

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

NICOLE RABELO SOUTO MAIOR

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

MANAUS - AM

2017

NICOLE RABELO SOUTO MAIOR

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. MSc. Adriana Almeida Lima

MANAUS-AM

2017

S726a

Souto Maior, Nicole Rabelo.

A Aplicação do Instituto da Mediação no Brasil / Nicole Rabelo Souto Maior. – Manaus: Universidade do Estado do Amazonas, 2017.

50 f. ; . 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)
- Universidade do Estado do Amazonas, 2017.

Orientador: Prof.^a MSc Adriana Almeida Lima

1. Mediação. 2.Conflitos – resolução 3.Facilitação 4.Dialogo – colaboração 5.Direito Processual Civil 6.Aplicabilidade
I.Lima, Adriana Almeida II. Universidade do Estado do Amazonas. IV. Título.

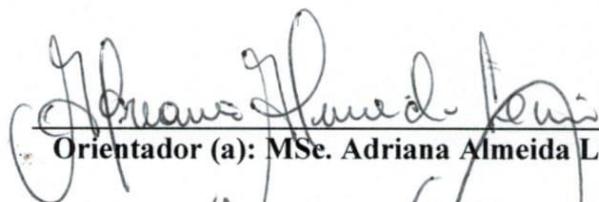
CDU 347.925

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

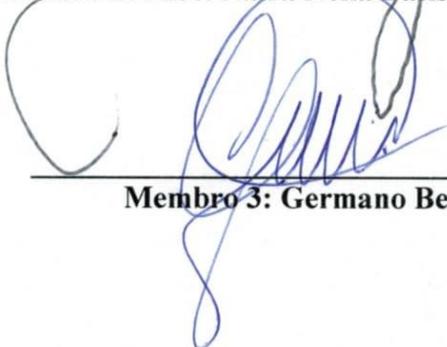
NICOLE RABELO SOUTO MAIOR

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador (a): MSc. Adriana Almeida Lima


Membro 2: MSc. Naira Neila Batista de Oliveira Norte


Membro 3: Germano Bessa Lopes

Manaus, __ de Novembro de 2017.

À minha mãe (in memoriam), por seu amor incondicional, exemplo e ensinamentos que sempre me conduzirão.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ser tão generoso dando-me o dom da vida, e pela sua incansável misericórdia e graça com a qual me cerca todos os dias.

Ao meu pai, por toda dedicação, e pelo incansável esforço em sempre proporcionar a mim e a meu irmão todas as condições para que pudéssemos galgar nossos sonhos.

À minha família, por toda força e coragem com a qual me nutrem, apoiando-me nas horas mais difíceis, e de igual modo, presente nos melhores momentos.

Aos meus amigos, que tornam a jornada da vida mais leve e a escalada mais fácil, sempre presentes, não podem imaginar o quanto fazem parte desta conquista.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para este feito, em especial, aos professores do Curso de Direito da UEA que, além de transmitirem seus conhecimentos, fizeram-nos pessoas melhores.

RESUMO

A presente monografia tem por objeto de estudo a análise da aplicabilidade do instituto da mediação no Brasil como método consensual de resolução de controvérsias. Para tanto, a partir de ampla pesquisa bibliográfica, aborda-se inicialmente a função do Judiciário no contexto atual, e a necessidade de utilização de meios alternativos que atendam as novas concepções de acesso à justiça, de modo a produzir um ambiente cooperativo de resolução de conflitos. Em seguida, este trabalho versa sobre o processo histórico-evolutivo da mediação, trazendo um comparativo de como esta técnica vem sendo utilizada na França, na Argentina e nos Estados Unidos. Por fim, verifica-se o processo de institucionalização da mediação no Brasil, e a implementação deste método através das três principais disposições que versam sobre o tema, quais sejam, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, e o Marco Legal da Mediação – Lei nº 13.140/2015.

Palavras-chave: Mediação. Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos. Direito Processual Civil. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the applicability of the mediation institute in Brazil as a consensual method for the resolution of controversies. To do so, based on extensive bibliographical research, it initially addresses the role of the judiciary in the current context, and the need to use alternative means that meet the new conceptions of access to justice, in order to produce a cooperative environment for conflicts resolution. Next, this work is about the historical-evolutionary process of mediation, bringing a comparison of how this technique has been used in France, Argentina and the United States. Finally, the process of institutionalization of mediation in Brazil is verified, and the implementation of this method through the three main provisions that deal with the subject, namely, Resolution 125/2010 of the National Council of Justice, the New Code of Civil Procedure - Act 13.105 / 2015, and the Legal Framework for Mediation - Act 13.140 / 2015.

Keywords: Mediation. Consensual Methods of Conflict Resolution. Civil Procedure Law. Applicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. SISTEMA JUDICIÁRIO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	10
1.1. A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	10
1.2. CRISE JUDICIÁRIA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE ACESSO À JUSTIÇA..	12
1.3. PRINCIPAIS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ...	15
1.3.1. Negociação	15
1.3.2. Arbitragem	16
1.3.3. Conciliação	16
1.3.4. Mediação.....	17
2. INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO COMPARADO	19
2.1. NA FRANÇA	21
2.2. NA ARGENTINA	22
2.3. NOS ESTADOS UNIDOS	23
2.4. PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL.....	26
3. MEDIAÇÃO NO BRASIL: NORMAS E PROCEDIMENTOS	30
3.1. RESOLUÇÃO 125/2010 – CNJ	30
3.1.1. A “rede” de tratamento adequado dos conflitos	32
3.1.2. Dos conciliadores e mediadores.....	34
3.2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A MEDIAÇÃO – PRINCIPAIS ASPECTOS.....	35
3.2.1. Da audiência de mediação.....	37
3.2.2. Impedimentos, suspeições e penalidades referentes ao mediador	39
3.3. MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO	40
3.3.1. Princípios norteadores.....	41
3.3.2. Técnicas de mediação	43
3.3.3. Da mediação extrajudicial	45
3.3.4. Da autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público...	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

Em virtude da grande demanda de conflitos que adentram o Judiciário diariamente, e das relações sociais que se encontram cada vez mais judicializadas, necessária se faz a utilização de meios alternativos que possuam como finalidade não apenas diminuir os números processuais, mas sim, que sejam capazes de restaurar o diálogo e a compreensão das partes. Nesse sentido, surge a figura da mediação como técnica alternativa de acesso à justiça e política pública de resolução de conflitos.

