esclarecidos sobre as vantagens advindas da mediação, porém não devem sofrer pressões para participar de processos alternativos, particularmente se o caso concreto indicar que as motivações daquele conflito são inegociáveis.

Cumprir garantir aos jurisdicionados um ambiente favorável e saudável para haver composições espontâneas e livres de toda gama de influências ou coações, afinal as soluções devem ser satisfatórias e convincentes para os participantes, observando-se cuidadosamente as peculiaridades e os anseios envolvidos.

A institucionalização de tais mecanismos alternativos de resolução de conflitos procura auxiliar o Judiciário brasileiro a cumprir a promessa constitucional de acesso à Justiça e a duração razoável do processo.

O caminho é longo, mas é relevante haver a construção de consenso para a pacificação social e é reconfortante saber que a Justiça brasileira caminha firmemente na direção mais justa e democrática, conforme é próprio do Estado Democrático de Direito.

4 FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO

O termo *Ferramentas* ou mesmo *Caixa de Ferramentas*, segundo Almeida, é metáfora usualmente empregada na prática da mediação para designar o conjunto de técnicas e procedimentos utilizados na dinâmica desse processo⁵⁰.

Um dos maiores desafios para mediação é trabalhar desarmando as defesas ou acusações das partes, buscando a cooperação entre elas e o caminho para uma solução conjunta, para estimular o procedimento e, enfim, estimular o entendimento recíproco.

Como é sabido, a mediação atua como prática objetiva a favorecer o diálogo e, para tanto, utiliza-se de várias ferramentas a fim de permitir que os medianos consigam realizar dinâmica pautada na comunicação, favorecendo as suas relações.

Tais ferramentas são fundamentais tanto para a construção do *rapport*⁵¹ como para o aperfeiçoamento do diálogo entre os medianos, sendo este o principal objetivo do trabalho na mediação.

É importante reforçar que as ferramentas são utilizadas durante todo procedimento de mediação, sendo crucial para o mediador o seu conhecimento e a sua aplicação nos diferentes momentos do processo⁵².

⁵⁰ ALMEIDA, Tania – **Caixa de Ferramentas em Mediação. Aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2013.

⁵¹ “Rapport é a capacidade de entrar no mundo de alguém, fazê-lo sentir que você o entende e que vocês têm um forte laço em comum. É a capacidade de ir totalmente do seu mapa do mundo para o mapa do mundo dele. É a essência da comunicação bem-sucedida” (ROBBINS, Anthony – **Poder sem Limites**. São Paulo: Best Seller, 1987, p. 27).

Os elementos universais do *rapport* são o sorriso, considerado a sua chave universal; otimismo que transmite confiança e sensação de poder; tratar o seu outro pelo nome – aliás, dizem que o nome é o som mais afável que se pode ouvir; paciência (que saiba ouvir, quando alguém fala, tudo o que quer, é ser escutado). Tal técnica que atinge nível inconsciente deve ser realizada com discrição, elegância e sutileza; caso contrário, será capaz de irritar seu interlocutor, pois parecerá uma criança patética desejando implicar com seu colega, apenas imitando-a em todos seus gestos.

⁵² Existem pelo menos cinco técnicas de mediação, a saber: a escuta ativa, *rapport* (palavra de origem francesa que se refere a uma relação de empatia com o interlocutor; trata-se, portanto, de técnica que visa ganhar a confiança das partes, propondo um diálogo aberto e construtivo a fim de influenciar as partes a alcançarem a autocomposição; parafraseamento, que consiste na reformulação, pelo mediador, de frases ditas pelas partes, a fim de sintetizá-las ou reformulá-las sem alterar seu conteúdo; assim, o mediador se esforça em facilitar o entendimento do real significado, para que as partes fiquem livres para captar novos significados nas proposições; *brainstorming* é semelhante à técnica usada frequentemente no chamado marketing jurídico, quando o mediador incentiva a criatividade das partes e busca capturar ideias que sejam viáveis para o caso em questão; *caucus*, que é a técnica em que o mediador realiza uma reunião privada com cada uma das partes, separadamente, durante a fase de negociações, para oportunizar o estabelecimento de proximidade e confiança entre elas e o mediador; essa técnica ainda pode ser usada para apaziguar os ânimos e auxiliar no fluxo de informações, reunir informações úteis para a negociação e ajudar as partes a rever a força de seus casos.

Recontextualização ou parafraseio

A recontextualização⁵³ consiste em uma técnica em que o mediador estimulará as partes a perceberem determinado contexto a partir de outra perspectiva. E tal tarefa consiste em estimular a pessoa a considerar ou entender certo comportamento, expressão, interesse ou situação, de forma mais positiva, para que se possa trabalhar as soluções também positivas para aquela questão.

É importante identificar os valores em confronto em cada situação. O sentido original da fala é mantido e podem ser usadas as mesmas palavras ou expressões do discurso dos mediandos. O mediador também deve chamar a atenção para outros aspectos relevantes e significativos das falas dos medianos, levando-os a uma atenta escuta.

Audição de propostas implícitas

Encontramos numa mediação muita dificuldade em as partes se comunicarem de uma forma neutra e efetiva.

Normalmente estão estressados e exaltados. O que acontece, em geral, é uma comunicação⁵⁴ ruidosa e inadequada, cujas partes, muitas vezes, podem propor soluções mesmo sem perceber. O mediador deve, enfim, identificar tais propostas para os mediandos a fim de que eles possam construir uma solução consensual.

Afago ou reforço positivo

Trata-se de atitude do mediador com um comportamento produtivo das partes ou dos advogados, se for uma mediação que conte com a presença desses profissionais. Tal atitude é uma forma de estimular positivamente as partes ou advogados para que continuem a ter uma atitude positiva em face da mediação.

⁵³ Promover o reconhecimento recíproco, ou REC, é a capacidade do mediador de fomentar o entendimento recíproco em relação às situações referidas pelos mediandos, desobstruindo o canal de comunicação entre eles, tornando-o funcional e possibilitando que cada um dos envolvidos consiga compreender a perspectiva do outro. Para tanto, o mediador demonstra humildade em conhecer menos que as partes acerca de suas vidas, podendo usar histórias e metáforas que facilitem tal entendimento e valorizando do que as partes viveram juntos.

⁵⁴ O que se busca não é a verdade real, mas, sim, a verdade que para as partes satisfizer as suas pretensões, não importando se os fatos se deram exatamente da maneira acordada. Objetiva-se o consenso, e não descobrir um culpado pela origem do conflito.

Muitas vezes, pode-se demonstrar o afago através de expressão facial ou mesmo da linguagem corporal. O mediador deve sempre tomar cuidado para que o afago seja natural porque, de outra forma, poderia não ser compreendido pelas partes.

O mediador, à guisa de exemplo, pode dizer: “Estamos avançando na mediação. Estão sendo muito produtivas as opções que vocês estão trazendo” ou, então, “Estamos dialogando com o que acena para uma possível solução”.

Sessões privadas ou individuais ou *caucus*

As sessões privadas são encontros realizados entre o mediador e cada uma das partes, sem que a outra esteja presente. É utilizada com as duas partes, com igual tempo para ambas.

Os objetivos são diversos, a saber: permitir a expressão de sentimentos, sem aumentar o conflito; eliminar uma comunicação não produtiva; identificar e esclarecer questões; evitar reações que dificultem o acordo; aplicar a técnica de inversão de papéis; evitar o comprometimento prematuro com soluções ou propostas; explorar algum desequilíbrio de poder; trabalhar habilidade de negociação com as partes; examinar alternativas; desfazer os impasses; avaliar as propostas da sessão conjunta com cada parte; evitar situações inadequadas à mediação.

Inversão de papéis

É técnica para desenvolver a empatia entre as partes. Cada um deve perceber o contexto sob a perspectiva do outro. Recomenda-se, geralmente, que tal técnica seja utilizada em sessões privadas. Afora isso, o mediador deverá avisar às partes que é uma técnica e que será aplicada com a outra parte também.

Muitas vezes, as partes sentem o constrangimento pelo fato de estarem em conflito e tendem a colocar a culpa ou a responsabilidade no outro. Por essa razão, a técnica de inversão de papéis serve para que cada um se coloque no lugar do outro, percebendo o contexto no qual se encontra inserido e a visão que possui sobre o conflito.

Novamente exemplificando, temos o mediador que fala para uma das partes em um conflito entre consumidor e comerciante: “O senhor, apesar de ter seu comércio, também é consumidor” e, aplicando a técnica de mediação chamada de inversão de

papéis, que será utilizada com a outra parte também, pergunto-lhe: “como você gostaria de ser tratado como consumidor, no caso da devolução de um produto com defeito?”

Geração de opções ou *brainstorming*

É cediço que o mediador não apresenta soluções e, sim, apenas estimula as partes a criá-las. Afinal, as partes devem aprender a buscar opções sozinhas, já que a mediação tem um papel educativo e, em novas situações conflituosas, tenderão a buscar suas próprias soluções.

O mediador deverá realizar perguntas que auxiliem as partes a pensar em soluções conjuntas; assim, as partes geram o maior número de opções possíveis. Uma outra questão muito relevante é levar uma parte a pensar nos interesses da outra, ou seja, em alguma sugestão que pudesse ser dada e aceita pela outra parte.

Com essa ferramenta, o mediador anima e estimula a criatividade das partes e incentiva sua imaginação, fazendo com que elas pensem em algo novo e não fiquem presas às perspectivas antigas que não lograram êxito. Novamente exemplificando, poderá o mediador perguntar, a saber: “O que você pode fazer para ajudar a resolver esta situação?” ou “Para você, o que poderia funcionar como solução?”

Normalização

O conflito é uma das características naturais de qualquer relação humana. As partes se sentem até constrangidas, principalmente quando o conflito vai parar na justiça; assim, atribui-se a culpa a alguém.⁵⁵

Nesse caso, é relevante que o mediador não permita que as partes se culpem e nem se sintam constrangidas ou envergonhadas.

Dessa forma, o mediador deverá normalizar o conflito, isto é, fazer com que as partes percebam que o problema pode levá-las à construção de uma melhora ou um aperfeiçoamento em sua relação.

⁵⁵ A despolarização do conflito é considerada a etapa em que se passa da fase de ânimos exaltados para outra fase em que as partes começam a demonstrar empatia e a buscar alguma solução ao seu conflito. Cabe ao mediador demonstrar que, muitas vezes, os interesses das partes são congruentes, e estes só percebem isso, devido à falha da comunicação.

Percebe-se que essa ação do mediador diante do conflito entre um ex-casal que discute sobre a guarda dos filhos deve sublinhar que ambos estão preocupados com o bem-estar deles e desejam o que seja melhor para eles.

Organização de questões e interesses

As partes geralmente perdem o foco em situações de disputa, abandonando as questões que são importantes para a solução da mediação. O mediador, nesses casos, deve estabelecer uma relação com as questões a serem trabalhadas e os interesses reais das partes.

É fundamental a identificação de interesses reais e de valores reais. Porque, quando as pessoas se expressam em um conflito, estão expondo suas posições ou interesses aparentes, por detrás dos quais existem interesses ou valores reais⁵⁶.

Validação de sentimentos

Consiste em identificar os sentimentos que foram desenvolvidos em razão dos conflitos e laborá-los como uma consequência natural. Então, o mediador acolherá e legitimará um comportamento considerado como negativo, identificando nele o que há de positivo: uma necessidade não atendida.

O autor William Ury⁵⁷, em sua obra intitulada *O poder do não positivo: como dizer NÃO e ainda chegar ao SIM*, demonstra que, por trás de cada “não”, há um “sim” subjacente, escondido. Quanto mais importante for o valor defendido, mais forte será o

⁵⁶ O silêncio pode ser usado pelo mediador com diversos fins no procedimento de resolução de disputa; a situação de silêncio provoca nas partes a reflexão, ainda que momentânea, sobre a forma como estão agindo. Nesse sentido, quando uma parte acena, com sinais, que dará um importante passo para a resolução da controvérsia, é interessante que o mediador teste esta técnica.

⁵⁷ URY, William – **O poder do não positivo: como dizer NÃO e ainda chegar ao SIM**. São Paulo: Campus, 2007. William Ury é norte-americano, acadêmico, antropólogo, especialista em negociação e cofundador do *Harvard Program on Negotiation*, além de ajudar a fundar a Rede Internacional de Negociação com ex-presidente Jimmy Carter. É coautor da obra intitulada *Getting to Yes* com Roger Fisher, onde definiu o método de negociação de princípios e estabeleceu a ideia da melhor alternativa para acordo negociado (BATNA) dentro da teoria de negociação. Outras obras de Ury são: *Além da linha direta: Como o controle da crise pode prevenir a guerra nuclear* (1985); *Obtendo Controvérsias Resolvidas: Projetando Sistemas para Reduzir os Custos do Conflito* (1988), com Jeanne M Brett e Stephen B Goldeberg. *Getting Past No: Negociando com Pessoas Difíceis* (1993); *Chegando à Paz: Transformando o Conflito em Casa, no Trabalho e no Mundo* (1999), publicado em brochura como a obra intitulada *O Terceiro Lado: Por que lutamos e como podemos parar* (2000); e *Chegando a Sim com você mesmo (e outros oponentes dignos)* (2015).

“não”. É a partir de uma escuta ativa que o mediador poderá identificar e trazer à baila esse valor para a mediação.

A validação de sentimentos, na mediação, será feita de forma a acolher o valor defendido e nunca deve ter um caráter de repreensão. Assim, exemplificando, quando um mediador disser para as partes que estão de forma irritada e interrompendo uma a outra, deverá afirmar: “Entendo que ambos estão irritados porque querem resolver esta situação. Ao mesmo tempo, não vejo como essa forma de comunicação pode ajudar a construção de uma solução que seja aceitável para vocês. Posso contar com a colaboração de vocês?”

Escuta ativa

Escuta ativa é uma escuta de qualidade e requer que o mediador tenha efetiva participação no diálogo, em que identifica as questões e que legitima os mediandos e faz com que eles se sintam verdadeiramente compreendidos e considerados nas questões que trazem para a mediação.

Isso os ajuda a sair de suas posições rígidas e a confiar no processo do diálogo. A mediação é, pois, o lugar para que eles trabalhem o conflito. É através da escuta ativa que as partes encontrarão, entenderão e incluirão a perspectiva do outro, mantendo as suas, sem se sentirem ameaçadas.

Para ser ter um bom mediador há de se ter uma personalidade compatível e apropriada para essa tarefa; é importante a técnica que requer estudo, observação, supervisão e prática. Na verdade, é relevante que o mediador tenha em mente que ele tem uma caixa de ferramentas com técnicas, mas ele não tem um manual de como usá-las.

A técnica de recontextualização enquadra o problema em outro marco que pode ser mais abrangente, menos abrangente ou simplesmente diferente, de acordo com as circunstâncias.

Já a técnica da legitimação também chamada de técnica do afago, está relacionada a uma conotação positiva das posições das partes, reconhecendo-as como legítimas. Tal técnica ajuda as partes a mudar de posição dentro das histórias que trazem, tirando-as de lugares de vitimização ou tirania.

Outra técnica fundamental que as partes também devem usar é a escuta ativa. A escuta inclui os elementos verbais e não verbais. O mediador deve ouvir e interpretar

com os elementos que o outro está trazendo, além de também registrar o que está sendo dito com a anotação de palavras-chave e de demonstrar que ouviu e compreendeu o que foi dito.

Durante a mediação é igualmente possível deixar que as partes elaborem catarse, vindo a manifestar suas emoções, mas ressalve-se o cuidado para não tocar em questões psicológicas que exijam um especialista. É importante que o mediador tente sempre agir com total transparência e demonstrar a atenção para não quebrar a relação de confiança com as partes.

As competências exigidas de um mediador *online* ainda são mais especiais e desafiadoras, pois, além da capacitação técnica e da prática de mediação, o mediador precisa de outros conhecimentos próprios do ODR (*online dispute resolution*), devendo estar familiarizado com a tecnologia e desenvolver competências e ferramentas especiais para bem exercer seu ofício pela internet. O primeiro ponto é estabelecer o acolhimento, e o *rapport*⁵⁸ (a criação de relacionamento) no ambiente *online* requer mais atenção dos mediadores.

Contudo, não é tão difícil até mesmo porque nos treinamentos de mediação presenciais são utilizados vídeos para a análise comportamental durante o treinamento de capacitações técnicas.

Concordamos que é mais acolhedora uma sala de sessão de mediação *online* se comparada com as salas utilizadas em muitos dos CEJUSCs, porém o mediador tem um cenário bem desafiador para transmitir o devido acolhimento e garantir a boa isonomia.

Com base nisso, é preciso prestar atenção ao processo de capacitação contínua dos mediadores; assim, as técnicas de linguagem corporal poderão dar maior acolhimento às sessões.

Alguns dos principais desafios práticos são, a saber: para onde olhar? Afinal, o mediador *online* deverá olhar, enquanto fala, para a tela, para as partes ou para a câmara? Como posicionar melhor a câmara? Como dar atenção para ambas as partes no

⁵⁸ O *rapport* é o estabelecimento da aliança terapêutica ou aliança de trabalho e tem por objetivo abrir as portas para uma comunicação fluente e bem-sucedida. O *rapport* é técnica mais poderosa das relações humanas e o principal ingrediente de todas as comunicações e mudanças. É a capacidade de criar aspectos comuns entre duas ou mais pessoas, gerando uma atmosfera de respeito e confiança. É ver o mundo sob o ponto de vista do outro. É como se o outro olhasse para você e visse a si mesmo no que diz respeito a seus valores, expectativas e anseios. É uma ponte entre dois mundos.

ambiente *online*? Como e em qual momento interromper as partes quando o conflito acirra e todos falam ao mesmo tempo no ambiente *online*? Como segurar a vontade do mediador *online* de se aproximar muito da câmara, se o conflito se acirrar entre as partes durante a sessão?

Recomenda-se que a câmara seja posicionada no quadrante do olhar e um pouco abaixo, para que o mediador fique em posição de destaque superior. O mediador deve atentar para um olhar mais acolhedor durante a sessão, procurando não franzir a sobrancelha.

Também tem relevância o cenário onde serão realizadas as mediações, pois muitos mediadores trabalham em suas próprias residências. Já se afirmou que livros ao fundo conferem a sensação de maior confiabilidade.

Deve o mediador atentar para as partes, enquanto falam, para perceber e ler seu comportamento; o mediador também deverá direcionar o olhar para a câmara quando estiver falando. Um conforto para o mediador é segurar um objeto simbolizando cada uma das partes para passar a sensação de maior acolhimento e também controlar a vontade de se posicionar ainda mais próximo à câmara.

Mais do que um diálogo positivo e a visão de futuro na mediação *online*, torna-se necessária a energia positiva. Destacou ainda a relevância do bem-estar do mediador, autoconhecimento e preparo antes de iniciar a sessão, empregando sua energia positiva.

O especialista ressaltou também a importância de estabelecer previamente os combinados entre as partes antes da sessão da mediação, com o tempo de fala de cada um dos participantes, a importância do discurso de abertura para melhor controle no momento em que ambas falam ao mesmo tempo.

O Reclame Aqui, um *site* onde mais de trinta mil consumidores relatam seus problemas, criou uma plataforma de mediação *online*; nesse *site*, em torno de 78% dos conflitos são resolvidos, mas 22% ainda precisam de solução, obrigando o consumidor a judicializar o conflito.

A plataforma virtual possibilita a comunicação aos clientes e às empresas colaborando para a resolução de problemas diretamente entre si, por meio apenas de um computador ou telemóvel e um mediador. A maior novidade é que a economia processual é de até 80% em relação às comuns vias judiciais. No processo de mediação, basta a

empresa fazer o convite ao consumidor e este aceitá-lo. As partes poderão, então, chegar a um acordo e, em até uma semana, o conflito é resolvido de forma simples, rápida e eficaz.

O procedimento começa com a empresa indicando os conflitos e quais deles são passíveis de mediação. A parte recebe uma carta convite com as informações necessárias sobre o caso e cabe a ele aceitar ou não, de forma voluntária, o convite. Os mediadores têm acesso aos casos concretos indicados e podem escolher quais querem mediar. Uma vez que estejam de acordo, é feita mediação, e o problema poderá ser resolvido.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça no Brasil permitiu acordos para resolver os conflitos relacionados com os Jogos Olímpicos. Foi o sistema de mediação digital submetido no Portal do CNJ, possibilitando a resolução de problemas entre todos envolvidos, a saber: espectadores, participantes da Rio 2016 e o próprio Comitê Olímpico.

A medida integra o termo de cooperação técnica assinado pelo Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 e o CNJ e teve validade até maio de 2017. As empresas parceiras do evento puderam aderir ao acordo por meio de termo de adesão específico. Ao firmarem parceria com o sistema de mediação digital, as empresas se obrigam a resguardar o sigilo legal das informações trocadas durante as negociações.

Assim como outras empresas que já aderiram ao projeto, caso seja necessário, os acordos poderão ser homologados pela Justiça, ao final das sessões de mediação, também por meio da plataforma digital.

No caso de haver o acordo, uma mediação presencial será marcada e deverá ocorrer nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), criados pela Resolução 125/2010, que instituiu a Política Nacional de Tratamento adequado de conflitos no âmbito do Judiciário.

Aspectos jurídicos da mediação por *WhatsApp*

Recentemente temos observado que o aumento da quantidade de órgãos da justiça brasileira utilizando o aplicativo *WhatsApp* para diversas finalidades, como citação, envio de sentença, de sessões de mediação e de conciliação, dentre outras...

O *WhatsApp* é atualmente o aplicativo mais eficaz de comunicação que propicia a troca de mensagens instantâneas entre as pessoas e que, por ser muito versátil, tem sido o mais usado para variados propósitos, desde promover compras e vendas e até mesmo facilitar a ajuda humanitária em zonas de guerra.

Devido à grande proximidade dos institutos de mediação e da conciliação, principalmente sob o aspecto principiológico, este texto faz referência à mediação, porém todas as observações são igualmente aplicáveis à conciliação.

Todo o procedimento de mediação e conciliação é informal e bastante flexível, podendo, portanto, ser realizado por meios eletrônicos, em especial por intermédio de troca de *e-mails*, mensagens de texto, mensagens de voz e até chamada de vídeo.

A informalidade da mediação nos indica que não é necessário e não exige seguir forma pré-fixada, assim como não possui um rito formal rígido e solene mais específico. Já a flexibilidade, por sua vez, nos remete à possibilidade de adaptar o procedimento, as circunstâncias, as necessidades das partes e da disputa do objeto em uma mediação, de sorte que os aplicativos de troca de mensagens eletrônicas, por exemplo, são meios considerados como idôneos e honestos para a realização de procedimentos de mediação e conciliação.

A mais expressiva vantagem da ferramenta eletrônica de comunicação é a possibilidade de obter a mediação de pessoas situadas em diferentes locais, regiões e países, bem como o fato de poder economizar tempo de advogados, partes e de servidores públicos, além ainda de promover a economia com gastos de deslocamento dos mediandos. Não é necessário também haver a disponibilidade de um espaço físico para sua realização, bem como haver o deslocamento de pessoas até o local da sessão ou da audiência para esse fim.⁵⁹

⁵⁹ A Ministra Nancy Andrighi, que foi a precursora da técnica da mediação no Brasil, pronunciou-se no sentido de que o sistema tradicional não promove soluções em sentido amplo, pois não penetra no âmago dos sentimentos das partes e, por consequência, não resolve por completo o problema. Para tanto, diversas técnicas, entre elas a mediação, são utilizadas como ferramentas adequadas ao tratamento desses problemas enfrentados pelo cidadão/litigante. Em junho de 2016, o CNJ apresentou a primeira plataforma virtual de mediação, cujo lançamento já havia sido marcado na abertura do 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, que acontece em Brasília (CNJ. Conselho Nacional de Justiça – **Conciliação e Mediação**, Brasília: CNJ, 2017. [Consul. 13 Out. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>). O Conselho denominou a plataforma de “sistema de mediação digital”, cujo acesso se dá pelo próprio *site* do CNJ, de modo a permitir que o interessado, mesmo distante da outra parte, possa buscar a

As ferramentas de telecomunicações também podem ajudar a acelerar o procedimento, pois não há necessidade de aguardar a realização de uma audiência ou sessão de mediação previamente agendada com a presença das partes. Assim, com poucas horas, é possível chegar a um acordo.

Ademais, as pessoas envolvidas podem oferecer uma troca de propostas de acordo no tempo em que julgarem razoável, além de não existir a necessidade, por exemplo, de aceitar uma proposta ou fazer uma contraproposta em um curto espaço de tempo, o que ajuda as pessoas a refletir, formular propostas mais adequadas e decidir com maior segurança, até mesmo, podendo consultar um técnico ou perito no assunto ao longo de todo o procedimento.

Outro ponto positivo é o baixo custo do procedimento eletrônico de mediação, principalmente quando comparado à conciliação pública, que é um serviço oferecido gratuitamente pelos tribunais; o uso de uma ferramenta de telecomunicação pode ajudar a otimizar os recursos da administração pública e destiná-los aos casos em que não é possível a realização de uma sessão *online*.

Além de a aplicação de *WhatsApp* ser de uso gratuito para todos os usuários, o que representa uma vantagem também em comparação às plataformas *online* de mediação, que cobram pelo uso da aplicação, apenas é necessário que o usuário possua uma linha de telemóvel ou um aparelho com acesso à *internet*.

A interatividade é bastante rica, visto que possibilita o envio de mensagens de texto, voz e vídeo e a troca de documentos eletrônicos, sendo possível igualmente a realização de chamadas de voz e vídeo entre duas pessoas.

Todas as funcionalidades existentes podem ser usadas para a realização de mediação, inclusive existe a possível troca de documentos, o que se torna muito útil num procedimento de resolução amigável de conflitos.

Não há registo, até o momento presente, de realização de chamadas em grupos; no entanto, a companhia anunciou recentemente que a função será disponibilizada aos seus usuários, e isso também pode ser usado em mediação *online*.

Além de toda a facilitação que traz o referido aplicativo, é relevante a correta compreensão das mensagens, bem como a correta identificação de emoções das pessoas

produção de um acordo. Outra proposta que vem ganhando público é a plataforma do E-consumidor, disponível no *site* www.consumidor.gov.br, que permite àquele que teve problemas com a aquisição de produtos ou serviços, tentar resolvê-lo pela *internet*.

envolvidas; sob este aspecto, a troca de mensagens de texto não se mostra um meio muito eficaz para a devida promoção de diálogo saudável e construtivo, além de a via da empatia ser distanciada.

Por essa razão, quando se tratar de conflitos de mais densa complexidade, quando existir um vínculo mais profundo entre as partes, assim como os sentimentos e as necessidades das pessoas sejam mais relevantes para o processo, não se recomenda a utilização dessa ferramenta eletrônica.

Uma controvérsia muito debatida é saber, ao certo, se o uso desses aplicativos de mensagens representa uma contribuição positiva ou negativa na dinâmica do conflito. Alguns especialistas aludem que a comunicação em aplicativos de mensagens pode contribuir para eventual desatendimento entre as pessoas e aumentar o conflito.

Por outro lado, especialistas também defendem que as aplicações podem evitar a escalada do conflito e ser úteis em situações em que não é recomendável o encontro presencial entre os mediandos.

Não há um consenso sobre esta questão, o que é relevante a ser considerado, antes mesmo de optar por um meio eletrônico para tratar uma disputa.

Lembremos que a confidencialidade é a questão mais sensível quanto ao uso do *WhatsApp* para promover mediação e conciliação. Não é demais recordar que a Lei 13.140/2015 estabelece expressamente, em seu artigo 30, que toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Portanto, existem alguns parâmetros a serem estabelecidos pela Lei de Mediação⁶⁰ relacionados com o dever de confidencialidade que um aplicativo como o *WhatsApp*, que não foi desenvolvido para realizar mediações conforme prevê a legislação vigente, pois não dá garantias de que sejam observados.

Em resumo, não há como assegurar que o conteúdo tratado num *chat* de mediação por *WhatsApp* não seja compartilhado com terceiros ou divulgados para outras pessoas. Basta cogitar na situação em que alguma das partes ou advogados que participa

⁶⁰ A Lei de mediação (art. 2º) estabelece como princípios norteadores do procedimento a: a) imparcialidade do mediador; b) isonomia entre as partes; c) oralidade; d) informalidade; e) autonomia da vontade das partes; f) busca do consenso; g) confidencialidade; h) boa-fé.

do procedimento possa perder o seu dispositivo móvel, pois terceiros poderão aceder todo o conteúdo arquivado no telemóvel.

Também outras aplicações de *internet* podem oferecer um ambiente seguro, no qual apenas é possível aceder o conteúdo das conversas e documentos com uma chave de acesso (senha), o que as tornam mais seguras sob esse ponto de vista.

A mediação realizada por *WhatsApp* ganhou a garantia de confidencialidade com a criptografia de ponta-a-ponta. Uma possível falha na segurança se refere à identidade das partes e dos advogados. Nada garante que a linha de telemóvel utilizada possa não ter o seu número clonado e o aplicativo acedido por terceiros sem a devida autorização das partes, o que poderia comprometer a confidencialidade quanto ao conteúdo da mediação.

Outro ponto relevante se refere aos dados, posto que não seja possível a recuperação de mensagens e documentos que somente ficam arquivados nos aparelhos de quem enviou e dos que receberam as mensagens. Apenas se o usuário realizar um *backup*, os dados ficarão disponíveis para ele na nuvem. Isso também poderá causar prejuízo durante as negociações, caso os usuários percam o histórico das mensagens trocadas e não consigam mais recuperá-las.

Outro aspecto merecedor de atenção é saber se o aplicativo *WhatsApp*, quando utilizado, cumpre devidamente o que expressa o Marco Civil da *Internet*⁶¹, a Lei Federal 12.965/2014, pois seu artigo 15 determina que o provedor de aplicações de *internet* constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, deverá manter os respetivos registos de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses, conforme os termos do regulamento.

⁶¹ Oficialmente é chamado de Lei 12.965/2014; é a lei que disciplina o uso da internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem utiliza a rede, bem como a fixação de diretrizes para a atuação do Estado. O artigo 19 e seus parágrafos 3º e 4º permitem que juízes de juizados especiais, motivados em “interesse da coletividade”, determinem liminarmente a retirada de conteúdo de um *site* (BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: DOU, 24 Abr. 2014). O Marco Civil reforçaria a possibilidade de censura e eliminação de determinadas informações na *web*. Em troca da garantia de direitos civis, alguns outros direitos civis foram retirados. Especificamente, o Marco Civil determinou a retenção de dados de telecomunicações por um ano. Em nível internacional, e sem transparência, tramitam o Acordo Comercial Anticontrafação (ACTA, em inglês *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*), com o objetivo de estabelecer padrões internacionais para o cumprimento da legislação sobre marcas registradas, patentes e direitos autorais, e a Parceria Trans-Pacífico (TPP, em inglês *Trans-Pacific Partnership*), sobre livre comércio.

Conclui-se que a mediação por *WhatsApp* pode, em tese, ferir o que positivou o Marco Civil da *Internet*, já que não existe a garantia de que os dados sejam armazenados pelo período que a lei determinou. No que se refere à privacidade, o aspecto positivo é o uso da criptografia na transmissão de dados, da qual apenas os usuários possuem as chaves criptográficas e conseguem traduzir as mensagens em seus dispositivos eletrônicos.

Ademais, não é demais recordar que o *WhatsApp* não fora concebido para mediação ou conciliação e, por essa razão simples, tecnicamente, pode não satisfazer adequadamente a algumas necessidades de um procedimento dessa natureza, pois, na mediação, o mediador exerce um papel-chave na administração do procedimento e, em um *chat*, a figura do administrador do grupo apresenta certas limitações para a adequada organização do procedimento.

Também existe a impossibilidade de fazer um registo do caso concreto, com a identificação do processo, mediadores, partes e advogados e de gerar documentos específicos para a mediação, como termos de mediação, carta convite e acordos, por exemplo.

Há, sem dúvida, outras ferramentas disponíveis no mercado que são muito mais eficazes nesse sentido.⁶² Contudo, uma das vantagens do uso do *WhatsApp* é a familiaridade disseminada no meio social, e dos usuários com a ferramenta, trazendo maior dinâmica ao sistema de mediação online, que, muitas vezes, é bem mais complexo e desconhecido pela maioria das pessoas.

Conclui-se que é interessante e até mesmo necessário que os tribunais adotem as ferramentas eletrônicas para ajudar no desempenho de suas atividades precípuas, mas pode ser relevante que o uso do *WhatsApp* seja feito com cautela, principalmente com a escolha adequada dos casos concretos que podem ser objeto de uma mediação *online*.

O ideal seria a criação de um aplicativo desenvolvido especialmente para a mediação ou conciliação e que assegure, de forma satisfatória, a confidencialidade e a

⁶² Os chamados *e-resolutions* são métodos virtuais para composição de conflitos, é expressão sinônima da sigla ODR (*Online Dispute Resolution*) muito disseminada na era virtual contemporânea. Na esfera internacional, forma propagadores da ideia os autores Colin Rule, que publicou, em 2002, o livro *Online Dispute Resolution for Business*, e Ethan Katch em parceria com Janet Rifkin, que publicaram no ano anterior a obra *Online Dispute Resolution*. Tais mecanismos, então, se tratam de procedimentos utilizados como formas consensuais de solução de conflitos, que passaram a adotar a forma *online*, no intuito de gerar rapidez e um maior alcance, principalmente na esfera comercial/consumerista.

segurança dos dados, além do êxito em possíveis acordos. A tecnologia veio exatamente para ampliar o desenvolvimento humano.

Deve-se afirmar que não estamos a negar a relevância do Estado, do Poder Judiciário, mas, sim, a apresentar uma outra forma de pensar, de modo a suscitar a solidariedade e colaboração entre as partes, com o objetivo de que as pessoas consigam resolver os seus problemas por meio do diálogo, em prol de uma saudável vida em sociedade que seja mais responsável e madura, pois as pessoas estariam por elas próprias resolvendo seus conflitos, discutindo-os, explorando-os construtivamente, trabalhando em benefício de uma cultura mais fundamentada na solidariedade, fraternidade e na comunicação.

5 REFLEXÕES FINAIS SOBRE MEDIAÇÃO EM FACE DO CPC/2015

Muito há que esclarecer quanto à mediação para evitar as confusões conceituais. A mediação é mecanismo dotado de abordagem consensual de resolução de controvérsias em que uma pessoa, isenta e capacitada, atua tecnicamente com o fim de facilitar a comunicação e diálogo entre os envolvidos para que eles possam encontrar de forma produtiva o fim do conflito.

Seguindo a tendência de desjudicialização, tanto a mediação como a conciliação visam dar resolução ao maior número de conflitos, que são levados para o Judiciário, mas que admitem práticas consensuais, concretizando a busca espontânea de acordos extrajudiciais.

A intensa e tumultuada litigiosidade tem acarretado uma sobrecarga de trabalho no Judiciário e, *ipso facto*, a gerar a crise de desempenho. Não se verifica apenas o congestionamento das instâncias ordinárias, como também a dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte.

Por conta disso, a mediação foi incluída no vigente diploma processual brasileiro, logo no primeiro capítulo, intitulado Das Normas Fundamentais do Processo Civil. O texto é expressivo ao mencionar que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Portanto, positivou-se a mediação e a conciliação em face da premência de uma resposta mais efetiva e adequada às necessidades das partes e, ainda, em face da crescente burocratização do Judiciário, que não consegue cumprir o mandamento constitucional da duração razoável do processo.

Ademais em face da contribuição de Habermas por meio da teoria da ação comunicativa, sustenta-se que o discurso argumentativo possa atingir o entendimento consensual, afirmando-se que, a partir de uma situação ideal de fala, as pessoas ou sujeitos de direito resolvem seus impasses, havendo emancipação e entendimento mútuo dos atores sociais.

O Judiciário contemporâneo tem se visualizado no centro dos debates atuais, em razão da dificuldade ou do exaurimento da prestação de serviço, o que requer, certamente, mudanças na estrutura física, na capacitação pessoal e, especialmente, as reformas políticas.

Vigem ainda as constantes preocupações doutrinárias e teóricas sobre a racionalidade do instrumento de aplicação do direito e o questionamento sobre a estrutura

necessária para sua plena realização, razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça investe em pesquisas realizadas nas três esferas, a saber, na Justiça Estadual, na Federal e na do Trabalho, apreciando e estatisticamente analisando o número de processos ajuizados por ano, o número de sentenças proferidas por magistrados, de recursos em segundo grau, de magistrados ativos, de serventuários, verificando-se, assim, uma sensível taxa de congestionamento de ordem crescente do Poder Judiciário brasileiro, bem como apontando para a incapacidade de a jurisdição vir a monopolizar a resolução de todos os conflitos de interesses; daí serem as formas complementares de tratamento de conflitos as que conferem positiva celeridade, informalização e pragmaticidade.