A mediação empenha-se em restabelecer a relação social entre os envolvidos, não se limitando a perseguir um resultado “prático” ou “pré-moldado”, porém construindo uma solução consensual para o problema, de acordo com as especificidades de cada caso, proporcionando assim a realização de um acordo que beneficie todas as partes.

À vista disso, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a forma como a mediação, enquanto método consensual, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as mudanças na prestação jurisdicional do Estado trazidas pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que estabelece a mediação ou conciliação como etapa inicial do processo, e pela Lei nº 13.140/2015 – Marco Legal da Mediação, a qual regulamenta o procedimento de mediação judicial e extrajudicial, entre particulares e pessoas jurídicas de direito público.

No intuito de alcançar o objetivo geral proposto e definir os contornos do tema, os objetivos específicos são: identificar os delineamentos da crise no sistema judiciário atual, a qual acarreta a morosidade dos trâmites processuais e decisões que não tratam adequadamente os conflitos; observar o contexto histórico de surgimento da mediação, sob a perspectiva do direito comparado, na medida em que proporciona uma visão cabal sobre como outros ordenamentos jurídicos recepcionam e aplicam a mediação; e, por último, verificar como este método consensual se adéqua à realidade brasileira, estabelecendo um diálogo entre as normas que dispõem sobre o tema para, assim, evidenciar as suas particularidades.

No tocante ao método de pesquisa, este trabalho utiliza o método dedutivo e recorre à ampla pesquisa bibliográfica na doutrina especializada em Direito Processual Civil, de modo a efetivar a elucidação das questões suscitadas nos objetivos especificados.

O primeiro capítulo deste trabalho destina-se a abordar a mudança relativa à função do Judiciário no estado contemporâneo, em decorrência da transição do Estado Liberal para o Estado Social, exigindo desse poder o abandono da conduta negativa – corrigir atos de

agentes políticos e manutenção do *status quo* – para conduzir-se ativamente efetivando os direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos. Em seguida, trata da conseqüente crise no sistema judiciário, traduzida pela enorme quantidade de processos e pouca efetividade dos julgados, finalizando com uma breve exposição dos principais métodos consensuais de conflitos (negociação, arbitragem, conciliação e mediação), os quais avocam a responsabilidade de amenizar a quantidade de demandas judiciais, na medida em que propõem uma solução pacífica de controvérsias.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da contextualização histórica do instituto da mediação, traçando um comparativo de aplicação deste método na França, Argentina e Estados Unidos, no que tange às suas singularidades. Tal capítulo finda-se com a exposição do processo de institucionalização do referido meio alternativo no Brasil.

Por fim, o terceiro e último capítulo pormenoriza as disposições normativas que regulam a mediação no ordenamento jurídico brasileiro (Resolução 125/2010 do CNJ, Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Lei nº 13.140/2015), bem como discorre sobre as questões procedimentais relativas aos mediadores, às sessões judiciais e extrajudiciais de mediação, princípios norteadores e técnicas utilizadas nesse método consensual, e demais aspectos e particularidades do tema.

1. SISTEMA JUDICIÁRIO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O sistema judiciário, através do processo judicial, desempenha perante à sociedade o papel de pacificar as relações entre grupos e pessoas, conforme versa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao garantir o acesso à justiça na medida em que não se exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Todavia, os litígios judiciais, que aumentam de forma exponencial, tratam muitas vezes os conflitos apenas superficialmente, em decorrência do modelo tradicional de jurisdição que traz consigo o método compositivo adversarial, no qual uma parte será a vencedora e a outra perderá a demanda. Nem sempre a verdadeira controvérsia é tratada, gerando prejuízos aos laços afetivos existentes entre as partes (TORRES, 2015).

Nesse sentido, a atividade jurisdicional do Estado leva à sociedade a tecer um olhar cada vez mais crítico sobre o desempenho do Judiciário na resolução de controvérsias, culminando no reconhecimento da imprescindibilidade de sua reformulação, e estimulando o emprego de procedimentos eficientes para resolução dos problemas de forma cooperativa. Dessa forma, destacam-se os meios consensuais de conflito, dentre os quais se encontra a mediação, que será o objeto de estudo do presente estudo.

1.1. A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A comutação do Estado Liberal para o Estado Social promoveu substancial alteração não apenas na concepção de Estado, mas principalmente na integração dos Poderes. Desse modo, o Poder Judiciário é atualmente vocacionado para atender o bem comum e efetivar os direitos fundamentais, garantindo igualdade material. No entanto, se faz cada vez mais evidente que uma “crise” dificulta esse Poder de cumprir suas finalidades institucionais.

A tradicional divisão de poderes aviltada por Montesquieu quedou-se abalada com o advento do Estado Social, uma vez que tal concepção foi engendrada para evitar a concentração de poderes numa época em que o emprego e a aplicação dos comandos legais eram a mais autêntica expressão de segurança e garantismo. Para Grinover (2009), a teoria da separação dos poderes se deu em um contexto em que se pretendia esmorecer o Poder Estatal, estabelecendo a primeira geração das liberdades ditas negativas, na medida em que:

[...] foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da

liberdade individual. Era o período da primeira geração dos direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado (GRINOVER, 2009).

Assim, a separação mais estanque dos Poderes garantia praticamente uma plena autonomia em suas respectivas atividades finalísticas, como contraposição aos excessos do período absolutista em que todo o poder se encontrava na figura do soberano. Por conseguinte, o Poder Judiciário habituou-se a corrigir os atos dos agentes políticos mediante uma conduta negativa, fazendo com que a concretude da Justiça estivesse mais vinculada à manutenção do *status quo* e a uma visão individualista do processo. No entanto, a transição para o Estado Social trouxe expressiva alteração nessa ordem.