A crise do Judiciário perpassa notadamente por dois pontos, a saber: a crise de identidade, em que ainda há questionamentos irrespondidos, quando o real embasamento do papel do Judiciário, como mediador central e principal de conflitos, perdendo espaço e função para outros centros de poder, que sejam mais capacitados a lidar particularmente com a complexidade dos conflitos; e a crise de eficiência, encarada particularmente a partir da impossibilidade de responder de forma eficiente e cabal à complexidade social e litigiosa com a qual se depara cotidianamente.

Dessa crise de eficiência ainda decorre a crise estrutural, com as dificuldades de infraestrutura, de pessoal, de equipamentos, de custos, a crise objetiva, em face da linguagem técnico-formal, utilizada nos procedimentos e ritos forenses e ritos diversos, traduzindo massiva burocratização, morosidade e acúmulo de demandas, a crise subjetiva e tecnológica (incapacidade de lidar com as novas realidades e complexidades) e a crise paradigmática (relacionada aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito na busca de dar o tratamento pacífico à resolução dos conflitos de interesses).

O Estado contemporâneo enfrenta todos os dias o desafio de apresentar mecanismos que possibilitem a convivência comunicativamente pacífica; eis que, para tanto, utiliza-se da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, pela qual se procura uma racionalidade para responder à complexidade social.

O agir comunicativo orienta-se basicamente na harmonização interna dos planos de ação cujas metas são perseguidas somente diante da existência de acordo ou de negociação da situação e das consequências esperadas.

Ademais, os processos de entendimento mútuo visam a um acordo que depende de assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de uma manifestação. O

acordo não pode ser imposto à outra parte, nem pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações.

A ação comunicativa pauta-se em atores capazes que, por meio da linguagem, assumam a postura diante de pretensões de validade do outro. Dessa forma, o ato de fala comunicativamente, isto é, orientado, é de cooperação necessariamente e seu ato se fundamenta na pretensão de que seja verdadeiro no mundo objetivo e seja correto em relação ao mundo social, ao invés de apenas em relação ao mundo subjetivo.

Os pressupostos de uma ação comunicativa, enquanto condições de acesso ao mundo da vida e meio de formação de consensos, podem ser resumidos diante da necessidade de os participantes terem mútua capacidade de responder por seus atos, responsabilizando-se por eles; os participantes devem estar mutuamente dispostos ao entendimento e a atuar sobre um consenso, ou seja, buscando um acordo.

O mediador busca, de forma imparcial, promover a reflexão dos envolvidos sobre os pontos relevantes da controvérsia, de modo a viabilizar a restauração produtiva do diálogo, e focar as mais inovadoras previsões do CPC de 2015 que possam ensejar controvérsias.

A propósito, o vocábulo *mediação* é citado em vinte e duas ocorrências, o que, por si só, representa considerável mudança, já que nos diplomas processuais anteriores não havia nenhuma menção.

A localização dos dispositivos legais é bem variada, assim aponta que a mediação tem grande potencial para lidar com os conflitos, não apenas no início, mas em qualquer momento. De fato, o tratamento consensual é sempre possível; ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas.

Há de se lembrar que a inafastabilidade da jurisdição foi mantida, porém há toda uma seção direcionada ao tema entre os auxiliares da justiça. Adiante, outro capítulo voltado para a audiência de conciliação em que a mediação vem mencionada em dois parágrafos.

Literalmente menciona que o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e avaliação imparcial por terceiro. Posteriormente, a mediação

ainda é reverenciada no livro de procedimentos especiais, de forma inovadora, mencionando o tal procedimento das demandas familiares.

Grande destaque se deve ao dispositivo sobre a criação de câmaras de conciliação e mediação para dirimir conflitos no âmbito administrativo; há ainda a inserção de dispositivos voltados para a mediação e ampliação de previsão sobre a conciliação, de dois modos diferentes, instituindo duas lógicas, a saber: a lógica do julgamento e a lógica coexistencial (conciliatória).

Sobre o tema, bem se manifestou André Luiz Faisting (ressalvado o uso indistinto de conciliação e mediação):

“Com a instalação dos Juizados no Brasil, criou-se também um processo de dupla institucionalização do Poder Judiciário, no sentido de que há duas formas distintas de prática judiciária, baseadas em lógicas também distintas: uma que visa o acordo entre as partes por meio da conciliação, conduzida por um advogado que desempenha a função de conciliador, e outra que busca a aplicação da justiça por meio do poder de decisão do juiz. Estas duas lógicas representam, portanto, uma tensão entre as duas pautas distintas da justiça contemporânea: a justiça formal da decisão e a justiça informal da mediação.”⁶³

Dentro da lógica julgamento peculiar à via contenciosa, as partes ou litigantes atuam em contraposição, disputando posições de vantagens, disputando na arena de fatos que enfoca o passado, e um terceiro é chamado a decidir com caráter impositivo. O terceiro também possui caráter imparcial.

Já dentro da lógica consensual ou coexistencial, o clima é colaborativo e as partes se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não apenas centrada no passado, mas incluindo o futuro, como perspectiva a ser avaliada e, em face disso, a continuação do vínculo que liga as partes.

Fernanda Tartuce⁶⁴ aduz que, por prevalecer a autonomia das partes envolvidas, o terceiro intervém não para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar os resultados positivos, de sorte que na mediação há a relativização da dicotomia existente entre certo e errado, que normalmente fundamenta o sistema legal, prioriza mais propriamente o futuro da relação para viabilizar a restauração de harmonia do que propriamente à retrospectiva do conflito em si; assim, por exemplo, o debate sobre

⁶³ FAISTING, André Luiz – O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas. In SADEK, Maria Tereza (Org.) – **O Sistema de Justiça**. São Paulo: Sumaré, 1999, p. 43-44 (Série Justiça – IDESP).

⁶⁴ TARTUCE, Fernanda – **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

quem deixou de cumprir, sendo inadimplente da obrigação, pode até ocupar certo espaço, mas não ganha prioridade e nem destaque, pois se busca uma solução futura viável e acessível a ambos os litigantes.

Temos que admitir que no clima adversarial constante na formação tradicional dos bacharéis de Direito, tal concepção é alienígena e mesmo difícil de ser atingida.

Dividem-se, cartesianamente, os argumentos da defesa e os argumentos da acusação. Há sempre um culpado que provavelmente será condenado e a quem será imposto o cumprimento forçoso da obrigação sob pena de sanções.

Dentro do modelo consensual, procura-se a retomada do diálogo em bases produtivas de forma que os próprios envolvidos, por intermédio de conversações, debates, se habilitem para alcançar uma situação favorável em prol de seus interesses.

A dificuldade ou a resistência de adesão aos meios consensuais não se verifica apenas entre os brasileiros, pois a realidade norte-americana também revela a mesma resistência. Leonard Riskin e James Westbrook⁶⁵ destacam que a falta de familiaridade dos advogados com métodos diferenciados de abordagem de conflitos de interesse, por falta de educação ou de interesse, é um rotundo obstáculo, não obstante as escolas de Direito e os tribunais se esforcem para demover tal resistência e venham a promover os meios consensuais para resolução de lides; no entanto, infelizmente, muitos causídicos nem sequer conhecem a diferença entre mediação e arbitragem.

O fomento à mediação e conciliação deverá ser feito por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive durante o trâmite processual. Ainda conta-se com incentivo dos Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania criados pelos Tribunais, que serão responsáveis não somente por realizar as sessões e audiências, como também por desenvolver programas específicos e destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Cumpre lembrar ainda que há no Código de Ética do Advogado o dever de estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios, bem como aconselhar o cliente a não ingressar em aventura

⁶⁵ RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute Resolution and Lawyers**. St. Paul: West Group, 1997, p. 52.

judicial. Percebe-se que o verbo *estimular* é equívoco e pode admitir variadas interpretações, dá azo a diferentes julgamentos morais e ainda desperta suspeitas, gerando dois ou mais sentidos diversos.

A judicialização pode ser explicada e justificada por meio de alguns fatores, como argumento da população, ampliação de direitos e a globalização, pois o Estado Social resultou indubitavelmente em uma inflação legislativa, com a sanção em excesso de normas, de caráter mais imperativo do que diretivo, denotando o monopólio estatal da administração das próprias relações sociais. Assim, ocorreu o fortalecimento do poder Judiciário como garantidor das liberdades dos cidadãos além de uma massificação da sociedade, que tanto postula tais liberdades, contribuindo ainda mais para a manutenção do Estado como o poder interventivo e regulador, inclusive de relações sociais antes afetas à vida privada.

A cultura social de judicialização de conflitos, a crise do Judiciário redundam num sistema antiquado e lento e que não está acompanhando a dinâmica da sociedade contemporânea, que, por meio de tecnologia, é célere e ágil e, por consequência, não consegue responder a essa grande demanda de litígios.

Aliás, a função do conciliador é aproximar as partes, trabalhando os interesses subjacentes à relação de direito material, e não priorizar a finalização da relação processual. O foco deve ser a pessoa em crise, e não as instituições com seus problemas estruturais.

A liberdade estimulada e a autonomia, pois, são valores essenciais à mediação, por isso durante a sessão de mediação ou conciliação não se deve atuar conforme a lógica de julgamento, onde há a imposição de resultado pela autoridade estatal, mas, sim, pela lógica conciliatória, que requer o reconhecimento da dignidade humana e da inclusão de todos, rechaçando as condutas autoritárias por força de respeito recíproco que deve pautar a atuação de participantes.

Infelizmente, na prática, alguns magistrados, ao encontrarem dificuldades para o consenso, tratam de removê-lo, fazendo prognósticos ameaçadores e sinistros. Essa situação tão recorrente compromete negativamente a credibilidade do Judiciário, além de gerar maiores desconfianças quanto à utilidade e quiçá quanto a vantagem de recorrer aos meios consensuais de resolução de conflitos.

Fez bem o CPC vigente disciplinar que as audiências de conciliação e mediação sejam realizadas preferencialmente nos centros judiciários de solução de conflitos por terceiros imparciais e, ainda, realizadas nos próprios juízos por conciliadores ou mediadores.

Outro fato polêmico é o caráter obrigatório de mediação ou conciliação da audiência, não obstante as partes se negarem ou mesmo uma das partes, quando juiz poderá forçar o feito. Juan Carlos Vezzulla apontou o mesmo busilis quanto ao caráter obrigatório previsto na lei canadense e teceu minúcias sobre as variadas hipóteses de compor a dita sessão inaugural. Mencionou ainda que a mediação pode ser feita de forma individual ou em grupo, conforme a escolha do casal, nas demandas de direito de família; e cada qual pode se inscrever no serviço de mediação de sua preferência, exclusivamente para a sessão de informação, com outro critério para as sessões sucessivas.

Frise-se, ainda, que é essencial que o condutor do meio consensual de resolução esteja e seja preparado e hábil na técnica, além de equipado psicologicamente, para promovê-lo, tudo aconselhando que não seja ele, o próprio magistrado, a quem tocará julgar contenciosamente o conflito de interesses. Assim, por todas essas razões seria recomendável alterar o verbo *estimular* na previsão legal, podendo ser utilizados outros como *informar*, *promover* e *esclarecer*, para evitar equívocos e iniciativas em que ocorra o exacerbado direcionamento aos meios consensuais de resolução dos conflitos.

Outro fator é que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, porém é vedado que se valha de quaisquer tipos de constrangimento ou mesmo intimidação para que as partes conciliem. Enquanto isso, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes e auxiliará aos interessados a compreender as questões e interesses em conflito de maneira que possam, pela restauração da comunicação, identificar, por si mesmos, as soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Apesar de haver diferenciais apontados em doutrina sobre a distinção entre mediação e conciliação, cabe destacar que a diferenciação não é unânime e há variadas percepções a partir da distinção feita em algumas escolas norte-americanas entre as modalidades facilitativa e avaliativa de mediação.

Cumprir esclarecer que nos EUA a mediação avaliativa é tida como meio de solução de conflitos em que o terceiro imparcial pode ser chamado pelas partes a opinar; em tal vertente, o mediador aplica estratégias e técnicas para avaliar, o que é importante na discussão e, se entender que as partes precisem de uma orientação qualificada, pode elaborar, sugerir e dirigir a solução dos problemas, avaliando as fraquezas e as forças de cada caso concreto.

Diferentemente é o modelo facilitativo, que preconiza que o mediador utilize estratégias (como o uso de perguntas e reperguntas) para favorecer o diálogo entre as partes envolvidas, sendo sua função majorar e aperfeiçoar a comunicação entre as pessoas para que elas próprias possam decidir o que seja melhor para ambas.

Enfim, para os defensores e adeptos da mediação também avaliativa representados por Diego Faleck, apesar de idealmente a missão do mediador seja abrir o caminho para que as partes possam construir por si mesmas opções para por fim à disputa, não há rigidez e pode haver intervenção sobre o mérito das discussões em alguns casos.⁶⁶

Nos EUA, instalou-se grande polêmica sobre qual o modelo deve prevalecer, tendo prevalecido a posição de que a mediação deve ser eminentemente facilitativa; embora admissível em certos casos, a avaliação deve ser vista com cuidado e praticada com muita cautela com vistas a não minorar nem impedir a colaboração ou a autodeterminação.

Além disso, a imparcialidade, sem dúvida, será mais facilmente preservada se o mediador se afastar da análise técnica do mérito; por fim, o cumprimento espontâneo do teor avençado será mais provável se os próprios envolvidos definirem seus termos como protagonistas.

Apesar da polêmica, andou bem o CPC/2015, e cabe questionar: qual utilidade se, ao longo do diploma legal, não há qualquer encaminhamento diferenciador em relação aos dois métodos, que vêm sempre referenciados conjuntamente? Será

⁶⁶ OLIVEIRA, Mariana – Resolução de conflitos sem litígios precisa de sistema lógico e integrado. Entrevista com Diego Faleck. **Consultor Jurídico** [Em linha]. ISSN 1809-2829. São Paulo: Conjur, 7 Out. 2018. [Consult. 29 Out. 2018]. Disponível em: <URL:<https://www.conjur.com.br/2018-out-07/entrevista-diego-faleck-especialista-mediacao-conciliacao>>.

FALECK, Diego – **Manual de design de sistema de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

possível a escolha pelo jurisdicionado quanto à conciliação ou à mediação? Ou o Judiciário fará o encaminhamento para determinado método consensual?

Cumpra reconhecer que, dentre os princípios que norteiam a mediação durante a sua realização, a confidencialidade é muito importante e deve ser aplicada para facilitar uma eficiente comunicação entre os envolvidos.

De acordo do art. 167 do CPC/2015, a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

A referida previsão se alinha ao que vem sendo reconhecido como pertinente em termos de diretrizes da mediação conforme a Resolução 125 do CNJ, que aponta que são princípios formadores da consciência dos terceiros facilitadores e representativos de imperativos de conduta: a confidencialidade, a competência, a imparcialidade, a neutralidade, a independência e a autonomia, o respeito à ordem pública e às leis vigentes.

Conclui-se que existe maior número de princípios na Resolução do CNJ e isso se justifica pelo maior raio de atuação tratado, já que o órgão tem por fim o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e o cumprimento de deveres funcionais dos juízes.

Discute-se, particularmente, como pode ser entendida a confidencialidade na mediação. Para o acesso à plena comunicação, de forma aberta, as partes presentes à sessão consensual precisam ter a certeza de que o que disserem não será usado contra elas, indevidamente em outra oportunidade (sobretudo, em juízo). Segundo o CPC/2015, a confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser usado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

Para, enfim, assegurar o compromisso, é comum a assinatura de um termo de sigilo quanto ao que fora tratado durante a mediação, assinando os mediandos, bem como seus advogados, caso venham a participar das ditas sessões.

A Resolução nº 125 do CNJ traz apenas uma ressalva relevante quanto à confidencialidade, frisando que se trata de dever a manutenção de sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo a autorização expressa das partes, violação da

ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

Mas existem exceções ao dever de sigilo e que devem ser informadas pelo mediador aos participantes, antes da assinatura do termo de confidencialidade. A preservação do sigilo visa assegurar que, caso não haja alcançado o acordo, na tentativa de autocomposição, os envolvidos não sejam prejudicados por terem participado de eventuais fatos desfavoráveis e os exposto.

Dessa sorte, é essencial que o magistrado não seja o condutor do meio consensual de resolução também, porque, caso seja infrutífera a via consensual, ele precisará julgar a demanda: como o fará sem considerar o que ouvira durante as sessões.

Se o mediador for o magistrado ou mesmo o juiz leigo, deve deixar claro que, caso a mediação não se concretize, nada do que fora conversado ou tratado durante o processo mediacional poderá fundamentar eventual futura decisão. Portanto, não deve fazer consignar propostas rejeitadas ou ofertas ocorridas no processo de mediação, que devem manter-se em sigilo.

Assim, em face do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, bem como os demais membros de suas equipes, não poderão divulgar os fatos ou elementos oriundos da conciliação ou mediação, ou mesmo depor sobre eles.

A dúvida crucial é saber como, de fato, proteger todo o teor do que fora comunicado. E, se durante a sessão consensual um participante assumiu ter adotado conduta indevida, poderá, em outra demanda, tal fato ser trazido em juízo pela parte contrária para que as consequências sejam a ele atribuídas?

A resposta tende a ser negativa e, se a parte adversa demonstrar que aquela informação fora obtida durante uma sessão de autocomposição, o teor deve ser desconsiderado pelo juiz em observância à diretriz do sigilo, afinal a parte até poderá apresentar tal alegação, mas como poderá enfim prová-la? Até que ponto serão sensíveis os magistrados a essa situação? São questionamentos inquietantes, para os quais ainda se aguarda por respostas adequadas.

Cumpre, ainda, indicar que os conciliadores e mediadores, se forem advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções. Isso nos leva a crer que, ao se cadastrar como mediador no Tribunal, o exercício

de advocacia deverá cessar. Se for positiva a resposta, o mediador terá recursos para sobreviver, caso não lhe seja assegurada a remuneração?

Em verdade, o próprio CPC vigente menciona a previsão de remuneração em tabela fixada pelo Tribunal, conforme os parâmetros fixados pelo CNJ; contudo, na sequência, destaca que a mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

Atualmente, pois, prevalece apenas nos Tribunais brasileiros o trabalho voluntário, e, em face das precárias dotações orçamentárias, deve esse quadro assim permanecer.