Para Novelino (2009), a ascensão dos direitos de segunda geração, os quais se materializam nos direitos sociais, econômicos e culturais, sendo, portanto, de titularidade coletiva, ocupou sucessivamente a pauta de discussões, exigindo do Estado o abandono da conduta negativa em prol de uma conduta ativa, capaz de conferir igualdade substancial a todos.

Nessa esteira, Vasconcelos (2007) esclarece quanto à relevância dos direitos sociais:

[...] Mesmo que historicamente os direitos sociais de igualdade venham depois dos direitos individuais de liberdade, eles são ontologicamente prioritários porque constituem as condições necessárias para o exercício destes. Sem os mínimos direitos econômicos e sociais, não se podem exercitar os direitos civis e políticos. Portanto, há uma relação de complementaridade entre os direitos de liberdade e de igualdade, sendo hoje comum vê-los qualificados como direitos a uma liberdade e direitos à igualdade de oportunidades. E como igualdade supõe poder regulatório e liberdade implica força emancipatória, essa complementaridade é complexa, contraditória.

A renovação do direito ocorreu substancialmente por mérito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como pela conseqüente constitucionalização dos direitos sociais. Os valores fundamentais de justiça e dignidade humana, como preceitos do referido documento, foram recepcionados nos ordenamentos jurídicos por normas com eficácia vinculativa, a exemplo do Brasil, em que essa vertente é claramente observada na Constituição Federal de 1988.

Diante desse contexto, o Poder Judiciário introduziu-se em uma realidade totalmente diferente. A atividade jurisdicional, que outrora se estruturava na supremacia irretocável da lei, deixa o viés tecnocrata para proporcionar a efetivação das normas constitucionais, interferindo progressivamente nas pautas políticas. Por conseguinte, os direitos constitucionais não são mais reputados como recomendações ao legislativo ou ao executivo,

tornando-se direitos subjetivos, os quais podem ser trazidos à esfera judicial para ter efetivo cumprimento.

O renovado entendimento em relação à normatividade constitucional acima exposto traz a necessidade de uma nova postura do Poder Judiciário, bem como técnicas processuais diferenciadas que possuam a capacidade de atender a essas novas exigências.

Nesse diapasão, Chayes (1976) discorre sobre oito características que compõem um novo modelo processual, o qual se volta à defesa dos interesses públicos, em detrimento do modelo privatista de índole individual. São elas: (1) o escopo da demanda é determinado exogenamente, mas delimitado em um conjunto pela Corte e pelas partes; (2) a estrutura de partes não é bilateral, mas espalhada e amorfa; (3) a pesquisa dos fatos pertinentes à ação não é retrospectiva, mas prospectiva; (4) a tutela judicial não se destina a remediar violações passadas e não se limita às partes imediatamente envolvidas no litígio, ela é desenhada *ad hoc* em termos flexíveis e amplos, tendo importantes consequências sobre pessoas ausentes no processo; (5) a implementação da decisão não é imposta, mas negociada; (6) a sentença não termina o envolvimento judicial no assunto, que continua na fase de implementação da decisão; (7) o juiz não é passivo, mas assume papel ativo de investigação dos fatos e organização do procedimento; (8) o objeto das disputas não é uma disputa entre indivíduos sobre direitos privados, mas uma reclamação atinente à operação de uma política pública.

Essas características evidenciam o papel hermenêutico do Poder Judiciário ao dar significação aos valores públicos e sociais incorporados ao ordenamento jurídico.

1.2. CRISE JUDICIÁRIA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE ACESSO À JUSTIÇA

Silva (2013) esclarece que o fenômeno denominado crise do Judiciário se caracteriza, predominantemente, pelo exorbitante número de processos, pela lentidão na tramitação dos feitos, pela falta de previsibilidade das decisões, pela pouca efetividade dos julgados, pelo número expressivo de recursos e pela utilização predatória da Justiça Estatal.

Outrossim, para Sadek (2004), os entraves enfrentados pelo Judiciário não são exclusivos da atualidade na medida em que:

Desde as primeiras cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distavam de um modelo de Justiça minimamente satisfatório. Nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a ideia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por Justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação.

Segundo Pellegrini (1990), nos países em que a função jurisdicional é desempenhada exclusivamente pelo Poder Judiciário, a crise da Justiça confunde-se e se identifica com a crise do Judiciário e de seus membros, de forma que:

Crise da Justiça, crise do judiciário, crise da Magistratura. Tudo é levado de roldão, no entanto, há que se distinguir. Em primeiro lugar, a crise não tem apenas aspectos negativos, mas indica um fenômeno próprio da evolução e transformação. A crise leva, ou ao menos deveria levar, à renovação, segundo esquemas adequados à realidade emergente. Em segundo lugar, na crise que se generaliza como sendo própria do Judiciário, há de se considerar seus diversos aspectos, ora atinentes à crise estrutural de um dos Poderes do Estado; ora relativos à crise institucional que surge no delicado jogo de equilíbrio entre os Poderes; ora peculiares à mentalidade dos operadores da Justiça; ora próprios da inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional.

É possível depreender do entendimento acima transcrito que são várias as facetas da crise do Poder Judiciário, havendo distinção entre seus componentes e agentes causadores, bem como dos aspectos que acarretaram tal colapso. Sadek e Arantes (1994) esclarecem que tal crise pode ser compreendida por três vertentes distintas, quais sejam, a institucional, a estrutural e a procedimental.

No que tange à vertente institucional, é crescente a interferência dos tribunais na vida política e econômica, o que amplia sua responsabilidade em relação às decisões proferidas, e aos entendimentos firmados, ganhando, assim, a atenção da sociedade.

Com isso, o Judiciário passa a desenvolver um contínuo trabalho interpretativo, aplicando as normas em casos concretos, e conseqüentemente, estabelecendo o sentido definitivo dos comandos legais.

Nas palavras de Faria (2004):

É aí que surge o fenômeno da ‘judicialização’ – a crescente ampliação da ação executiva e legislativa dos tribunais na vida política e econômica. Como a ordem jurídica assim produzida não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas normas critérios constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo. E como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja, ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores.

Em relação à vertente estrutural, observa-se a insuficiência do Poder Judiciário para executar suas funções, na medida em que há limitação de recursos e carência de juízes para julgar o grande número de processos.

Pesquisas recentes promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça revelam o exorbitante número de processos em andamento. Na Justiça Estadual de São Paulo, por exemplo, supera-se em 20 milhões de feitos, enquanto que no Brasil, entre todas as esferas (Federal, Estadual e Distrital), estima-se aproximadamente 100 milhões de ações em curso.

(CNJ. justiça em números. Disponível em ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/Relatóriojn2014.pdf).

Mesquita (2001), ao tratar do assunto, preceitua que as restrições ao devido processo legal e ao princípio da legalidade levam ao aprofundamento e não à solução da crise em que se debate o Poder Judiciário. O que o Poder Judiciário carece urgentemente é de recursos materiais e humanos para atender devidamente à demanda de seus serviços.

Por último, na vertente procedimental se constata o formalismo dos meios e a inadequação do instrumento processual. Apesar de ser inegável o progresso científico do direito processual, com inovações de procedimentos e aperfeiçoamento dos institutos, tais avanços ainda são insuficientes, na medida em que a demora para solucionar situações litigiosas, que permanecem indefinidas, é fator de frustração e angústia para as partes, levando a celeridade ser ansiada como algo imprescindível na prestação da Justiça.

Nesse cenário, os meios consensuais se evidenciam como formas de amenizar as demandas judiciais, impedindo que certos conflitos sejam judicializados, bem como abreviar as demandas já existentes, permitindo ao Judiciário certo equilíbrio.

Mancuso (2009), ao discorrer sobre os meios consensuais, elucida que:

[...] é preconizado mundialmente, até porque o retardamento da prestação jurisdicional e sua imprevisibilidade não são mazelas exclusivamente nacionais, mas estão presentes em muitos países, parecendo-nos que, na etiologia do problema, radicam algumas concausas, entre as quais a principal está na falência do modelo da Justiça estatal como um todo, a saber: o Estado avoca a distribuição de Justiça, ofertando-a como um direito subjetivo público disponível a quem pague a taxa judiciária e contrate um advogado (ou nem isso, no caso de Justiça gratuita nos Juizados Especiais, em primeiro grau), mas depois não consegue atender à expectativa assim criada, ou pior, buscando fazê-lo, passa a oferecer Justiça de massa, de baixa qualidade, seja quanto à consistência jurídica, seja quanto à duração do processo, seja, enfim, no tocante ao custo financeiro.

Portanto, com a necessidade de mudança do modelo de Justiça, é essencial o incentivo à cultura da heterocomposição, para que a Justiça estatal atue num plano residual, recepcionando conflitos refratários aos meios consensuais, assim como os que “necessariamente” precisam ter uma passagem judiciária.

Por meios consensuais, que serão abordados com maior profundidade no tópico a seguir, podemos entendê-los como capazes de incrementar o sistema de Justiça, não por “extinguir” as demandas, o que só ocorrerá em caso de acordo entre as partes, mas como os que efetivamente se ocupam em priorizar soluções de ganhos mútuos, voltados a uma ideia exordial integrativa de resolução de conflitos.

1.3. PRINCIPAIS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme exposto anteriormente, a principal característica dos meios consensuais é a possibilidade da resolução construtiva do conflito, pois estão estruturados para atingir de forma mais profunda a pacificação, diferentemente da sentença, que se limita a ditar arbitrariamente a regra jurídica para o caso concreto, provocando, na maioria das vezes, recusa pela parte perdedora, a qual se opõe com todos os recursos e impugnações possíveis.

Os meios consensuais buscam analisar, compor e prevenir situações de tensão e rupturas, além de, conforme Silva (2013), investigar a tipologia do conflito, na tentativa de delinear o conflito verídico. A coexistência é enfatizada como elemento valorativo importante nesses meios, fazendo assim com que o ganho mútuo seja almejado e estimulado na composição.

Além da mediação, tema no qual se propõe esmiuçar este trabalho, outros métodos adequados de soluções de conflitos podem ser empregados de maneira a firmar uma solução pacífica aos casos e dar celeridade aos processos, sendo os mais importantes a negociação, a arbitragem e a conciliação, que serão introduzidos a seguir.

1.3.1. Negociação

A negociação se caracteriza como o meio de resolução de conflitos em que, de maneira geral, não há intervenção de um terceiro, na proporção em que as partes intentam resolver suas divergências diretamente, podendo negociar com permuta de vantagens, redução de perdas, aproveitamento de oportunidades e situações de conforto, ou seja, as partes procuram perseguir uma composição que propicie ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas.

Para Serpa (1999), a negociação é um processo onde as partes envolvidas entabulam conversações, no sentido de encontrar formas de satisfazer os interesses.

Entretanto, embora a negociação se faça pelas próprias partes, nada impede o auxílio de pessoa especializada. Nesse caso, o terceiro não será um facilitador em benefício das partes, mas um profissional capacitado que irá assessorar uma delas, e em nome desta defenderá os seus interesses.

Acompanha tal entendimento Demarchi (2007) ao dispor que:

[...] há que se mencionar aqui, ainda, que a negociação pode ser tentada diretamente pelas partes com o auxílio de profissionais especialmente capacitados para o

desenvolvimento de negociações. Este profissional pode ser um advogado ou um consultor oriundo de outra área de formação, que atuará auxiliando a parte a se preparar para a negociação. Ressalte-se que se trata de negociação assistida, e não de condução da negociação por um terceiro, o que redundaria na realização de uma conciliação ou mediação.

1.3.2. Arbitragem

Na arbitragem, por ser instrumento de heterocomposição (resolução do conflito imposta por um terceiro que possui poderes para tanto), se faz presente a figura de um terceiro, ou colegiado, que possui a incumbência de decidir o litígio que a ele foi submetido por livre vontade das partes. Observa-se que é um método adversarial, posto que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra. A decisão do árbitro é oponível às partes, assim como uma sentença judicial: a diferença decorre do fato de não ter sido proferida por integrante do Poder Judiciário.

Ressalta Cahali (2017) que, no contexto da arbitragem, consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito por terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando sua vontade ou pretensão. A participação das partes se pauta na formulação de pretensões e no fornecimento de elementos que contribuam com o árbitro para que este venha a decidir o litígio.