5.1 A experiência alienígena de mediação

Em verdade, a mediação existe há muito tempo, desde a Antiguidade Clássica. Seu ressurgimento qual Fénix se deu ao final do século XX, no Ocidente, indicando sensível alteração nos meios de regulação social e sendo mesmo um fenômeno universal, posto que surgiu em países que adotam sistemas jurídicos diversos, tais como o *common law* e o *civil law*, como nos Estados Unidos, no Reino Unido e no Canadá, e, ainda, na França e na Alemanha.

Progressivamente, a mediação fora implantada em diversos países, com o fito de atenuar o massivo volume de demandas e processos nos tribunais, coibindo que certos casos fossem julgados pelo processo jurídico tradicional, os quais foram resolvidos por métodos alternativos.

É curial observar o instituto da mediação em outros países a fim de coletar adequados subsídios para a implementação e otimização da mediação no Brasil. Exemplificando, foram selecionados a Argentina, devido ao fato de a Lei da Mediação no Brasil trazer muitas semelhanças com o sistema argentino; os Estados Unidos, em face do grande desenvolvimento do instituto; e a França, por ter uma noção do funcionamento do instituto da mediação em um país europeu, que, tal como o brasileiro, se enquadra na família românico-germânica.

A mediação na Argentina teve a iniciativa do Judiciário e o seu desenvolvimento foi resultante de ação conjunta com o Executivo. Aliás, o Executivo argentino, após visita aos Estados Unidos, pode comprovar o êxito das Alternative Dispute Resolution, ou ADR, então propuseram ao Ministro da Justiça a implementação

de Programa de Mediação, o que culminou com a criação da Comissão de Mediação, através da Resolução 297/91, composta por juízes de primeira e de segunda instância e também de advogados, que se reuniram para traçar o anteprojeto da Lei de Mediação.

Tal Comissão, além do referido anteprojeto, também sugeriu a criação do Plano nacional de Mediação, com objetivo de difundir a mediação na sociedade argentina.

A mediação na Argentina foi instituída pelo Decreto nº 1.480, de 1992, no qual se delegou ao Ministério da Justiça a formulação e execução do Programa Nacional de Mediação, sendo que tal institucionalização foi declarada de interesse nacional e também caracterizada como processo informal de resolução de controvérsia.

Assim, criou-se também um Corpo de Mediadores e foi prevista uma experiência piloto de mediação. O principal objetivo de tal Programa foi o desenvolvimento da mediação, tanto a relacionada ao tribunal, como também a instalação de Centros de Mediação Comunitária, a criação de Centro de Mediação Institucional, tais como colégios, fundações e associações civis.

A experiência-piloto nos juízos cíveis de primeira instância começou por meio da Resolução 983/1993, que colocou em execução tal programa, designando ainda um Comitê constituído por juízes da *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil* para assessorar e avaliar a experiência. Por meio da Resolução 535/94, foi aprovado o Regulamento para os mediadores habilitados pelo Ministério da Justiça e o funcionamento do Centro de Mediação. Assim, foi convidada a Corte Suprema de *Justicia de la Nación* a participar dessa primeira experiência e a *Cámara de Apelaciones en lo Civil* a designar sete varas patrimoniais e seis varas de família para executar tal experiência.

O Centro de Mediação do Ministério da Justiça, em funcionamento na Argentina desde 1993, finalizou a experiência-piloto em dezembro de 1995. Ele recebia os casos enviados pelos juízes e ainda os casos que não pertenciam *a priori* à experiência, vindo diretamente das ruas. Na primeira hipótese, foi dividido em julgados cíveis com competências patrimoniais e julgados cíveis em assuntos de família.

Segundo estatística apresentada por Álvarez, Higton e Jassan⁶⁷, do total de trezentos e setenta e oito processos ingressados, dentro do período de 1º de junho de 1994 até 17 de outubro de 1995, duzentos e cinquenta casos foram finalizados. Os demais casos se dividem entre os que foram suspensos, os que não eram adequados ou suscetíveis de mediação e ainda aqueles em que as partes não compareceram à audiência.

Dos casos finalizados, oitenta e seis eram relacionados aos conflitos de família, obtendo-se quarenta e cinco acordos, enquanto que os cento e sessenta e quatro casos referentes aos conflitos patrimoniais geraram setenta e três acordos. Quanto aos casos fora da experiência-piloto, do total de duzentos e sete casos, oitenta e cinco foram finalizados, sendo quarenta e cinco relativos aos conflitos familiares, dos quais vinte e cinco resultaram em acordos, e quarenta conflitos patrimoniais que resultaram em vinte e sete acordos exitosos.

Finalmente, veio a Lei nº 24.573, de 25 de outubro de 1995, instituir a mediação e a conciliação na Argentina, regulamentada pelo Decreto nº 1.021, de 28 de dezembro de 1995, o qual fora modificado pelo Decreto 477/96 e, posteriormente, substituído pelo Decreto 91/98. Assim, foi criada mediação prévia e obrigatória em todo juízo.

Frise-se que as partes estarão isentas dessa obrigatoriedade se comprovarem que tentaram a mediação antes mesmo do ajuizamento da demanda, efetuada por mediadores registrados no Ministério da Justiça. Contudo, o procedimento obrigatório da mediação não será aplicado em algumas causas, tais como: penais, ações de separação e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder (poder familiar), salvo nas questões patrimoniais destas derivadas, entre outras.

Há, ainda, a descrição dos artigos 4 ao 14 de todo procedimento de mediação, em que o reclamante deverá formalizar sua pretensão ante a mesa geral de expedientes, especificando-a em um formulário, para, em seguida, proceder-se ao sorteio do mediador e à designação do juízo que eventualmente decidirá a lide.

O mediador, no prazo de dez dias, após tomar conhecimento de sua designação, agendará data para a audiência à qual deverão comparecer as partes. O prazo

⁶⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elías – **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 42-49.

de mediação será de até sessenta dias, contabilizados a partir da última notificação do requerido e/ou do terceiro, ou de trinta dias corridos, nos casos dispostos no artigo 3, sendo que, em ambas as hipóteses, poderá ser prorrogada por acordo realizado pelas partes.

Dentro do prazo previsto para a mediação, na Argentina, o mediador poderá convocar as partes para todas as audiências que se fizerem necessárias. Caso as partes não compareçam às ditas audiências, deverão pagar multa cujo valor será equivalente a duas vezes os honorários básicos percebidos pelo mediador.

As sessões são confidenciais, poderão ser conjuntas ou feitas separadamente, com o cuidado de não favorecer nenhuma destas e observar ciosamente seu dever de confidencialidade.

Havendo o acordo, deverá ser lavrada ata na qual constará integralmente os termos da avença e que deverá ser assinada pelo mediador, pelas partes e ainda pelos advogados dos intervenientes. Mesmo no caso de não haver acordo, será lavrada a ata, cuja cópia será entregue às partes, que estarão habilitadas a demandar em juízo, executando o título executivo judicial.

Na Argentina foi instituído o Registo de Mediadores, cuja organização, atualização e administração é da total responsabilidade do Ministério da Justiça. Para ser mediador na Argentina é obrigatório ter diploma de bacharel em direito e possuir capacitação específica, antes de exigências regulamentares.

O mediador receberá uma soma fixa, cujo pagamento é realizado pelas partes, em conformidade com o acordo firmado e, caso não se chegue a um acordo, os honorários dos mediadores serão pagos por um Fundo de Financiamento previsto no art. 21 da Lei de Mediação argentina.

Convém, ainda, frisar que a mediação suspende a prescrição, desde que apresentada formalmente ante a mesa geral. A obrigatoriedade da mediação fora fixada pelo prazo de cinco anos, a contar do funcionamento do sistema.

O Decreto 91/1998 instituiu, juntamente com o mediador sorteado oficialmente, a figura do mediador designado de forma privada, que poderá ser feito por acordo entre as partes ou, ainda, por proposta do requerente, desde que conste da lista de mediadores habilitados pelo Ministério da Justiça argentino.

Durante o procedimento da mediação quando estiverem envolvidos os interesses de incapazes e as partes realizarem acordo, tal acordo deverá ser submetido ao juiz sorteado, nas mediações oficiais ou, ainda, ao juiz competente que resultar sorteado, nas mediações privadas.

Ressalvada essa hipótese, o acordo é formalizado em ata subscrita pelo mediador, não requer homologação judicial e será executável mediante o procedimento de execução de sentença, de acordo com o Código Civil e Comercial da Nação (Argentina).

Na mediação oficial ou privada, qualquer que seja o resultado deverá ser informado ao Ministério da Justiça no prazo de trinta (30) dias úteis. Modificou-se o valor dos honorários dos mediadores, passando a ser calculado com base no montante do acordo.

A crítica que se realiza ao Decreto 91/1998 é que a possibilidade da escolha do mediador pelo requerente, sem dúvida, altera a igualdade das partes no direito de escolha do mediador. Afora isso, o cálculo dos honorários dos mediadores com base no montante do acordo poderá afetar a necessária neutralidade do mediador, que terá interesses em que o valor seja o mais alto possível.

Esse é o entendimento de Roque Caivano, Marcelo Gobbi e Roberto Padilha⁶⁸, que sugerem que se imagine a situação do requerido de quem se reclama o pagamento de uma soma em dinheiro, que se vê obrigado a assistir a mediação por um mediador escolhido pelo requerente e que, além disso, cobrará mais honorários se o montante do acordo for mais alto.

Concluimos que uma característica da mediação argentina é a exigência de formação profissional do mediador, que deverá ser exclusivamente bacharel em Direito, sendo excluídos os profissionais da área de psicologia, assistentes sociais, que normalmente estão presentes na mediação incidente no direito de família.

Ademais, a mediação argentina foi instituída como um requisito de admissibilidade da demanda. Existem tanto argumentos favoráveis como contrários quanto à obrigatoriedade da mediação. Dentre os aspectos positivos, referem-se à premente necessidade de mudar estruturalmente a forma de resolução de conflitos, sendo

⁶⁸ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILHA, Roberto E. – **Negociación y mediación: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997.

que uma iniciativa governamental de obrigatoriedade transitória pode ser de grande valia nesse sentido.

Um dos efeitos da lei que já se percebe é que muitos advogados, não obstante as resistências iniciais em deixar o método tradicional de resolução de conflitos, assistiram a cursos de formação de mediadores, contribuindo para a difusão do procedimento.

Já quanto ao aspecto negativo é a questão de escasso tempo que decorreu entre a aprovação da lei e sua implementação, tendo causado alguns problemas na prática. Seria preferível a difusão dos métodos alternativos, com a implantação gradativa do plano piloto, o que provocaria um progresso firmado em sólidas bases.

Foram poucos os países onde a mediação foi instituída com o caráter obrigatório. A mediação é obrigatória no Estado da Califórnia (EUA) e na Noruega, mas não para todos os tipos de processos. Aliás, um ponto favorável é que a obrigatoriedade seria ser transitória, até 23 de abril de 2001, período que se considerava suficiente para modificar a cultura do país, possibilitando a adequada incorporação do procedimento.

Porém, a expectativa de que a mediação obrigatória fosse transitória desapareceu, uma vez que foi prorrogada a obrigatoriedade da lei anterior por mais cinco anos (Lei 25.287/2000) e, em maio de 2006, foi novamente prorrogada pela Lei 26.094, desta vez, por mais dois anos, o que foi feito sem haver um debate sério sobre os resultados da experiência argentina.

Registe-se que se arguiu a inconstitucionalidade da Lei 24.573/1995, a qual foi acolhida pela Cámara Nacional de *Apelaciones en lo Comercial*. A decisão fundamentou-se em dois principais aspectos, a saber: a questão da obrigatoriedade da mediação e, ainda, o fato de o órgão mediador pertencer ao âmbito do Poder Executivo.

Uma vez deduzido o recurso extraordinário, a decisão foi reformada pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, em 27 de setembro de 2001, declarou finalmente a constitucionalidade da mencionada lei, decidindo *in litteris*:

“Contrariamente ao expressado no principal argumento do tribunal *a quo*, o sistema de mediação instituído pela Lei 24.573 não viola o disposto nos artigos 109 e 116 da Lei Fundamental, uma vez que o mediador não exerce função jurisdicional mas uma atividade de aproximação das partes mediante técnicas conciliatórias, afim de que aquelas cheguem à solução do conflito [...] o caráter obrigatório do procedimento da mediação não ofende o direito constitucional de acesso à justiça, pois, uma vez que as partes tenham comparecido pessoalmente à audiência podem dar por terminado o

procedimento, ficando desobstruída, e em breve tempo, a via judicial (arts 10 e 14 da Lei 24.573).”

A decisão da Corte Suprema argentina simplesmente declarou o que parecia ser apenas evidente, pois o papel do mediador é o de auxiliar as partes a encontrar uma solução para a controvérsia, que decorre mesmo de suas vontades livres, de sorte que o mediador não decide a controvérsia na qual intervém e nem tem faculdade para impor uma solução; resta claro que, então, o mediador carece de poder jurisdicional.

Conclui-se que no ordenamento argentino existe a mediação privada, que é voluntária, e ainda a mediação oficial, que é obrigatória, sendo anterior ao ajuizamento da ação na justiça argentina.

Assim, na Argentina, a mediação encontra-se, há bastante tempo, institucionalizada na sociedade, tendo-se convertido em modelo de implantação da mediação na América Latina. O desenvolvimento de meios e instituições dedicadas a este sistema de solução de conflitos não tem nada a dever aos países pioneiros, tal como os Estados Unidos, ainda que as diferenças entre uns e outros sistemas sejam evidentes.

5.2 A mediação nos Estados Unidos da América (EUA)

Historicamente, a mediação foi utilizada desde do século XVII, na comunidade puritana dos *Quakers* e entre os colonizadores holandeses. Contudo, o desenvolvimento dessa experiência norte-americana deve-se particularmente aos chineses e aos judeus.

Os chineses, a propósito, criaram a *Chinese Benevolent Association*⁶⁹ para resolver os conflitos pelos membros da comunidade. Já os judeus instituíram o *Jewish Conciliation Board*⁷⁰, um Tribunal próprio de mediação.

Os meios alternativos de resolução de disputa são denominados ADR e nasceram nos EUA nos anos sessenta; daí se difundiram para todos os países da *Common*

⁶⁹ Desde o início, há mais de cento e trinta e cinco anos, recebeu uma grande variedade de publicidade da mídia americana. Muitas das atenções muitas vezes negligenciavam as diferenças culturais inerentes, que acabam levando a um mal-entendido por grande parte da população americana. Esse fator e o sentimento cada vez mais antichinês apressaram a necessidade de uma organização chinesa fortalecida nos Estados Unidos. Assim, foi formado a partir da necessidade de os chineses organizarem estruturas sociais, políticas e econômicas.

⁷⁰ Fundado em 1931 como um conselho de leigos e rabinos, o Conselho de Conciliação Judaica procurou preencher a ausência na sociedade norte-americana de um tribunal de questões judaicas. Tal Conselho é descendente do Beth Din (tribunal judaico) e, como tal, é um tribunal livre que permite aos imigrantes evitar litígios potencialmente onerosos. Os primeiros líderes foram Louis Richman, Israel Goldstein.

Law e, bem mais tarde, para toda Europa Ocidental, particularmente inserido em outro movimento intitulado “acesso à justiça” cuja principal preocupação foi de precipuamente tornar a justiça mais acessível aos mais pobres e também às minorias.

Mais tarde, nas décadas de setenta e oitenta do século XX, houve um acúmulo de processos judiciais nos EUA, quando fora solicitado ao Congresso o aumento de quantidade de salas de audiência, bem como a contratação de maior número de juízes, o que foi negado. Por essa razão, os próprios tribunais, os juízes e advogados tiveram que enfrentar os problemas.

A solução encontrada foi o de gerenciamento de casos mediante o qual o magistrado exerce um controle direto sobre sua pauta de audiências, fixando um prazo para a resolução dos processos e induzindo os litigantes a usar algum meio alternativo de resolução de conflitos ou ADR.

Tal fato, portanto, provocou a utilização de variados métodos alternativos e não apenas os considerados básicos ou puros, tal como a mediação e arbitragem, mas, também, a criação de diversos sistemas híbridos. Os meios alternativos mais conhecidos são o minijuízo (ou *mini-trial*), a avaliação preliminar neutra (*early neutral evaluation*), juízo por jurados chamado *de summary jury trial*, juízes privados (*private judging*) e arbitragem e a mediação anexos aos tribunais (*court-annexed-arbitration or mediation*).

A experiência norte-americana, nesses últimos trinta anos, na implementação de programas de métodos alternativos, tem resultado em grande variedade de sistemas, que geralmente não são utilizados em sua forma pura, mas também variantes de técnicas conhecidas, que se tornam mais apropriados para resolver as controvérsias.

O instituto da mediação teve sua fundamentação teórica na Universidade de Harvard, Cambridge-Boston, e o professor Frank E. A. Sander⁷¹, em 1976, apresentou estudo visando ampliar o acesso à justiça chamado de *multi-door courthouse* (ou Tribunal Multiportas), no qual um Tribunal poderia receber demandas por programas distintos, pois, além do processo judicial tradicional, haveria os meios alternativos, tais

⁷¹ Frank E. A. Sander (22.07.1927- 25.02.2018) foi professor emérito e reitor associado da Harvard Law School. É coautor de *Casos e Materiais sobre Direito de Família* (3ª edição inicialmente publicada por Little Brown, em 1966), de *Aspectos Tributários do Divórcio e Separação* (4ª edição, inicialmente publicada pelo BNA, em 1985) e de *Leituras em Tributação Federal* (2ª edição, inicialmente publicada pela Foundation Press, em 1983). O professor Sander também escreveu vários artigos nas áreas de taxação e direito da família, lecionou em numerosas associações de advogados e atuou como consultor do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos e da Comissão de Reforma da Lei de Ontário.

como a conciliação, mediação e a arbitragem. Somente em último caso, o problema seria solucionado através de sentença judicial.

Com a ajuda do comitê ligado à Associação dos Advogados Americanos para a instalação desses programas nos tribunais norte-americanos e na *Superior Court of the District of Columbia* (Washington), após o acompanhamento pelo período de quatro anos, a partir de 1983, o programa foi finalmente aprovado, designando uma divisão daquela Corte para priorizar os meios alternativos, inclusive a mediação, fazendo o treinamento de pessoas para participar desses procedimentos.

Inicialmente, somente as causas de valor inferior a cinco mil dólares, ou seja, *small claims*, foi atribuída a possibilidade de solução por métodos alternativos naquele programa. E elas foram tão bem resolvidas que, a partir de 1991, esse valor foi elevado para vinte e cinco mil dólares. No ano de 1998, 43% de todas essas causas foram resolvidas por mediação.

No Fórum de Múltiplas Portas, os processos são encaminhados para diferentes tipos de procedimentos, baseados na percepção de que os conflitos devem ser solucionados de forma mais adequada ao tipo de controvérsia.

Há sistemas em que a participação em mediação é compulsória, outros em que é voluntária e há, ainda, os híbridos. A seleção para o encaminhamento é feita com base em formulário preenchido pelas partes, sendo o critério baseado ora nos tipos de controvérsias, como o valor da causa e o tipo de disputa, ora examinando-se caso a caso. Com o *Civil Justice Reform Act*, de 1990, o sistema foi muito ampliado.

Há, portanto, expressiva variedade de métodos de resolução de conflitos, aproximadamente oitenta modos diferentes, sendo que a maior parte deles conduz à intervenção de terceiros, que procuram aproximar as partes e, ainda, esclarecer quanto às possibilidades de chegar ao acordo que resolverá a controvérsia.

De toda forma, preocupa-se em habituar toda a comunidade jurídica norte-americana aos meios alternativos de resolução de controvérsias, durante uma semana (*Settlement Week*); nos idos dos anos 1987 a 1989, os processos cíveis foram suspensos para que se realizassem mediações por voluntários. Sublinhe-se que nessa referida semana se chegou à concretização de mediação de setecentos a novecentos casos. Devido ao visível êxito obtido, houve indicação também para casos mais complexos, sendo que,

dos três mil e cem antigos casos cíveis, que tramitavam no Tribunal, submetidos à mediação entre outubro de 1989 e janeiro de 1991, a metade foi resolvida.

O sucesso do Programa de Multiportas tem sido enorme e, em 1999, foi criado um projeto de mediação na área do direito de família⁷², continuando, em razão de seu grande êxito, um outro programa anterior, de 1998, chamado *Child Protection Mediation Pilot*, para os casos de abusos e negligências com crianças. Este último programa atendeu, só em 1999, cerca de cento e dez casos em mediação, dos quais sessenta e sete chegaram a integral acordo e trinta e um em acordos parciais.

Frise-se, ainda, que foi relevante a existência *do Uniform Mediation Act*, de 17 de agosto de 2001, aprovado e regulamentado para aplicação em todos os estados norte-americanos, objetivando a uniformização do instituto da mediação em todo os EUA, pois existia, na ocasião, mais de dois mil e quinhentos estatutos. Tal norma limitou-se a realizar abordagem genérica do instituto, definindo-o como um processo consensual, deixando para o Estados legislar a respeito de situações específicas.

Convém ainda citar que nos EUA existe tanto a mediação judicial como a extrajudicial: a primeira é realizada por meio do processo judicial nos tribunais norte-americanos; porém, igualmente existe a mediação comunitária, que surgiu em 1970, expandindo-se por todo território norte-americano.

Caracteriza-se a mediação comunitária pela realização por mediadores voluntários, subvenção de entidades privadas sem fins lucrativos ou organização pública dirigida pelo Governo; participação de mediadores que saibam as necessidades da comunidade; acesso direto a todos, mesmo os que não podem pagar, incentivo à responsabilidade civil e à conscientização de direitos.

Podemos classificar a mediação norte-americana em estatutária, contratual, voluntária e por determinação judicial.⁷³ A primeira é a prevista em lei e, aliás, é a menos

⁷² A Mediação Familiar proporciona: um ambiente neutral, onde poderão resolver os problemas; imparcialidade e confidencialidade; um processo organizado e construtivo; novas opções a explorar; a possibilidade de construir acordos para o futuro. A Mediação Familiar pode ser utilizada para resolver conflitos: parentais; divórcio ou separação; regulação do poder paternal; partilhas; cuidados familiares a seniores.

⁷³ Existe nos EUA um dispositivo que permite ao juiz encaminhar as pessoas a audiências de conciliação. Esses conciliadores, ou mediadores, ganham entre US\$ 200 e US\$ 300 por hora — pouco em relação aos honorários de um advogado. Os mediadores de tribunais são juízes aposentados ou advogados que preferiram ir para essa área. Eles atuam em casos de menor complexidade, como disputas familiares, brigas entre vizinhos e reclamações de consumidores.

utilizada. Existem questões que têm sido submetidas à mediação estatutária, como os casos relativos ao Direito de Família e ao Direito do Trabalho, por exemplo.

A mediação contratual ocorre quando os litigantes resolvem estabelecer um contrato como forma de resolver os seus litígios. Normalmente, referem-se aos casos em que se utiliza a arbitragem, sendo raras as mediações.

Já a mediação voluntária ocorre quando os litigantes, em vez de recorrer ao Judiciário, preferem se utilizar a mediação, mas isso não é muito comum. Por derradeiro, a mediação por determinação judicial, que é a forma mais importante e eficiente; ela ocorre quando o juiz determina a mediação.

Nos EUA, os programas de mediação foram instituídos em muitas instituições e em muitas jurisdições. Iniciando-se nos conflitos familiares, estenderam-se para uma grande parte da área cível. Em alguns tribunais, foram fixados certos limites com relação ao valor da causa, sendo que as questões inferiores a tais limites devem passar primeiramente pela mediação, antes de serem examinadas pelos tribunais.

Geralmente, os mediadores são escolhidos entre os funcionários do tribunal ou são mediadores particulares contratados. Uma das áreas em que mais se desenvolveram as mediações foi a de família, pois os resultados foram mais satisfatórios do que as soluções obtidas através dos processos judiciais (em geral litigiosos). Já existem tribunais de família⁷⁴ e cíveis em que existe determinação de que as partes devam passar ao menos por uma tentativa de mediação, antes de o juiz examinar a demanda. Porém, essa tentativa compulsória não significa que as partes estejam obrigadas a realizar o acordo.

Conclui-se que a mediação é, de fato, uma atividade que cresce exponencialmente nos EUA, sendo reconhecida e muito procurada, institucionalizada em comunidades, campos universitários e em outros locais, usada para resolver vasta gama de controvérsias, dentre as quais as questões relativas à locação comercial, vizinhança e familiar. Não obstante houvesse alguns poucos centros de mediação no início da década de setenta, atualmente já se conta com mais de quatrocentos.

⁷⁴ O mediador familiar procurará que cada parte tenha a oportunidade de, sobre o objeto do conflito, exprimir os seus desejos e interesses, contribuindo, dessa forma, para o esclarecimento daquele. O Mediador Familiar promoverá a posterior negociação sobre os pontos em relação aos quais as partes não se encontram de acordo, de forma que possa ser construído entre elas um Acordo que regule o conflito ou lhe ponha termo e que ambas considerem, por isso, adequado às suas necessidades e interesses.

A mediação vem sendo utilizada de forma crescente pelo mundo, sendo que cerca de 80% dos acordos obtidos sob o processo de mediação, nos EUA, são mantidos. Os casos concretos são resolvidos rapidamente, e não há retorno das partes, ao contrário do que ocorre nas cortes judiciais, onde cabe a apelação.

Já quanto à mediação familiar nos EUA⁷⁵, as vantagens desse método foram de grande tamanho, pois que dois terços dos EUA, por lei, encaminham os litigantes para a mediação, obtendo atualmente acordos consensuais duradouros em mais de noventa por cento dos casos apreciados.

Conclui-se que a mediação norte-americana⁷⁶ atingiu notável desenvolvimento, obtendo primorosos resultados, conforme mencionado, e sendo um modelo a ser observado por todos os demais países pretendentes a implantar os sistemas alternativos de resolução de conflitos, com a ressalva de que não se deve transportar o sistema implantado de um país para o outro sem as devidas e necessárias adaptações, posto que seja preciso que se considerem as diferenças socioculturais e econômicas que tanto nos distinguem.

5.3 A mediação em França

A resolução amistosa de conflitos já era praticada desde o *Ancien Régime*⁷⁷ e foi instaurada pelo regime pós-revolucionário da França, com a Constituição de 22 Frimaire an VIII, quando se instituiu a conciliação e arbitragem (art. 60). Já em Lei de

⁷⁵ A mediação por videoconferência, ou seja, *online*, entre Brasil e Estados Unidos pôs fim a dezenove anos de litígio familiar. Quatro ações judiciais envolvendo um mesmo caso de família, a mais antiga que era de 1998, foram finalmente encerradas em 5/5/2017. Após quatro sessões de mediação *online*, todos os processos foram resolvidos com auxílio de recurso de videoconferência, o que possibilitou o contato direto com uma das partes que mora nos EUA. A demanda principal envolvia pedido de indenização por danos morais, em que um casal de filhos questionava o pai por abandono afetivo. No dia 27/3/2017, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal realizou a primeira sessão de mediação por videoconferência, com as partes no Brasil e no exterior (*Vide*: TJDF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Mediação por videoconferência entre Brasil e Estados Unidos dá fim a 19 anos de litígio familiar**. Brasília: TJDF, 08 maio 2017. [Consult. 5 Dez. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/maio/mediacao-por-videoconferencia-entre-brasil-e-estados-unidos-da-fim-a-19-anos-de-litigio-familiar>>.).

⁷⁶ Para John Cooley, “o mediador tenta manter as partes que estão se divorciando ou divorciadas centradas no futuro e as estimula no sentido de passar por vários estágios emocionais na direção de uma resolução mutuamente benéfica para elas próprias e para quaisquer filhos envolvidos” (WILDE, Zulema D.; GAIBROIS, Luís M. – **O que é a mediação?**, p. 64-65).

⁷⁷ A Ata de Mediação foi publicada por Napoleão Bonaparte em 1803 e aboliu a República Helvética que havia existido desde a invasão da Suíça pelas tropas francesas, em 1798. Após a retirada das tropas francesas, em julho de 1802, a república entrou em colapso. Então, a Ata de Mediação foi a tentativa de Napoleão de um entendimento entre o Antigo Regime e uma República. Tal estágio intermediário da história da Suíça durou até a Restauração de 1815.

1790 dispunha sobre arbitragem sendo muitíssimo utilizada em seara comercial, quando também foram criados os juízes de paz, que eram inicialmente eleitos e, a partir de 1800, passaram a ser nomeados, posto que praticassem uma verdadeira justiça de proximidade e cujos julgamentos eram baseados em equidade, e não no direito propriamente. A conciliação obrigatória foi extinta através da lei francesa de 9 de fevereiro de 1949 e os juízes de paz foram então suprimidos, mais tarde, em 1958.

Já nas décadas de noventa e oitenta surgiu então a famosa “década da mediação”, conforme assinalou Jean-François Six, quando foi implantado o sistema de mediação em França e quando se pôde observar as múltiplas facetas que apresentam, a saber: a mediação familiar, penal, empresarial, social, administrativa e cultural.

Desde 1989, existe em Paris uma Casa da Mediação, que corresponde a uma associação independente, onde são realizadas consultas e solicitadas mediações familiares. Em setembro de 1993, ainda em Paris, instituiu-se a Casa da Família e da Mediação, sob a responsabilidade de uma assistente social.

Aliás, na Cidade Luz, a mediação familiar passou a ser um serviço municipal que atendia às necessidades da população de consultar sobre as questões familiares, encontrando-se, nessa Casa, psicoterapeutas, psicólogos e assistentes sociais com especialidades nesses problemas.

Prioriza-se a mediação familiar com o cunho primeiramente de prevenção, assim como para a saúde, quando se realizam levantamentos sobre a saúde familiar e que se possa apelar a um mediador com quem a família dialogaria pacificamente, antes mesmo que se declarasse um conflito de interesses.

A experiência francesa é muito peculiar e interessante de *médiation de quartier*, que é tipo de mediação extrajudicial, que se ocupa de conflitos de interesses de vizinhança ou familiares, problemas com barulhos, maus comportamentos, pequenas violências, pequenos atentados à propriedade e, também, de questões locatícias.

Na cidade de Lyon, há mediadores permanentes relacionados com as famosas boutiques de droit, que acolhem pessoas em conflito de interesses e garantem um serviço de acesso ao direito e de ajuda às vítimas.

Há mais de noventa mediadores ligados à *Association médiation de Lyon*, os quais são voluntários que moram no quarteirão e se interessam pela pacificação social. Trata-se de litígios de pequena importância para serem conduzidos ao processo judicial,

mas que são suficientemente sérios para desgastar as relações sociais se deixarmos permanecerem sem solução.

Em França, existe um Centro Nacional de Mediação, o CNM, composto por associações, sociedades e grupos de mediação cidadã. É composto por mediadores qualificados e que efetuam trabalho de pesquisa e de desenvolvimento a respeito do conceito e a ética, a arte, a pedagogia da mediação, objetivando ainda promover a função de mediador.

Em 1992, editou-se a Carta e um Código de Mediação que fixaram os princípios diretores da mediação, bem como os direitos e deveres do mediador, os controles e as sanções, conceituando a mediação como um procedimento facultativo que requer o acordo livre e expresso das pessoas envolvidas, de se engajarem em uma ação, particularmente, formada neste ofício.

A mediação judicial francesa fora instituída pela Lei 93-2, de 04 de janeiro de 1993, que consagra prática usada pelo Ministério Público há mais de uma década, resgatando a tradição de buscar a célere pacificação social mediante o acordo entre as partes, herdado do tempo dos juízes de paz e pelos conciliadores.

A mesma lei ainda concede ao Procurador da República, antes da decisão sobre a ação pública e havendo acordo entre as partes, a faculdade de recorrer a uma mediação, que é gratuita para elas. Segundo Six⁷⁸, é um modo de exercício de ação pública, visando regularizar certas situações, extinguindo diferenças menos graves entre pessoas que vivem juntas e atendendo de forma imediata e direta às expectativas das vítimas.

Six ainda ressaltou que essa mediação fica e deverá ficar no quadro da instituição judiciária e a infração permanece com eventualidade de sanção penal, e a reparação é tida como essencial.

⁷⁸ Jean-François Six (1929) é padre e teólogo católico francês envolvido no campo da mediação. Sua concepção de mediação é de forte inspiração religiosa. Ele critica a concepção econômica da atividade de mediador, seguindo a ideia implícita de que um padre é mediador entre os homens e o divino, sendo Jesus considerado pelos católicos como sendo o primeiro mediador entre homens e Deus. Autor de um livro cujo título é um aceno para o Tempo dos Magos: *O Tempo dos Mediadores* (1990). Esse livro apresenta uma abordagem muito social, até mesmo pastoral, à intervenção de mediadores, criticando uma concepção econômica da atividade de mediador, seguindo a ideia implícita de que um sacerdote é um mediador entre os homens e o divino, sendo Jesus considerado pelos católicos como o primeiro mediador entre homens e Deus. Ao mesmo tempo, publicou numerosas obras teológicas, espirituais e biográficas, nomeadamente sobre *Thérèse de Lisieux* ou Charles de Foucauld, de que é especialista.

A mediação em França se desenvolveu particularmente por iniciativa do Executivo e primeiro ministro, Balladur⁷⁹, em 23 de fevereiro de 1995, que, por meio de uma nota, propôs a melhoria das relações entre os serviços públicos e seus usuários e determinou aos ministros e prefeitos a designação nos serviços públicos de um funcionário encarregado da missão de mediação, o qual teria a função de esclarecer e, se possível, solucionar as dificuldades surgidas entre o usuário (consumidor) e os serviços, evitando-se a formação de contencioso administrativo.

A mediação cível francesa fora criada pela Lei 95-125, de 08.2.1995, e disciplinou a organização das jurisdições e o processo civil, penal e administrativo, que instituiu após concordância das partes e conforme determinadas regras, para proceder à tentativa prévia de conciliação, com exceção de matéria de divórcio e separação de corpos ou, ainda, realizar mediação, em qualquer fase do processo, no intuito de obter acordo entre as partes. O juiz determina o montante da remuneração do mediador e do conciliador que será paga pelas partes. Existe o dever de confidencialidade do conciliador e do mediador e, concretizando-se o acordo, as partes deverão submetê-lo para ter força executiva.

No tocante à duração de mediação ou conciliação, a referida lei francesa dispõe que será fixada pelo juiz, podendo ser renovada ou encerrada antes do prazo, a pedido do conciliador ou mediador, ou de uma das partes.

O Decreto nº 96.652, de 22 de julho de 1996, estabeleceu o prazo de duração do procedimento em três meses, os quais podem ser renovados uma vez. Esse prazo pode ser prorrogado pelo juiz, mediante nova decisão, porque o processo pertence definitivamente às partes: o tempo, sem o qual nenhuma solução será possível, há de ser o necessário para o amadurecimento e, principalmente, para realizar o trabalho de sanar os conflitos de interesses.

O mesmo Decreto de 1996 acima citado regulamentou a Lei de 1995 e introduziu no Código de Processo Civil francês um novo título, *La médiation*, composto

⁷⁹ Édouard Balladur (1929) é político francês e ocupou o cargo de Primeiro Ministro da França entre 1993 a 1995. O método adotado por Balladur nos dois anos que levam o governo é definida por observadores políticos como “doutrina Balladur”, que consistiria em uma mistura de voluntarismo e prudência, a desconfiança, senão desprezo pela classe política, e gestão especializada de comunicação. A tática de Édouard Balladur consistiria em assumir ambos os papéis exigidos pela coabitação (a do chefe de governo e a do Presidente da República, como François Mitterrand, enfraquecido pela doença), evitando cuidadosamente qualquer ação que possa prejudicar a sua imagem de candidato *in pectore* nas eleições presidenciais.

pelos artigos 131-I a 131-15. A doutrina francesa criticou ferozmente o legislador porque confundiu conciliação e mediação, sendo distinguidos somente quanto ao momento, pois, enquanto a conciliação é prévia, a mediação ocorre no curso do processo; tanto o mediador como o conciliador são investidos na mesma missão: o de conciliar as partes e resolver o litígio mediante um procedimento negociado.

Salienta-se que nem o mediador e nem o conciliador devem propor solução; ao contrário, devem ajudar as partes a encontrá-la. O que diferencia a mediação da conciliação é seu campo de incidência, pois o conciliador trabalha sobre o litígio, enquanto que o mediador solve o conflito. Eis, então, a explicação francesa da razão de a mediação sair do ofício do juiz.

A Lei de 1995 consagrou a mediação judiciária como uma forma alternativa de jurisdição contenciosa, transformando-a em espécie de conciliação, tida como instrumento de resolução de litígio, que desnaturou o instituto da mediação.