1.3.3. Conciliação

Diferentemente da negociação, os meios da conciliação e mediação utilizam-se da intervenção de um terceiro, imparcial, para viabilizar a composição entre os interessados. O terceiro ajudará as partes a encontrarem a melhor solução para o conflito.

O foco principal da conciliação é a solução do problema, alcançando assim um acordo coerente e suportável às partes.

Buitoni (2010) entende que:

O conciliador, seja Juiz ou não, fica na superfície do conflito, sem adentrar nas relações intersubjetivas, nos fatores que desencadearam o litígio, focando mais as vantagens de um acordo onde cada um cede um pouco, para sair do problema. Não há preocupação de ir com profundidade nas questões subjetivas, emocionais, nos fatores que desencadearam o conflito, pois isso demandaria sair da esfera da dogmática jurídica, dos limites objetivos da controvérsia.

Dessa forma, a conciliação é o método mais adequado para a solução de conflitos

objetivos, em que as partes nunca conviveram ou chegaram a ter um vínculo pessoal anterior. O conflito é fortuito, sem pretensão de gerar ou reatar uma relação continuada envolvendo as partes.

São exemplos comuns de situações em que se recomenda a conciliação: acidentes de trânsito e responsabilidade civil em geral; discordâncias comerciais entre consumidor e fornecedor do produto, entre clientes e prestadores de serviço, etc.

1.3.4. Mediação

Este meio conciliatório, tema central do presente trabalho, é um instrumento de pacificação com natureza autocompositiva e voluntária, em que um terceiro imparcial atua como facilitador do processo restaurativo de comunicação entre as partes, antes ou depois de iniciado o conflito.

Nesse sentido, Levy (2008) pontua:

A mediação é conduzida por um terceiro, denominado 'mediador' que tem por objetivo auxiliar as partes em conflito a chegarem, por si só, ao entendimento e à transformação do conflito. Assim, o mediador não julga nem tão pouco concilia as partes, tarefa do árbitro e do conciliador respectivamente.

Assim, a mediação é indicada para situações em que as partes em conflito terão um vínculo jurídico ou pessoal prolongados, fazendo com que se necessite investigar os elementos subjetivos ensejadores das divergências.

Conforme preleciona Tartuce (2008):

Um primeiro objetivo importante na mediação é permitir que as partes possam voltar a entabular uma comunicação eficiente, com intuito de discutir os pontos relevantes da controvérsia e encontrar uma saída consensual para o impasse. Sendo a finalidade da mediação a responsabilização dos protagonistas, é fundamental fazer deles sujeitos capazes de elaborar, por si mesmos acordos duráveis. Dessa forma, o grande trunfo da mediação é restaurar o diálogo e a comunicação, propiciando o alcance da pacificação duradoura.

Enquanto meio não adversarial (não pressupondo a conduta beligerante das partes), a mediação se desenvolve no intuito de estimular a cooperação entre os envolvidos para atingir um resultado positivo. Consequentemente, o mediador se torna um facilitador, um coordenador de trabalhos, conduzindo as partes para que dialoguem entre elas, e alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. Como terceiro imparcial, o mediador não sugestiona ou instiga a tomada de decisões, ainda que tenha consciência da melhor solução do conflito.

Braga Neto e Sampaio (2007, p. 19-20), ao falar sobre o tema, esclarecem que a mediação não visa pura e simplesmente ao acordo, mas atingir a satisfação dos interesses e das necessidades dos envolvidos no conflito, e com este método pacífico tenta-se propiciar momentos de criatividade para que as partes possam analisar qual seria a melhor solução em face da relação existente geradora de controvérsia. Nesse foco, como salienta Christopher W. Moore (1998), o acordo passa a ser a consequência lógica, resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento, e não de sua premissa básica.

No Brasil, a mediação ganhou expressividade com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, considerada a principal política pública já implementada pelo Poder Judiciário com o intuito de conferir maior visibilidade e sistematização às práticas de mediação do País, bem como pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que enuncia de forma original, no rol das suas normas fundamentais, a promoção da solução consensual dos conflitos pelo Estado, a ser estimulada por todos os operadores do Direito, conforme se pode observar em seu art. 3.º, § 2.º e 3.º:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, 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.

Importante se faz destacar também o denominado Marco Legal da Mediação (Lei nº 13.140/2015), o qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

O processo histórico de institucionalização da mediação no Brasil, assim como as características, atributos e procedimentos deste meio consensual serão pormenorizados nos seguintes capítulos, por ora, cabe entender que a mediação tem como foco o conflito, e não a solução. Segundo Cahali (2017), pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada.

2. INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO COMPARADO

Segundo Moore (1998), a mediação tem uma história longa e variada em quase todas as culturas do mundo. Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas têm longa e efetiva tradição na prática da mediação.

Cada povo possui sua forma de resolução de conflitos específica, sendo que alguns elegem o diálogo, a mediação, a conciliação, e ainda há também os que transferem ao Estado a responsabilidade da solução de suas controvérsias.

De acordo com Cachapuz (2003), a prática da mediação como forma de resolução de conflitos é utilizada desde a Antiguidade, e sua existência remonta aos idos de 3000 a.c., existindo relatos de sua utilização na Grécia, no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos ocorridos entre as cidades – estados.

Na antiga Roma, em relação aos registros ocidentais, os árbitros públicos e privados resolviam os conflitos de maneira célere e simples, sem que se houvesse a necessidade das partes levassem a controvérsia aos tribunais. Nesse sentido, Wolkmer (2008) explica que os árbitros:

[...] não emitiam julgamento, mas procuravam obter um acordo, ou conciliação entre as partes. Segundo Aristóteles, o árbitro buscava a equidade e não simplesmente o cumprimento de uma lei codificada. A arbitragem privada corresponderia, portanto, a nossa moderna mediação.

Já os chineses, na Antiguidade, praticavam a mediação com base nas concepções de Confúcio, filósofo que viveu aproximadamente entre os anos 551 a 479 a.c. Conforme assevera Serpa (1999):

Os chineses, na Antiguidade, influenciados pelas ideias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através de persuasão moral e acordos e nunca através de coerção ou mediante qualquer tipo de poder.