Na distinção entre litígio e conflito sublinha-se que a mediação se exerce sobre o não jurídico; esta não pode ser uma alternativa ao poder jurisdicional, mas pode, ao menos, ser suscetível de aperfeiçoar o exercício do poder jurisdicional ou tornar possível a conciliação das partes em litígio.

Segundo a doutrina francesa, a natureza da função do mediador civil é de um mandatário da justiça, assim como os tutores, os curadores, os peritos etc., uma vez que são designados pelo juiz para atuar em certo litígio. Sugere-se que a forma de majorar a aplicação da mediação é torná-la gratuita e obrigatória.

A gratuidade é afastada em razão da necessidade de controle de despesas públicas, já quanto à obrigatoriedade, a maior parte dos países não a adotam, tanto pelo fato de ser ineficaz como também por significar uma limitação da pessoa ao direito de acesso ao judiciário.

Six explicita que em França existe dois tipos de mediação, a saber: a institucional e a cidadã. Elas se diferenciam segundo a origem dos mediadores e seus respectivos métodos de atuação. Os mediadores institucionais são funcionários do Estado ou de órgãos e empresas governamentais, como os Correios ou Sistema Ferroviário Nacional (SNCF).

Entre os mediadores institucionais se inclui o mediador da República, que desempenha um trabalho específico em relação à sua instituição e aos clientes dela, possibilitando a retomada do diálogo com os cidadãos e usuários (consumidores).

Em geral são especialistas. A mediação da República foi instituída em 1973 para aprimorar as relações entre a administração francesa e o cidadão; o mediador da República é nomeado por seis anos por ato irrevogável. O recurso ao mediador é gratuito, e uma das suas principais funções é propor reformas legislativas, que são enviadas para os Ministros de Estado.

Os mediadores cidadãos são originários de associações independentes de cunho humanitário, social ou cultural, são pessoas que surgem espontaneamente nos grupos sociais, em razão das necessidades da comunidade. Atuam sugerindo opções que auxiliem o entendimento das pessoas e a formação de soluções para seus conflitos; não apontam solução externa, mas incentivam a utilizar seus próprios recursos.

O mediador cidadão, diferentemente do mediador institucional, tem todo o tempo disponível ao seu favor; possui propriamente autoridade moral, pois as pessoas o procura como se fosse guru, sábio ou orientador da comunidade.

Tanto os mediadores institucionais como os cidadãos compreenderam a necessidade de dialogar a respeito de suas experiências; assim, em 25 de julho de 2005, reuniram-se para formar uma plataforma e criar o chamado Alto Conselho de Mediação.

Criou-se, também o Comitê de Coordenação, como instrumento de reflexão e dinamização do Alto Conselho, que é uma instância paritária, formada por idêntico número de mediadores cidadãos e institucionais.

A adesão ao movimento da mediação adveio do *Conseil de L'Europe*, que emitiu recomendações sobre a mediação familiar e a mediação penal, modalidades estas que os diversos Estados europeus preocuparam-se em desenvolver. Os mediadores da área penal, cuja função é delegada pelos procuradores da República, tendem a se profissionalizar. Quanto aos mediadores familiares, obtiveram expressivo reconhecimento com a criação de um diploma do Estado e de conselho nacional francês.

A mediação francesa poderá ser judicial ou extrajudicial. A judicial, como é sabido, trata-se de espécie do gênero institucional, ao passo que a extrajudicial é a mediação cidadã. A distinção é relevante, devendo ser questionado se o conceito e os procedimentos de mediação são realmente compatíveis com os procedimentos judiciais.

Aliás, boa parte da doutrina francesa aponta que o problema central da mediação é o menos avaliado atualmente e faz com que se acredite que, uma vez que estamos de acordo sobre um interesse em uma mediação extrajudicial, se pode transpô-la para o coração dos processos judiciais ou substituir os processos judiciais pelos procedimentos de mediação.

O ideal, no entanto, é enxergar que as duas formas, senão incompatíveis, sejam talvez complementares; em todo caso, são diferentes e enfocam problemas diferentes, ao defrontar-se com as relações sociais.

Há casos, por exemplo, que em uma simples tentativa de acordo, com a realização de várias sessões de mediação, constrói-se um diálogo suficiente e esclarecedor sobre as reais pretensões dos envolvidos, facilitando em muito o labor do julgador.

Em resumo, em França existem basicamente a mediação institucional e a mediação cidadã. Sendo que na primeira, existem os mediadores judiciais, além dos mediadores da República e os demais existentes nos órgãos públicos. A mediação judicial francesa poderá incidir sobre matérias cíveis, penais e administrativas; os juízes, então, podem escolher livremente os mediadores, não exigindo a lei qualificação específica.

Por outro viés, a mediação cidadã é uma mediação comunitária, também muito desenvolvida e respeitada. A mediação francesa se expandiu em diversos setores, tais como a justiça, escolas, empresas, hospitais. Não sendo gratuita, suas despesas e custas devem ser divididas igualmente entre as partes, exceto quando houver combinação em sentido contrário (conforme consta no artigo 131 do Código de Processo Civil francês).

5.4 Abrangência da Mediação

A mediação realmente possui variadas formas de propor uma possível composição das controvérsias, considerando a adoção de meio mais adequado à composição dos conflitos e a presença de elementos que confirmem a mediação como o meio mais eficaz para tal finalidade.

Realmente a mediação vem sendo empregada como meio de composição em diversas modalidades de controvérsias, e não apenas sobre interesses de ordem

exclusivamente privada, mas positivamente adotada em quase todos os setores onde a autocomposição possa se efetivar, de sorte que a mediação representa um terreno fértil para o desenvolvimento em conflitos familiares cujo caráter publicístico é evidente e diante da preconizada justiça restaurativa que igualmente prevê a possibilidade da mediação na esfera penal.

No que tange aos pressupostos objetivos para a verificação da mediação, a tendência é que exista a gradativa supressão de restrições ao seu uso, de modo que, nas situações em que não se revele possível a autocomposição, a lei o indique expressamente.

Aliás, a Lei de Mediação brasileira, a Lei 13.140/2015 reconhece, em seu artigo 3º, que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre: a) direitos disponíveis; ou b) direitos indisponíveis que admitam transação. Se o conflito tratar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis em que admita alguma negociação, quando se percebe haver apenas a indisponibilidade relativa, este poderá ser certamente objeto da mediação. É o que ocorre com os conflitos civis propriamente ditos, envolvendo controvérsias presentes no Direito imobiliário, direito do consumidor, direito contratual, direitos reais, relações possessórias etc.

Atualmente, as demandas que hoje predominam no foro se ocupam de questões de massa e interesses imediatos das pessoas, como é o caso das demandas sobre o Direito de família, locação, responsabilidade civil e as relações de consumo.

Em tais casos, geralmente, a solução não poderá tardar, sob pena de haver comprometimento considerável da relação jurídica e da condição da parte. Nessa perspectiva, a mediação pode se revelar essencial para enfim obter uma resposta célere em atenção ao acesso à justiça em prazo razoável.

Ademais, a Lei de Mediação brasileira esclarece, no primeiro parágrafo do artigo 3º, que mediação poderá versar sobre todo o conflito ou então em parte dele. Ressalta, ainda, que o consenso das partes envolvendo direitos disponíveis, mas que sejam transigíveis, deverá ser homologado em juízo, sendo exigida a oitiva do Ministério Público.

A respeito dos pressupostos subjetivos para a adoção da mediação, *ab initio*, não há impedimento, devendo ser cotejadas as mesmas exigências relativas à regularização da capacidade (mediante a representação ou assistência) previstas na verificação de outros meios de composição de controvérsias.

No âmbito das relações privadas propriamente ditas, sendo marcante a disponibilidade dos direitos em disputa, a mediação constitui um mecanismo apto a ensejar a composição efetiva e válida das controvérsias, desde que não haja, por parte do legislado, uma expressa proibição quanto à realização de transação sobre seu conteúdo.

A esse respeito, merece enfoque peculiar a situação de conflitos relacionados à improbidade administrativa. O artigo 17, primeiro parágrafo, da Lei 8.429/1992 veda a ocorrência de transação, acordo e conciliação em ações de improbidade. A Medida Provisória 703/2015 revogou, pelo artigo 2º, inciso I, esse dispositivo, que deixou de constar do ordenamento jurídico brasileiro entre 21.12.2015 e 29.05.2016.

A limitação temporal ocorreu devido a ter transcorrido o prazo para a conversão da Medida Provisória em lei. Incidindo o artigo 62, §3º, da Constituição Federal, o ato normativo perdeu a eficácia e o artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa voltou ao ordenamento pátrio. A previsão está desde junho de 2016 oficialmente vigente, já que não se pode cogitar em revogação expressa.

Porém, a controvérsia não se limita ao plano normativo, pois, mesmo antes da edição da referida Medida Provisória 703, a doutrina se dividia sobre a melhor interpretação a ser dada ao respectivo dispositivo. Em contraponto a uma visão que é extremamente restritiva, a doutrina entende que a lei carecia de uma interpretação harmônica, com mais de duas décadas de atividade legislativa voltadas à promoção da consensualidade.

Um marco relevante nessa reflexão foi a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), cujos artigos 16 e 17 preveem a celebração de acordos de leniência, com relevantes consequências entre as condutas previstas em um e outro diploma. Atualmente, existe inclusive o Projeto de Lei 5209/2016 em trâmite na Câmara dos Deputados para alternar conjuntamente as Leis 2.946/2013 e a Lei 8.429/92 para disciplinar os referidos acordos de leniência.

Existe igualmente quem entenda que a Lei de Mediação brasileira revogou implicitamente o artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92. No entanto, é também possível sustentar o contrário.

Corroborando o importante princípio de presunção de vigência das leis, outros diplomas recentes preservam as demandas de improbidade administrativa contra as transações.

A Lei de Mediação prevê, no artigo 36, §4º, que, nas ações em que simultaneamente com a ação em que pretenda transacionar exista ação de improbidade administrativa, é necessário que o juiz dê sua anuência expressa para que possa, enfim, promover a composição extrajudicial do conflito na terminologia um tanto dúbia do dispositivo legal.

O Enunciado 617 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis marca um posicionamento firme sobre a celeuma, ao declarar, *in litteris*: “a mediação e a conciliação são compatíveis com o processo judicial de improbidade administrativa”.

O tema continua a gerar polêmica enquanto não se verificar nova alteração legislativa e/ou não houver um pronunciamento qualificado dos tribunais superiores a respeito. Pode também não se revelar adequado o uso da mediação em relações jurídicas sob condições especiais.

Para colaborar com o amadurecimento do conceito e da aplicação da mediação, é relevante sublinhar os limites de sua indicação, e estes, que inicialmente podem parecer absolutos, eventualmente se transformarão em limitações relativas conforme a especificidade de cada caso. Embora existam situações em que os limites pareçam intransponíveis, na maioria das vezes a sua transformação depende da coragem do mediador e de sua conduta diante do impasse.

Nos EUA, debate-se se a mediação deve ser empregada nos casos que tratem de direitos constitucionais, violência doméstica ou atividade criminosa, bem como nos casos em que haja flagrante desproporcionalidade na condição das partes. A discussão é pertinente diante da premissa de conceber adequadamente a via adequada ao pacífico encaminhamento das controvérsias.

Caso as partes derivarem para a violência exacerbada e as agressões ainda persistirem, não há como protagonizar as tentativas de consenso, afinal, para que exista o consentimento genuíno e para que ele seja formado e externado, a mediação exige respeito e possibilidade de comunicação sem prejuízo da própria saúde e da segurança do mediador.

A propósito, é regra fundamental da mediação limitar sua indicação quando diante da ocorrência de violência física ou abuso sexual, com risco iminente de graves danos a algum dos integrantes da família. Tal situação exige mesmo medidas incisivas e coercitivas, cuja eficácia venha a inibir a repetição do comportamento.

Em sendo viável a mediação, antes de discutir o cerne da controvérsia, poderá o mediador atuar para buscar cessar a violência e ainda estabelecer condições mínimas de contato com segurança. Eis o motivo para que o mediador precise de uma fundamentada formação multidisciplinar que o habilite a identificar seus próprios limites em certas situações.

Eventualmente, o mediador tanto poderá recorrer à alternativa de propor aos litigantes a comediação quanto atuará outro mediador cuja a formação profissional de origem o bem capacite a identificar a existência de enfermidades; poderá ser, nesse caso, um psicólogo ou médico.

Uma vez superada a situação de violência, será possível a promoção da mediação entre os envolvidos, com a vantagem de que, em tal método, as partes podem ter a oportunidade de entender o comportamento do outro e ainda alterar o nocivo padrão de comportamento. Existem diversas instituições brasileiras atuando para buscar a prevenção e arrefecimento de situações violentas; é o que consta no relatório elaborado pelo Ministério da Justiça sobre os meios alternativos realizado no ano de 2004: do total da base pesquisada, 18% dos registros mencionam a prevenção ou a redução da violência entre os objetivos das instituições mediadoras (sendo a violência doméstica ou contra a mulher o tipo de violência mais citado).

Havendo acusações paralelas de natureza criminal ou pendências criminais que impossibilitem a atuação neutra do mediador e a posição igualitária das partes, não se deve conceber a utilização da mediação, jamais deve haver qualquer tipo de barganha envolvendo a ameaça de demandar no âmbito criminal para obter um acordo na esfera cível.

Deve-se considerar, no entanto, a possível pertinência de estabelecimento de consenso através do uso de mecanismos da justiça restaurativa. Previamente à mediação na área cível ou comercial, deve ser pacificada a situação na esfera criminal.

Mas, infelizmente, existindo disparidade insuperável entre os envolvidos em termos de conhecimento sobre seus direitos e orientação técnica sobre como se proteger, a mediação não se revela adequada.

Dessa forma, se uma parte não tem conhecimentos relevantes, tem pouco ou nenhum poder sobre o outro contendor e está desprovida de assistência jurídica, a situação de desequilíbrio entre os mediandos pode comprometer a formação de um

consentimento genuíno e idôneo; a celebração de acordo equânime e satisfatório, em tais circunstâncias, torna-se mais adequada em ambiente estatal de julgamento, no qual as regras do devido processo legal podem efetivamente ajudar a compensar o desequilíbrio de forças.

Por derradeiro, deve-se considerar o resultado de eventuais negociações anteriores, se realizadas de má-fé, seja porque pelo menos uma das partes revelou instabilidade emocional, seja porque o sentimento de ódio a impeliu a punir o contendor, há perda considerável de confiança e fundadas razões para crer que eventual acordo será enganoso, de modo que insistir na técnica consensual poderá ensejar uma perda de tempo e agravar a situação conflituosa.

Mauro Cappelletti⁸⁰, ao esquadrinhar a noção de justiça conciliatória, entendeu-a como mais pertinente nos casos concretos em que as pessoas são forçadas a conviver constantemente; em tais casos, a solução contenciosa poderia conduzir a uma maior e ainda mais efetiva exacerbação de ânimos, ao passo que uma solução coexistencial seria vantajosa para todos.

De fato, tal conclusão se revela muito adequada, pois, se as partes travam contatos reiterados, é possível que outros conflitos surjam e até mesmo se agravem em face do mau tratamento de uma controvérsia específica e de sua suposta finalização pela decisão impositiva de um terceiro alheio à relação.

Conclui-se que de nada adianta contar com a decisão judicial proferida pelo juiz quanto à relação continuada se o conflito não for adequadamente trabalhado, já que este continuará existindo independentemente do teor da decisão; em seu sentir, normalmente é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente.

De qualquer forma, em variados tipos de conflitos civis, a mediação pode realmente constituir uma eficiente ferramenta hábil, não havendo porque limitar sua aplicação apenas às relações de trato sucessivo. A condição pessoal das partes, o histórico de sua relação e o grau de disponibilidade do Direito serão fatores interessantes para cogitar o encaminhamento das partes à mediação ou não.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro – Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. 19:74 (1994), p. 91.

Por essa dimensão, muito bem encaminhou o CPC brasileiro de 2015 ao dispor que a mediação será preferencialmente adotada nas relações marcadas por vínculo pretérito entre as partes, enquanto a conciliação abordará, preferencialmente, conflitos ligados às relações episódicas.

Cumpre sublinhar o quão feliz foi a previsão legal ao indicar o advérbio *preferencialmente*, porque, mesmo em relações eventuais, pode-se utilizar a mediação e deixar que os próprios interessados elaborem a saída consensual sem que o terceiro imparcial faça sugestões quanto ao mérito, preservando a autoria e a maior chance de cumprimento espontâneo do acordo.

Estudo feito pelo Ministério da Justiça em 2004 para identificar as iniciativas existentes no Brasil no que se refere à adoção de métodos alternativos constatou a seguinte divisão em termos de objeto litigioso:

Tabela 1: Distribuição dos programas de administração alternativa de conflitos segundo área de atuação

Tipos de programa	Frequência	Percentual
Conflitos interpessoais em geral	40	59,7
Conflitos de gênero/família	18	26,9
Conflitos trabalhistas	2	3,0
Conflitos de propriedade e posse	1	1,5
Conflitos de relações de consumo	1	1,5
Acidentes de trânsito	1	1,5
Moradia, saúde, educação	1	1,5
Não responde/recusa	3	4,5
Total	67	100

Fonte: Grinover, Sadek e Watanabe⁸¹

Após uma década, a pesquisa promovida pela Secretaria de Reforma do Judiciário em parceria com o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais e a Fundação Getulio Vargas – Direito – SP localizou, apenas na Região Sudeste do Brasil, 23 (vinte e três) práticas em mediação que não estavam ligadas aos atores do sistema de justiça, enquanto que as outras 58 demandas eram ligadas a esses atores; destas, 41% se localizavam especificamente no Estado de São Paulo, sendo distribuídas em áreas temáticas.⁸²

A mediação na área contratual, especialmente referente ao comércio em geral, constata a firme tendência ao afastamento, ao máximo possível, da atuação do

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; SADEK, Maria Tereza; WATANABE, Kazuo (Coords.) – **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015, p. 14.

⁸² Ibid., loc. cit.

Estado na relação privada. Como, em geral, os contratos constituem frequente causa de litígio e os negociantes necessitam de soluções céleres para seus impasses, é importante contar com vias pacíficas para abordá-los.

Portanto, além de iniciativas legislativas, há também a tendência que atualmente se nota no mercado de inclusão, principalmente nos contratos internacionais, de cláusula de mediação necessária antes do início de qualquer processo judicial ou de arbitragem. Isso se deve à percepção dos contratantes de que as soluções amigáveis de conflitos atendem melhor aos interesses deles e também por causa de sua preocupação quanto à demora e ineficiência dos processos judiciais.

Registra-se a crescente inclusão de cláusulas contratuais prevendo que a adoção da mediação como etapa inicial na abordagem de controvérsias revela que a busca de saídas conjuntas como fase precedente à instauração de litígio tem sido considerada uma opção atraente ao trato contencioso.

Mas a Lei de Mediação brasileira ressalta o comprometimento com a boa-fé objetiva ao obrigar as partes que a contemplaram no contrato a comparecer à primeira reunião consensual, embora reconheça não seja obrigatório que elas permaneçam no procedimento.

O conteúdo mínimo da cláusula de mediação consta na lei brasileira, que também permite que as partes façam referências ao regulamento de uma instituição idônea de serviços de mediação; sendo a cláusula omissa, existem critérios legais para a realização da mediação no primeiro parágrafo do artigo 22 da Lei de Mediação brasileira.

Nota-se que a importância da mediação nos conflitos contratuais é recomendável em face da dinâmica das relações interpessoais, que pode gerar efeitos desgastantes no convívio entre as partes e causar alterações quanto ao entendimento sobre a melhor forma de aplicação das regras pactuadas; diante de tais mudanças de rumo, acaba-se constando, nas organizações comerciais, um elevado descumprimento de contratos e acordos.

Já no cenário norte-americano, nos Estados dos EUA que contam com programas-piloto de tribunais multiportas, na maior parte das vezes, as questões tratam de contratos ou indenizações no valor de até US\$ 50.000, que envolvam disputas acerca de fatos e/ou valor do caso. Em tais relações jurídicas, tratando-se de objeto indisponível em considerável grau, existe grande possibilidade de que as partes reorganizem suas

posições para cuidar eficientemente das controvérsias verificadas. É recomendável que isso ocorra, pois, assim, elementos peculiares da relação contratual poderão ser reputados com maior eficácia e detalhamento.

Sabemos que, na celebração de negócios jurídicos, o consenso é elemento fundamental para o estabelecimento da avença, que pode se perder por inúmeros fatores.

Dessa forma, a mediação é uma opção vantajosa porque, além de possibilitar o tratamento de aspectos objetivos do negócio jurídico, também permite levar em conta certos fatores subjetivos da inter-relação existente para superar as dificuldades. Ao facilitar o diálogo, o mediador trabalhará aspectos como o grau de facilidade de comunicação, confiabilidade e a compreensão entre as partes e/ou seus representantes.

Propiciando o restabelecimento de uma comunicação eficiente entre as partes, a mediação pode ser aplicada satisfatoriamente para resgatar a vontade inicial de atender os interesses comuns e gerar a composição de situações controvertidas considerando também uma perspectiva de futuro, pois, afinal, é recorrente que os contratantes desejem resolver suas próprias pendências de tal modo que sintam ter deixado portas abertas para potenciais oportunidades de negócios que possam advir.

O ramo contratual sempre constituiu *habitat* da realização de meios diferenciados de abordagem de controvérsias, existindo mesmo um certo paralelo entre as técnicas de mediação e arbitragem para fins de abordagem da controvérsia negocial à luz de certos parâmetros, a saber:

Mediação

Desejo de preservar as relações futuras.

Ênfase no trato sucessivo futuro.

Necessidade de evitar decisões que impliquem ganhar ou perder totalmente.

Contendores desejam ter controle sobre o processo.

A disputa tem múltiplas partes e questões.

Ausência de direitos legais claros.

Arbitragem

Necessidade de equilibrar situações com diferenças de forças.

Necessidade de decisão sobre fatos passados.

Grande volume de disputas.

Necessidade de obrigar a participar.
Vantagens de rapidez e privacidade.
Vantagens do encerramento da questão.

A crucial vantagem da mediação se refere à postura protagonista das partes sobre o desfecho da controvérsia. Tal fator é muito importante na seara contratual, espaço onde a autonomia privada ocupa evidente predominância.

Em sua formação, o contrato considera, em princípio, certas expectativas dos contratantes, que, muitas vezes, acabam não sendo plenamente atendidas ao longo de sua efetivação.

Observa-se que nos conflitos contratuais um julgador pode acabar decidindo com base em sua interpretação da linguagem e das intenções quando da celebração do contrato; todavia, elas podem ser muitos diferentes daquelas existentes no momento do surgimento do problema; caso as partes envolvidas possam negociar sozinhas uma solução, a chance de obter um resultado melhor será maior.

Conclui-se, portanto, que a mediação pode ser valorosa para proporcionar nova configuração negocial, eventualmente com o nascimento de um novo contrato adaptado às atuais expectativas das partes e propiciando a inclusão de outros elementos reputados relevantes, como fatores mutáveis da economia.

Cumprе destacar que os contratantes são as pessoas mais aptas a encontrar saídas apropriadas aos seus dilemas. Em situações de falha na prestação de serviços ou no fornecimento de produtos, por exemplo, quem melhor que os próprios contratantes para entender o que realmente pode satisfazê-los? A busca de saídas criativas e a elaboração de propostas peculiares pode ser bem interessante nesse caso.

Também é aplicável a mediação na responsabilidade civil, diante da perpetração de danos a fim de conciliar e compor as controvérsias ligadas às pretensões indenizatórias. Porém, existe quem defenda não ser aplicável a mediação, quando a situação litigiosa encerra uma ocasião episódica na qual não necessariamente exista a continuidade na relação jurídica. Tal assertiva, todavia, merece uma reflexão mais atenciosa. É sempre recomendável evitar a demora ou até mesmo inadimplemento no ressarcimento de prejuízos.

Para efetivar o princípio da reparação integral de forma eficiente e adequada, é conveniente tentar, consensualmente, obter o pagamento devido com a maior presteza

que possível. Para tanto, é viável que as partes que se valham da mediação para que cada uma possa, ponderando sobre sua contribuição para o nexo causal danoso, resgatar a própria responsabilidade pelo acontecido e cumprir espontaneamente eventuais ajustes avençados.

Revela-se muito pertinente obrar a distinção existente entre as responsabilidades contratual e extracontratual, visto que há diferenças no que tange ao vínculo estabelecido entre as partes. Em casos concretos de responsabilidade contratual, sendo relevante para a manutenção de vínculos profícuos para uma potencial relação comercial futura, a mediação revela-se um útil mecanismo. Os argumentos favoráveis à adoção da mediação no direito contratual, em uma perspectiva de futuro, o estabelecimento de uma boa relação e de uma eficiente comunicação podem ensejar novas possibilidades de negócios.

No que se refere à responsabilidade extracontratual, pode parecer, em um primeiro momento, que a mediação não seja interessante por não haver perspectiva futura a ser preservada nem vínculo entre os sujeitos envolvidos no ilícito, porém outros objetivos devem ser igualmente considerados.

Como a mediação é mecanismo que permite resgatar a responsabilidade pessoal dos envolvidos na situação conflituosa, a mediação proporciona a eles, logo após a ocorrência do evento danoso, a chance de se comunicar e ainda avançar sobre como minimizar os efeitos danosos.

Revela-se, portanto, a mediação muito interessante para vítima e também para o ofensor e, ainda, para a sociedade como um todo, por demonstrar que certo equilíbrio pode ser alcançado de forma mais branda do que pelos trilhos da via jurisdicional.

Quando as pessoas se envolvem em um acidente de veículos, por exemplo, é comum que comecem a entabular comunicações para que exista cobertura pela seguradora de um dos envolvidos. Assim, a mediação pode ser eficaz para resgatar a comunicação que cessou entre as partes e facilitar o encontro de saídas céleres e produtivas para resolver aquela pendência.

Outra vantagem reside no fato de que a mediação pode ajudar a corrigir distorções verificadas por conta de expectativas desmedidas. Por vezes, as partes deixam de estabelecer uma saída consensual em virtude de interpretações equivocadas sobre seus

direitos ou suas perspectivas, caso se dirijam ao Poder Judiciário na busca de uma solução.

Retratam situações em que a parte pretende cifras expressivas e altas. Em casos de negatização do nome nos serviços de proteção ao crédito, um pedido de verbas elevadas dificilmente será deferido pelo juiz; o mediador poderá comunicar-se com a parte e, valendo-se da confidencialidade, obter dados sobre as reais necessidades, os legítimos interesses e as genuínas expectativas de cada um.

André Gomma de Azevedo revelou interessante constatação prática, *in litteris*:

“[...] as partes são geralmente mais flexíveis e francas quando lidam com um mediador confiável, pois ele permite que visualizem melhor o tipo de solução consensual que podem obter; além disso, “[...] um bom mediador pode reduzir a chamada “reação desvalorizadora” – um conceito de psicologia cognitiva referente à tendência em uma negociação de as partes desacreditarem, desconfiarem ou desvalorizarem certa proposta tão somente porque foi apresentada pela parte contrária. Para auxiliar a resolver essa questão, o mediador frequentemente se coloca como fonte de eventuais propostas ou as apresenta de forma neutra e recontextualizada.”⁸³

Conclui-se, assim, ser muito relevante a atuação do mediador para que a responsabilidade civil opere de forma ampla, abrangente e eficiente na reparação dos danos perpetrados à vítima, cuja ocorrência, por afetar o equilíbrio social, deve ser minimizada, ou preferencialmente suprimida, da forma mais célere e eficaz que possível.

Quando não houver uma relação contratual prévia entre as partes com a previsão de realização da mediação, a adoção deste meio consensual não pode ser exigida, mas isso, não exclui a possibilidade de que o interessado formule um convite para negociar diretamente ou com a contribuição de um mediador. O convite fora contemplado no artigo 21 da Lei de Mediação brasileira.

O CPC brasileiro de 2015 contemplou de forma pioneira a previsão sobre a designação de sessão de mediação para tratar de litígios coletivos sobre a posse consolidada no tempo há mais de um ano; a referida previsão igualmente se aplica às lides sobre a propriedade imobiliária. Trata-se de dispositivo legal de caráter social respeitável e revela sua preocupação com os conflitos coletivos de terras. Apesar de o

⁸³ AZEVEDO, André Gomma de – 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: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 151, nota 173.

dispositivo ensejar polêmica. A regra fora concebida tendo como pressuposto o cabimento da liminar possessória, sendo viável apenas para a ação de força nova; como o dispositivo foi alterado durante a tramitação legislativa, gostando-se ou não do dispositivo e de sua inspiração, sua incidência se faz impossível no cenário resultante.

A ideia inicial e primordial era obrigar a realização de audiência conciliatória antes da concessão de liminares de reintegração e manutenção; como a previsão buscava favorecer os movimentos sociais alinhados com o grupo ocupante do poder no governo brasileiro federal à época da discussão e aprovação do código, houve forte resistência na base parlamentar vinculada ao agronegócio e, no fim, o “embate de forças no parlamento resultou em dispositivo em descompasso com seus objetivos originais”.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁸⁴, supondo o legislador que, em tais casos, o *periculum in mora* não é tão intenso; opta ele por submeter essas controvérsias a um modelo de solução consensual, com a designação de audiência de mediação. A ideia é que, nessa audiência, seja possível encontrar solução acordada para o problema, evitando o emprego da força para a remoção desse grupo de pessoas ou, até mesmo, talvez, consolidando a posse da área em favor dessa coletividade.

Não se ousa preconizar que a utilização da mediação labore a substituição da atuação jurisdicional clássica. O que se pretende é complementar a atividade de realização e distribuição de justiça com o fornecimento de uma adicional ferramenta de trabalho. Assim, a mediação pode acabar contribuindo para a redução do número de demandas em trâmite no Judiciário brasileiro ao tirar de seu contexto a análise de situações que podem ser reorganizadas pelos próprios envolvidos e interessados.

Preocupa-se, portanto, em disponibilizar as ferramentas eficazes e hábeis a ensejar nos indivíduos elementos de resgate de sua própria dignidade, assumindo a responsabilidade pessoal pelo seu destino.

Com a premissa de uma nova visão dos conflitos e de si mesmos, as pessoas poderão lidar melhor com o cenário passado, resolvendo os conflitos já verificados, e, com suas perspectivas futuras, prevenindo a ocorrência de futuras querelas mediante abordagem mais focada nos reais interesses do que nas posições assumidas.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; Sérgio Cruz ARENHART; Daniel MITIDIERO – **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Vol. 3, p. 175.

Com o restabelecimento do diálogo e das diretrizes para uma comunicação eficiente, possibilita-se que a vontade de cada pessoa integre a solução alcançada, proporcionando esclarecimentos proveitosos e outros elementos que podem gerar o consenso autêntico e sincero não só quanto aos termos de eventual acordo, mas também quanto à efetiva concretização dos resultados delineados conjuntamente pelos envolvidos.

Assim, a controvérsia poderá ser vista como mais uma oportunidade de transformação e crescimento a partir de uma visão mais completa e plena de sua configuração. A pacificação social, apesar de ser importante e complexa missão constitucional do Estado brasileiro, poderá ser alcançada com a ativa participação de todos os envolvidos no conflito. A violência tenderá, então, a ser mitigada e, finalmente, substituída pelo respeito e consideração pelo outro.

A cidadania terá voz e vez e será ouvida e reconhecida como parte do processo democrático de garantia dos direitos. Configurando-se a justiça de proximidade, por estar mais próxima das preocupações cotidianas do indivíduo.

CONCLUSÃO

Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, no programa Justiça em Números, em 2014, passaram pela jurisdição dos noventa tribunais brasileiros cerca de 99,7 milhões de processos. Esse número divulgado pelo CNJ é resultado da soma de 70,8 milhões de processos pendentes e 28,9 milhões de casos novos registrados.

Observa-se que foi mantida a infeliz média de crescimento anual de 3,4% registrada nos cinco anos anteriores, que tramitaram em 2015, o que conclui 103,1 milhões de processos judiciais no Brasil.

Estatisticamente, na média, isso significa um processo para cada dois brasileiros. E o volume tende a majorar, principalmente diante do momento de crise social e econômica. O povo, inquieto, acaba por ser conduzido ao descrédito da Justiça, seja por sua morosidade, seja porque as diversas medidas buscadas e implementadas não logram o êxito e a eficácia pretendida para resolução dos conflitos.

Após a promulgação da EC 14/2004, os presidentes do STF e do STJ foram ao Congresso Nacional para apresentar o pacote de reforma infraconstitucional do Judiciário visando empreender maior celeridade ao processo judicial, além do CPC/2015, que coincidiu no seu afã de combate à demora.

Ainda o próprio texto constitucional vigente por força da EC 45/2004 incluiu, dentre seus direitos fundamentais, o direito ao processo judicial em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII).

Quando foram criados os juizados especiais cíveis e criminais, eliminaram-se alguns procedimentos e recursos, quando surgiu o rito sumariíssimo na Justiça do Trabalho, que, aliás, meramente enfatizou um rito já simplificado.

Apesar de apenas ter atenuado o dilema da tardança na decisão judicial dos conflitos de interesses, ainda existem gargalos formados por nó górdio da execução, tal como o cumprimento de sentença, o que enfatiza que a justiça brasileira como um todo, mas não somente ela, revela-se muito ineficiente.

Com o surgimento do instituto da mediação consistente na participação de um terceiro, em prol de autocomposição, ou seja, na busca de uma solução negociada, exclui-se a provocação da jurisdição estatal. Dá-se o acordo resultante da intermediação de um facilitador, até mesmo para que haja a reunião entre os contentores.

No mesmo sentido, em razão do crescimento exponencial das demandas judiciais e do estrangulamento progressivo do Judiciário, a Lei 13.140/2015 veio traçar uma detalhada regulamentação da mediação. Quando surge um conflito de interesses, conforme a lição de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, a sua eliminação pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro⁸⁵.

Na primeira hipótese, um dos sujeitos, ou cada um destes, consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (seja estatal ou arbitral).

A conciliação e a mediação são institutos que muito se aproximam, porém são distintos entre si. Há quem identifique ambas; há também quem aponte que a diferença é meramente procedimental; e há quem afirme que são absolutamente diversas.

Cogita-se de conciliação sob duas perspectivas, a saber: uma vez instaurado o processo judicial, às partes é facultado conciliar, e, para a plena validade de tal conciliação, se exige a sentença homologatória; já na Justiça do Trabalho, se for em sede de dissídio coletivo, ainda que as partes se conciliem logo na primeira assentada, imediatamente faz-se necessária a sentença normativa que homologue, se for o caso, os termos da conciliação.

A conciliação homologada equivale a uma sentença com trânsito em julgado, tanto que, para desconstituir termo de conciliação homologado, requer-se ação rescisória.

A conciliação construída, a partir da figura do conciliador, figura proeminente no âmbito dos juizados especiais cíveis, tem regime diverso. No CPC/2015, a conciliação foi regulada pelos artigos 165 a 175, de onde prevê diferenças existentes entre a conciliação e a mediação, na medida em que o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, atuando preferencialmente nos casos onde não houver vínculo anterior entre as partes e sugere as soluções para o litígio.

Por sua vez, o mediador auxilia as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de forma que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação e diálogo, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos,

⁸⁵ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

atuando preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes; e não propõe soluções para os litigantes.

Portanto, a diferença entre a mediação e a conciliação, à luz do CPC/2015, reside apenas na técnica que é empregada. No fundo, a conciliação, *lato sensu*, é resultante da composição amigável entre as partes em litígio, o que pode ocorrer extra ou judicialmente, como forma de facilitação do magistrado ou de outrem.

Uma vez a conciliação ocorrendo, já tendo sido instaurado o processo judicial, resta claro que o acordo homologado consubstancia a hipótese de heterocomposição. Se a composição ocorre antes ou mesmo fora do juízo, sem a intervenção do Estado-juiz, trata-se de autocomposição.

Aliás, quanto à mediação, há doutrinador que a situa como autocomposição, bem como há quem a afirme como heterocomposição.

O conciliador, em nosso modesto entendimento, e eventualmente até mesmo o julgador atuam como mediadores. Quanto ao magistrado, para que ele atue, pressupõe-se que exista um processo em juízo pelo que a conciliação implicará em heterocomposição.

O conciliador conforme prevê o codex processual civil, por igual atuará em juízo, quando o consenso será endoprocessual e estabelecerá heterocomposição. Conclui-se, portanto, que a autêntica mediação é aquela que ocorre sem que se tenha feito necessário ajuizamento de ação judicial, portanto consiste numa técnica autocompositiva de conflitos. Exemplifica-se a mesa redonda na Superintendência Regional do Trabalho, onde o auditor atua como facilitador e cujo resultado de seu êxito consiste na elaboração de um contrato coletivo de trabalho.