Em tempos que remontam os relatos bíblicos, as comunidades judaicas utilizavam a mediação - que era praticada tanto por líderes religiosos quanto políticos - para resolver diferenças civis e religiosas.

As tradições judaicas de solução de controvérsias foram, por seu turno, transportadas para as comunidades cristãs emergentes, as quais viam Cristo como o mediador entre Deus e

os homens: “Pois há um Deus e um mediador entre Deus e o homem, o homem Jesus Cristo, que se entregou como redenção de todos, o que será comprovado no devido tempo” (I Timóteo 2:5-6). Tal concepção de intermediário, segundo Moore (1998), foi adotada para definir o papel do clero como mediador entre a congregação e Deus e entre os crentes. Até a Renascença, a Igreja Católica na Europa Ocidental e a Igreja Ortodoxa no Leste Mediterrâneo se traduziram como as principais organizações de mediação e administração de conflitos da sociedade ocidental. O clero mediava disputas familiares, casos criminais e disputas diplomáticas entre a nobreza.

Nas culturas islâmicas também é possível observar uma longa tradição de mediação. Em diversas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram solucionados através de uma reunião comunitária dos idosos, na qual os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam no intuito de resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas. Nas áreas urbanas, o costume local (*'urf*) foi codificado em uma lei, a *shari'a*, a qual era aplicada por intermediários especializados, ou *quadis*, os quais exerciam tanto funções judiciais quanto a prática da mediação. Hourani (1991) esclarece que um *quadi* podia interpretar seu papel como de um conciliador, tentando preservar a harmonia social efetivando um acordo para a solução de uma disputa, em vez de aplicar os ditames estritos da lei.

Dessa forma, é possível observar que a prática da mediação percorre diversos momentos históricos, sendo utilizada nos mais diferentes lugares do mundo. Nas últimas três décadas, entretanto, conforme relata Rodrigues Junior (2003), a mediação passou a ser sistematicamente estudada nos Estados Unidos. Em aspectos semelhantes chegou ao Canadá, e, por conta de um grupo de pesquisadores franceses, ingressou em território europeu. A contar do século XX, a mediação passou a ser amplamente empregada em vários países, como França, Inglaterra, Alemanha, Espanha, Bélgica, Irlanda, Noruega, Japão, dentre outros.

Para este trabalho, os tópicos seguintes abordarão a forma como se instituiu a mediação em pontos estratégicos do globo, a saber: Argentina, Estados Unidos e França, traçando um estudo panorâmico internacional do *modus operandi* da mediação em diferentes lugares, para então se chegar ao destino final deste estudo comparado, o Brasil, cuja implementação da resolução consensual de conflitos por meio da mediação será pormenorizada em tempo oportuno.

2.1. NA FRANÇA

Na França, conforme Souza (2004), a mediação é regulamentada pela Lei nº 95.125 de 1995, bem como pelo Decreto nº 96.652, de 1996, os quais modificaram o artigo 131 do Código de Procedimento Civil Francês, criando a mediação de forma expressa. O referido artigo estabelece que o mediador judicial deve atender aos seguintes requisitos: 1) não ter sido penalmente condenado; 2) não ter praticado ato contrário à honra e à probidade; 3) ter conhecimento da matéria envolvida no conflito; 4) ter formação e experiência adequadas; e 5) apresentar garantia de independência.

Assevera Silva (2004 *apud* ALVES, 2012) que o CPC francês de 1996 possibilita ao juiz da causa, a qualquer momento e desde que se tenha o consentimento das partes, nomear um mediador para intentar acordo entre os litigantes. O autor ressalta ainda que pela atual legislação francesa, somente os direitos patrimoniais e os direitos de família poderão sujeitar-se à técnica da mediação, tendo em vista que sobre esses direitos as partes podem dispor livremente.

Ademais, é possível destacar duas questões principais tratadas pela lei francesa: a relação entre a mediação e o processo judicial e a figura do mediador. No que concerne à primeira questão, verifica-se que a mediação não pode ser imposta, o juiz não pode, de ofício, ordenar a mediação. Esta é proposta pelo juiz às partes e, em caso de aceitação, será remetido o processo judicial ao mediador.

“Aceitar a mediação é, para cada uma das partes, aceitar engajar-se de boa-fé na procura do que possa lhe permitir, com ajuda do mediador, estabelecer-se em nova relação” (MORAES, 2012).

Quanto à segunda questão, o mediador escolhido - advogado ou um profissional de qualquer outra área – conduzirá o procedimento de forma a aproximar as partes, escutando-as, confrontando as pretensões e, por desfecho, permitindo aos interessados que cheguem a um acordo. Nesse contexto, Six (2001) prescreve que o mediador não tem poder ou a autoridade de compelir as partes a estabelecer vínculos ou aceitar qualquer acordo. Se um acordo é realizado, ele manifesta vontade daquele junto aos quais o mediador “concebeu criação possível de uma ligação e a realiza”.

Findo o processo de mediação, cuja duração se determinará através do prazo fixado pelo juiz (observado o prazo máximo de três meses, que pode ser renovado uma vez), o mediador informará ao juiz se houve ou não acordo entre as partes. Em caso de acordo, às partes faculta-se pedir ao juiz que o homologue, a fim de torná-lo um título executivo. Caso

contrário, o processo retornará ao juiz, que dará continuidade à ação (SILVA, 2004 *apud* ALVES, 2012).

2.2. NA ARGENTINA

Na Argentina, o Decreto 1.480/92 criou o Programa Nacional de Mediação, formulado e executado pelo Ministro da Justiça, e o Decreto 91/98 instituiu a indispensabilidade de haver mediação prévia à análise do mérito da causa pelo juiz, salvo se as partes comprovarem que intentaram acordo e não lograram êxito, em momento anterior ao ajuizamento da ação.

Souza (2004) enuncia que a compulsoriedade da mediação não se faz presente nos processos criminais, de declaração de incapacidade, reabilitação, em causas que envolvam o Estado ou entidades estatais, no Habeas Corpus, nos interditos, nas medidas cautelares, na produção antecipada de provas, nos inventários, nas falências e concordatas e nas causas trabalhistas. Nos processos de separação, divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder, também se dispensa a mediação, menos no que se refere a questões patrimoniais. Nas ações de execução e de despejo, a mediação prévia é facultativa.

Amaral (2008), ao discorrer sobre o tema, explana de forma didática o procedimento de mediação na Argentina:

A Lei nº 24.573, de 25 de outubro de 1995, instituiu a mediação e a conciliação na Argentina, regulamentada pelo Decreto nº 1.021, de 28 de dezembro de 1995, o qual foi modificado pelo Decreto 477/96 e, posteriormente, substituídos pelo Decreto 91/98. Foi criada a mediação prévia e obrigatória em todo juízo. As partes estarão isentas dessa obrigatoriedade se comprovarem que tentaram a mediação antes do ajuizamento da ação, efetuada por mediadores registrados no Ministério da Justiça (§ 1º e 2º do art. 1º). 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, salvo nas questões patrimoniais delas derivadas, etc. (art. 2º). Nos artigos 4º a 14 da Lei nº 24.573/95 está prescrito o procedimento da mediação. O reclamante deverá formalizar sua pretensão ante a mesa geral de expedientes, especificando-a em um formulário. Em seguida, procede-se ao sorteio do mediador e a designação do juízo que eventualmente decidirá a lide. O mediador, no prazo de dez dias, após tomar conhecimento de sua designação, marcará uma data para a audiência à qual deverão comparecer as partes. O prazo da mediação será de até 60 (sessenta) dias, contados a partir da última notificação do requerido e/ou do terceiro, ou de 30 (trinta) dias corridos, nos casos dispostos no art. 3º, sendo que em ambas as hipóteses poderá ser prorrogado por acordo das partes. No prazo previsto para a mediação, o mediador poderá convocar as partes para todas as audiências que se fizerem necessárias. Caso as partes não compareçam às audiências, deverão pagar uma multa, cujo valor será equivalente a duas vezes os honorários básicos percebidos pelo mediador. As sessões serão confidenciais. O mediador tem ampla liberdade para fazer sessões com as partes, podendo realizá-las de forma conjunta ou separada, com o cuidado de não favorecer nenhuma delas e observar seu dever de confidencialidade. Caso haja acordo, deverá ser lavrado ata na qual constará os termos do acordo, o qual deverá ser assinado pelo mediador, pelas partes e pelos

advogados intervenientes. Ainda que as partes não façam acordo, será lavrada ata, cuja cópia será entregue às partes, que ficarão habilitadas para demandar em juízo.

Souza (2006), por conseguinte, explica que o mediador, consoante a legislação argentina, deve ser advogado e ter, no mínimo, 3 anos de experiência profissional, sendo facultada a escolha do mesmo diretamente pelas partes ou mediante sorteio dentre os mediadores cadastrados. Vale destacar que o Registro de Mediadores é de responsabilidade do Ministério da Justiça.

Ademais, o ordenamento jurídico argentino prevê ainda que a assistência do advogado é obrigatória, e ao mediador é vedado atuar em favor de qualquer das partes até um ano após concluída a sua atuação como mediador, contados do exercício da atividade.

2.3. NOS ESTADOS UNIDOS

Conforme assevera Salles (2010), a utilização de meios alternativos de solução de controvérsias nos Estados Unidos é bastante enraizada historicamente. Observa-se, em meados de 1888, a notícia da primeira lei que criou os *boards of arbitration* - conselhos de arbitragem - voluntários, para resolver conflitos entre ferrovias e sindicatos, de forma a prevenir interrupções no sistema de transportes.

Apenas no final da década de setenta do século XX, não obstante já haver no sistema norte-americano diferentes formas de resolução de controvérsias em diversos ambientes, é que se reconheceu a importância dos referidos mecanismos e, conseqüentemente, a necessidade de implementação da prestação jurisdicional agregada ao gerenciamento de casos e com sistematização mais eficiente. Nesse cenário, surgiu um movimento favorável aos meios alternativos de resolução de conflitos, intitulado *Alternative Dispute Resolution Movement* ou “Movimento Alternativo de Resolução de Disputas” (SILVA, 2013). Cabe destacar que tal movimento foi desencadeado por uma série de fatores abordados a seguir.

O *Civil Rights Act Congress* (Congresso da Lei dos Direitos Cívicos) estabeleceu o *Community Relations Service* ou “Serviço de Relações Comunitárias” em 1964, no âmbito do Ministério de Justiça norte-americano, o qual tinha por objetivo auxiliar os tribunais a tratar dos casos que envolviam conflitos raciais e disputas da comunidade, de difícil resolução em decorrência da interdisciplinaridade que esses interesses e direitos evidenciavam. Contemporaneamente, a Fundação Ford criou o *National Center for Dispute Settlement* (Centro Nacional de Solução de Disputas) e o *Institute of Mediation and Conflict*

Resolution (Instituto de Mediação e Resolução de Conflitos), as quais fomentaram, juntamente às instituições sociais, condições para por em prática mecanismos localizados em centros de mediação comunitária e tribunais locais, principalmente em conflitos de família.

O Prof. Frank E. A. Sander, em 1976, fixou a base do Sistema de Múltiplas Portas ou *Multidoor Courthouse*, um estudo objetivando dar amplitude ao acesso à justiça, segundo o qual mais portas deveriam ser ofertadas para resolver conflitos, sendo benéfico a todos haver um rol de possibilidades, tais como a mediação, a arbitragem e a conciliação, em que por meio de triagem – possibilitada mediante um sistema de justiça – se indicaria os mecanismos corretos a serem aplicados a partir das particularidades de cada conflito e dos interesses dos envolvidos. Somente em último caso a controvérsia seria resolvida por meio da sentença judicial. Silva (2013) acrescenta ainda que o supracitado professor idealizou Centros, atuantes dentro do Poder Judiciário, que agrupariam os mecanismos de resolução de conflitos, e o direcionamento de cada controvérsia ao método de resolução adequado se daria por meio de triagem a ser realizada por funcionário público.