Quando o mediador vier a sugerir solução, o CPC/2015 distingue as esferas de atuação sob a perspectiva do conciliador judicial, sendo inerente à função de mediador que este venha a esposar seu entendimento quanto à solução mais justa, ainda que não tenha poder além da sugestão, em frontal oposição em relação ao instituto da arbitragem.

Lembremos que a Lei 13.140/2015 conceituou a mediação logo em seu primeiro artigo, parágrafo único, *in litteris*: “Considera-se mediação 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”.

Na festejada lição da Professora e doutrinadora Fernanda Tartuce⁸⁶, a mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que elas próprias possam, vislumbrando melhor os meandros da controvérsia, protagonizar uma solução consensual para dirimir o conflito de interesses.

A mediação é instituto orientado por concretos princípios, destacando-se a imparcialidade e a independência do mediador, a isonomia de tratamento, a oralidade, a informalidade, a facultatividade, a confidencialidade, a boa-fé e transparência.

Podem ser objeto de mediação inclusive os conflitos que envolvam direitos indisponíveis, mas desde que admitam transação.

Porém, nos precisos termos do segundo parágrafo do artigo 3º da Lei da Mediação, nesse caso, o eventual acordo haverá de ser homologado em juízo, com a devida oitiva do Ministério Público. Rechaça-se, nesse momento, a aceção de mediação pura, mesmo diante do permissivo legislativo.

Ademais, poderá ser admitido mais de um mediador para funcionar no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e complexidade do conflito e desde que as partes concordem (art. 15). O CPC/2015 previu a existência de empresas facilitadoras, chamadas de câmaras privadas de mediação e conciliação.

Nesse sentido, até mesmo os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas. Um grande exemplo são os PROCONs, que podem criar câmara com o objetivo de mediar a solução de conflitos entre os consumidores e fornecedores.

Aliás, o novo *codex* processual também previu que a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que admita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo (art. 46). Aliás, existe a PL 389/2018 cujo relator é Roberto Rocha e que propõe a alteração do referido artigo 46 da Lei 13.140/2015 para permitir o uso de meios eletrônicos de áudio e vídeo na mediação nas questões que envolvam Direito de Família e de Direito das Sucessões.

Quanto às vantagens da mediação, o fato é que, não importando o âmbito do consenso, requerendo-se a homologação judicial ou não, o benefício do instituto resta

⁸⁶ TARTUCE, Fernanda – **Mediação nos conflitos civis**.

evidenciado por ser, em regra, não compulsório. Portanto, como a mediação é facultativa, deverá ser requerida.

Porém, frise-se que se admite a mediação obrigatória quando houver cláusula contratual nesse sentido (cláusula de mediação), mas no caso de as partes estarem adstritas ao dever de comparecimento apenas quanto à primeira reunião de mediação, o primeiro parágrafo do artigo 2º.

Sem dúvida, a autocomposição é a melhor forma de resolução de conflitos, além do fato de que todos os acordos que propõem solução negociada abarcam inúmeras vantagens em relação à solução estatal, primeiramente por se tratar de algo mais simples e acessível. Não atinente aos procedimentos inflexíveis, apesar da nova figura do negócio jurídico sob a amplitude do CPC/2015, as partes podem fixar com vasta liberdade o rito do procedimento negocial respectivo, de sorte que a mediação se expressa em ser substancialmente mais econômica e célere do que o processo judicial, inclusive podendo prescindir de assistência advocatícia. Objetivamente, portanto, a mediação almeja não apenas desafogar o Judiciário brasileira, mas, igualmente, propiciar soluções extremamente mais céleres e facilitadas, o que vai enfatizar uma evolução social expressiva.

Ademais, através da mediação, pode-se formatar acordo envolvendo uma ou mais controvérsias em processos diferentes e em diferentes instâncias, afinal o consenso implica, em tese, que ambas as partes restaram atendidas, ainda que medianamente satisfeitas. Se a parte aceita a sugestão, ainda que apenas implicitamente encaminhada pelo mediador ou mesmo com uma autêntica facilitação sem emissão de qualquer diretriz conclusiva, até psicologicamente fica desconfortável posterior confronto, na medida em que há liberdade formal de escolha, com autonomia de vontade.

O conflito, como é sabido, é peculiaridade humana, tanto quanto também o é da sociabilidade; é fato humano normal das relações sociais. Mas, em um país onde a cultura é do acesso ao Poder Judiciário, apesar de sua pouca eficiência, com milhões de ações ajuizadas a cada ano, vemos com bons olhos a existência de mecanismos alternativos de soluções de litígios.

A mediação, por sua vez, consiste em uma técnica em que um terceiro, a extrajudicial sendo a que apontamos como genuína, atua como facilitador e cujo

resultado pretendido é o consenso entre os contendores; com isso, há pacificação social, objeto de toda e qualquer civilização.

A mediação, portanto, procura responder a um conjunto de desígnios distintos. Por um lado, procura atenuar um congestionamento alarmante conducente ao descrédito do Poder Judiciário; por outro, vem a ser um mecanismo ágil e simples que leva à resolução de conflitos. Ela visa corrigir o comum desequilíbrio entre os conflitantes. Faz-se mister, para tanto, a mudança de cultura e lógica judicial visando melhores mecanismos alternativos para a solução de conflitos.

Verifica-se que a mediação no Brasil guarda algumas semelhanças com o instituto adotado na Argentina, que, naturalmente, serviu de inspiração para o legislador pátrio. Em ambas as legislações se versa sobre a obrigatoriedade da mediação, apesar de que no Brasil haverá somente a obrigatoriedade da mediação incidental, diferentemente dos argentinos, que se submetem à mediação prévia obrigatória em todo juízo.

Há exceções legais à obrigatoriedade, a saber, que na Argentina é excepcionada nas causas onde o Estado ou suas entidades descentralizadas sejam partes (segundo os artigos 2, nº 4, da Lei 24.573/95), enquanto que no Brasil há a ressalva quando for parte pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis. Dessa forma, a mediação será obrigatória quando estiverem envolvidas as pessoas jurídicas de direito público, mas a controvérsia objetivar direitos disponíveis.

Em 06 de agosto de 2015, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se reuniu com representantes das empresas que mais possuem processos em andamento e já criou a câmara de mediação *online* e ainda pediu parcerias das empresas.

A montagem da plataforma *online* de resolução de conflitos, segundo o Desembargador César Cury, que coordena o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos, aponta que o projeto abrangerá as ações decorrentes das relações de consumo, que são responsáveis por grande parte dos mais de quatro milhões de processos em tramitação nos juizados do Rio de Janeiro.

A plataforma foi elaborada pela Juster, que é uma empresa especializada em mediação *online*, e a câmara do TJRJ entrou em funcionamento a partir de setembro de 2015, funcionando inicialmente nas comarcas de Duque de Caxias, Santa Cruz e Barra da Tijuca.

Ressalve-se que o Desembargador coordenador advertiu que o referido projeto não teve custos para o tribunal, pois foi fornecido gratuitamente pela empresa detentora dos direitos autorais do *software* e que será remunerada com parte das custas recolhidas pelas empresas conveniadas à iniciativa.⁸⁷

Aliás, a presente autora, Alessandra Balestieri, protagonizou a iniciativa de mediação *online*, onde se colocou a tecnologia a favor da justiça, pois a mediação realizada por *FaceTime* solucionou um processo que já tramitava há vinte e dois anos. A mediação foi realizada em quinze sessões, que se iniciaram em abril de 2016, e se referia a um processo de inventário aberto há mais de duas décadas; a questão era realmente complexa, posto que boa parte dos herdeiros estava no exterior e apenas um deles apenas fora do Estado do Rio de Janeiro).⁸⁸ Todas as cautelas e todos princípios norteadores foram obedecidos e observados, e a mediação foi um êxito para todos.

Essa foi a primeira vez em que a mediação *online*, realizada por videoconferência no TJRJ, pôs fim a um processo que tramitava há mais de vinte e dois anos.⁸⁹

Recentemente, em 07 de novembro de 2018, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça decidiu não mais obrigar a presença de advogados em mediação ou conciliação; tal decisão foi tomada pela maioria dos conselheiros do CNJ e se baseou na Resolução 125/2010 do mesmo Conselho, mais especificamente no décimo-primeiro artigo, que prevê a atuação de advogados e outros membros do Sistema de Justiça no casos, mas não obriga a presença dos advogados para que ocorra a solução de conflitos.

A mesma norma criou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses e ainda definiu a instalação de CEJUSCs e o incentivo ao

⁸⁷ Vide OABRJ Digital. **TJ/RJ vai criar câmara de mediação online e pede parceria das empresas.** Rio de Janeiro: OABRJ, 06 Ago. 2015. [Consult. 03 Dez. 2018] Disponível em WWW: <URL:<http://www.oabrj.org.br/noticia/92783-tjrj-vai-criar-camara-de-mediacao-online-e-pede-parceria-das-empresas>>.

⁸⁸ Vide TJRJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Tecnologia a favor da Justiça: mediação por FaceTime soluciona processo que tramitava há 22 anos.** Rio de Janeiro: TJRJ, 22 Nov. 2016. [Consult. 3 Dez. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/407314479/tecnologia-a-favor-da-justica-mediacao-por-facetime-soluciona-processo-que-tramitava-ha-22-anos>>.

⁸⁹ Vide AMAERJ. **Mediação por videoconferência soluciona processo que tramitava havia 22 anos no TJ-RJ.** Rio de Janeiro: AMAERJ, 24 Nov. 2016. [Consul. 3 Dez. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://amaerj.org.br/noticias/mediacao-por-videoconferencia-soluciona-processo-que-tramitava-havia-22-anos-no-tj-rj/>>.

treinamento permanente de magistrados, servidores, mediadores, conciliadores nos métodos consensuais de resolução de conflito.

O atual presidente do CNJ, Ministro Dias Toffoli, acompanhou a relatora Iracema Vale, que negou provimento ao processo à relatora Iracema Vale. Mas o ministro defendeu a menor burocracia no exercício de soluções consensuais de conflito de interesses.

Ao nosso modesto ver, tal decisão fere de morte o princípio do contraditório e da ampla defesa e poderá acarretar nulidades processuais graves, prejudicando o bom desenvolvimento da mediação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pela quebra da paridade de armas entre os jurisdicionados, afinal uma Resolução do CNJ não pode revogar princípios de leito constitucional que são o estofa do Estado Democrático de Direito, que é o Brasil.

Finalmente, entendemos que a mediação é instituto democrático que propicia maior inclusão social, na proporção em que vem orientar e conscientizar os cidadãos sobre seus direitos e ainda faculta às partes obter o diálogo e a resolução dos conflitos de interesses, traduzindo em boa hora, em sua informalidade, menores custos, com grande ênfase dada à comunicação, ao entendimento e ao diálogo dos envolvidos em conflito, fazendo com que não somente se resolva a controvérsia, mas finalmente se concretize a pacificação social promovendo uma realização concreta e plena da cidadania, a autonomia da comunidade, sendo a mediação um instituto eficaz e emancipador do acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Nadja – Four mediations stories from across the globe. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. ISSN 1868-7059. 74:4 (2010) 732-758.

ALMEIDA, Tania – **Caixa de Ferramentas em Mediação. Aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2013. ISBN 978-85-65056-35-9

ÁLVAREZ, Gladys Stella; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elías – **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996. ISBN 950-14-0882-5

AMAERJ – **Mediação por videoconferência soluciona processo que tramitava havia 22 anos no TJ-RJ**. Rio de Janeiro: AMAERJ, 24 Nov. 2016. [Consult. 3 Dez. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://amaerj.org.br/noticias/mediacao-por-videoconferencia-soluciona-processo-que-tramitava-havia-22-anos-no-tj-rj/>>.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. ISBN 85-7420-719-5

AZEVEDO, André Gomma de – 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: Grupos de Pesquisa, 2004. Vol. 3. ISBN 85-89929-02-7. P. 137-160.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil – **Código de Processo Civil: anteprojeto** [Em linha]. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Brasília, 2010. [Consult. 5 Set. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. ISBN 978-85-7018-317-0

BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: DOU, 18 Nov. 2011.

BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: DOU, 24 Abr. 2014.

BRASIL. Presidência da República – **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 17 Mar. 2015.

BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro – Lei nº 8667, de 19 de dezembro de 2019. FALTA EU COLOCAR O DIÁRIO OFICIAL.

BRASIL. Presidência da República – **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: DOU, 29 Jun. 2015.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILHA, Roberto E. – **Negociación y mediación: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna**. Buenos Aires: AD-HOC, 1997. ISBN 978-950-894-073-5

CAPPELLETTI, Mauro – Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. ISBN 85-203-2555-6. 19:74 (1994), 82-97.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça – Conciliação e Mediação, Brasília: CNJ, 2017. [Consul. 13 Out. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>.

D'AGORD, Marta – A negação lógica e a lógica do sujeito. **Ágora** [Em linha]. 9:2 (2006) 241-258. [Consult. 23 Set. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n2/a06v9n2.pdf>>. ISSN 1516-1498

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Direito Civil: Teoria Geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN 978-85-375-0915-9

DIDIER JR., Fredie – **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil – parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. ISBN 978-85-442-1843-3

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHAES, Mario; MUHR, Diana – **Do conflito ao acordo na era digital: meios eletrônicos para a solução de conflitos – MESC**. 2ª ed. Curitiba: Doyen, 2016. ISBN 978-85-68538-02-9

FAISTING, André Luiz – O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas. In SADEK, Maria Tereza (Org.) – **O Sistema de Justiça**. São Paulo: Sumaré, 1999. ISBN 85-85408-27-8. (Série Justiça – IDESP).

FALECK, Diego – **Manual de design de sistema de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. ISBN 978-85-519-0862-4

GRINOVER, Ada Pellegrini; SADEK, Maria Tereza; WATANABE, Kazuo (Coords.) – **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. ISBN 978-85-5506-002-1

HOPT, Klaus J. – Mediation – Eine Einführung. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. ISSN 0033-7250. 74:4 (2010) 723-731.

———; STEFFEK, Felix (Eds.) – **Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2013. ISBN 978-0-19-965348-5

JAYME, Erik – Entrevista. Diálogo com a Doutrina (seção). **Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)**. ISSN 1518-2010. 1:3 (2000) 289-293.

JEVEAUX, Geovany Cardoso – **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. ISBN 85-309-0804-X

KOZICKI, Stephen – **The Creative Negotiator**. New Delhi: McGraw-Hill, 1999. ISBN-13: 978-0-566-07492-9

LANGENSCHIEDT – **Euro-Wörterbuch Portugiesisch**. München: Langenscheidt, 2009. ISBN 978-3-468-12272-9

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel – **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6029-3. Vol. 1.

———; ———; ——— – **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6708-7. Vol. 3.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva – **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-02-06081-4

MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira – Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: primeiras considerações sobre o impacto e a simbiose dos diplomas. In **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2016. Vol. 2. ISBN 987-85-02-63716-0. P. 388-426.

OABRJ Digital – **TJ/RJ vai criar câmara de mediação online e pede parceria das empresas**. Rio de Janeiro: OABRJ, 06 Ago. 2015. [Consult. 03 Dez. 2018] Disponível em WWW: <[URL:http://www.oabrj.org.br/noticia/92783-tjrj-vai-criar-camara-de-mediacao-online-e-pede-parceria-das-empresas](http://www.oabrj.org.br/noticia/92783-tjrj-vai-criar-camara-de-mediacao-online-e-pede-parceria-das-empresas)>.

OLIVEIRA, Mariana – Resolução de conflitos sem litígios precisa de sistema lógico e integrado. Entrevista com Diego Faleck. **Consultor Jurídico** [Em linha]. ISSN 1809-2829. São Paulo: Conjur, 7 Out. 2018. [Consult. 29 Out. 2018]. Disponível em: <URL:<https://www.conjur.com.br/2018-out-07/entrevista-diego-faleck-especialista-mediacao-conciliacao>>.

PARKINSON, Lisa – **Mediação Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. ISBN 978-8538403814

PEIXOTO, Ravi – Sobre o Princípio da Confidencialidade na Mediação e na Conciliação. **Adam**. Blumenau, 9 Mar. 2016. [Consult. 23 Set. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao/>>.

RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. – **Dispute Resolution and Lawyers**. 2nd ed. St. Paul: West Group, 1997. ISBN 978-0-314-07211-5

ROBBINS, Anthony – **Poder sem Limites**. 16^a ed. São Paulo: Best Seller, 1987. ISBN 85-85091-28-2

SILVA, Paula Costa e – **A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1751-3

SPENGLER, Fabiana Marion – **Retalhos de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. ISBN 978-85-67722-00-9

TARTUCE, Fernanda – Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013. Vol. 1. ISBN 978-85-7761-809-5. p. 751-768.

——— – **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. ISBN 978-85-309-2779-0

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – **Mediação por videoconferência entre Brasil e Estados Unidos dá fim a 19 anos de litígio familiar**. Brasília: TJDF, 08 Maio 2017. [Consult. 5 Dez. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/maio/mediacao-por-videoconferencia-entre-brasil-e-estados-unidos-da-fim-a-19-anos-de-litigio-familiar>>.

TJRJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – **Tecnologia a favor da Justiça: mediação por FaceTime soluciona processo que tramitava há 22 anos**. Rio de Janeiro: TJRJ, 22 Nov. 2016. [Consult. 3 Dez. 2018]. Disponível em WWW: <URL:<https://tj->

rj.jusbrasil.com.br/noticias/407314479/tecnologia-a-favor-da-justica-mediacao-por-facebook-soluciona-processo-que-tramitava-ha-22-anos>.

URY, William – **O poder do não positivo**: como dizer NÃO e ainda chegar ao SIM. São Paulo: Campus, 2007.

VAZ, Paulo Afonso Brum – Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas. **Consultor Jurídico** [Em linha]. ISSN 1809-2829. São Paulo: Conjur, 3 Jul. 2015. [Consult. 5 Jul. 2015]. Disponível em WWW: <URL:<https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas>>.

VEZZULLA, Juan Carlos – **Meios Alternativos de Resolução de Litígios**. Conferência. Ministério da Justiça. Direcção Geral da Administração Extrajudicial e Fundação Calouste Gulbenkian, Coimbra: Almedina, 2001.

WILDE, Zulema D.; GAIBROIS, Luís M. – **O que é a mediação?** Lisboa: Agora Publicações, 2003. ISBN 972-97584-5-X