Ainda sobre o Sistema de Múltiplas Portas, Barbosa (2003 *apud* AMARAL, 2008) esclarece que:

No Fórum de Múltiplas Portas os processos são encaminhados para diferentes tipos de procedimento, com base na percepção de que os conflitos devem ser solucionados do modo mais adequado ao tipo de controvérsia. Alguns dos procedimentos mais usados são: o processo jurídico tradicional, a conciliação, a arbitragem e a avaliação preliminar neutra, já mencionados anteriormente. Há sistemas em que a participação é compulsória, outros em que é voluntária e os híbridos. A seleção para o encaminhamento é realizada ora em um formulário preenchido pelas partes, sendo o critério baseado ora em categorias de controvérsias, como valor da causa e tipo de disputa, ora examinando-se caso a caso. Com o Civil Justice Reform Act, em 1990, o sistema foi bastante ampliado.

Em 1985, a emenda à Regra 16 da *Federal Rules of Civil Procedure* – Regras de Processo Civil Federal – regulamentou a mediação, permitindo ao juiz requisitar a presença das partes na *pretrial conference* ou “audiência preliminar”, para fomentar um acordo. Contudo, não havendo resolução do conflito, a *pretrial conference* se encerra com uma decisão judicial adjudicatória.

Pode-se dizer que o sucesso do Sistema de Múltiplas Portas se deu, além das iniciativas estatais de implementação legislativa, por outros fatores, como observa Érica Barbosa e Silva (2013):

A participação da comunidade, envolvendo escolas, igrejas, hospitais, presídios, que deveriam empenhar-se em propor mecanismos de resolução dos seus próprios conflitos, foi de grande valor. Ao envolver diversos setores da comunidade, os meios alternativos foram ganhando apoio não só de programas locais, proporcionados de forma pública pelo Judiciário, mas de programas comunitários,

fora do Judiciário e sob fiscalização estatal. Isso permitiu que a comunidade assumisse parte da responsabilidade de resolver conflitos, participando ativamente desse processo e permitindo a instalação de uma cultura mais voltada à pacificação.

É importante destacar que além dos métodos alternativos considerados básicos ou puros como a mediação e a arbitragem, outros diversos sistemas híbridos são amplamente utilizados, tais como: mini-juízo (*mini-trial*), a avaliação preliminar neutra (*early neutral evaluation*), juízo por jurados abreviado (*summary jury trial*), e juízes privados (*private judging*).

Nesse contexto, Caviano, Gobbi e Padilha (2006) mencionam:

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

Em relação à mediação, o *Uniform Mediation Act*, que trata sobre a uniformização deste método consensual, tem data de 17 de agosto de 2001, sendo aprovado e regulamentado para ter aplicabilidade em todos os estados federados, no intuito de uniformizar o instituto da mediação em todo o país, dado que havia, na época, mais de 2.500 (dois mil e quinhentos) estatutos. Contudo, a referida norma reservou-se a abordar genericamente o tema, definindo a mediação como um processo consensual, deixando para os estados legislarem sobre as situações específicas.

Segundo Sales (2004), nos Estados Unidos existe a mediação judicial e a extrajudicial. A primeira é realizada por meio do processo judicial nos tribunais americanos, e a segunda é a que se realiza nos centros especializados em mediação de conflitos. É possível observar também a figura da mediação comunitária, surgida na década de 1970, que se caracteriza por mediadores voluntários; patrocínio de entidades privadas sem fins lucrativos ou organização pública dirigida pelo governo; participação de mediadores que estejam cientes das necessidades da comunidade; acesso direto a todos, mesmo os que não possuem condições financeiras; incentivo à responsabilidade civil e à conscientização de direitos.

Davis (2003) pontua que a mediação americana pode ser subdividida em estatutária, contratual, voluntária, e por determinação judicial. A estatutária é prevista na lei e, apesar de ser a menos utilizada, vem sendo aplicada em casos relativos ao Direito de Família e às questões trabalhistas. A contratual é empregada quando as partes resolvem estabelecer em um contrato a forma de resolver suas controvérsias. Na mediação voluntária, ao invés de os

litigantes optarem pelas vias judiciais, preferem se utilizar da mediação, o que não ocorre com frequência. Por último, a mediação por determinação judicial – forma mais relevante e eficiente – ocorre quando o juiz determina a mediação.

É indiscutível a importância de se observar o arcabouço histórico e epistemológico dos Estados Unidos como expoente na aplicação do instituto da mediação, bem como referencial aos demais países que objetivam implementar este método consensual. Nesse sentido, esclarece Amaral (2009):

A mediação nos Estados Unidos atingiu um grande desenvolvimento, obtendo excelentes resultados conforme demonstrado, sendo um modelo que deve ser observado por todos os países que pretendem implantar os sistemas alternativos de resolução de conflitos, com a ressalva de que não se deve transportar o sistema implantado em um país a outro, sem as necessárias adaptações, pois é preciso que se leve em consideração às diferenças sócio-culturais e econômicas que nos distinguem.

2.4. PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

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

Tal proposição legislativa tinha como objetivo instituir e disciplinar a mediação judicial e extrajudicial, tendo aplicabilidade em toda matéria passível de conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para os fins que constam na lei civil ou penal. Se aprovada fosse, permitiria que qualquer pessoa com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito exercesse a função de mediador.

Para Goretta (2016), o referido Projeto de Lei trazia uma abordagem superficial no que tange à aplicabilidade da mediação, na medida em que:

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

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

distintas.

Aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados no dia 30 de outubro de 2002 e enviado ao Senado Federal, o Projeto de Lei nº 4.827/98 recebeu o nº 94/2002.

No ano de 2003, em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Projeto de Lei nº 4.827/98 foi compatibilizado à outra proposta de instituição e disciplina da mediação paraprocessual, desenvolvida em 1999 pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em parceria com a Escola Nacional da Magistratura.

Foi a partir da referida fusão que, no ano de 2004, foi concebida a versão consensual de um Novo Projeto de Lei, posteriormente encaminhado ao relator do projeto no Senado Federal, o senador Pedro Simon. O texto, mais completo que os dois que lhe deram origem, somava algumas normas e princípios fundamentais do Projeto de Lei nº 4.827/98 com diversas outras disposições técnicas mais detalhadas, constantes na proposta apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional de Magistratura.

Em 11 de junho de 2006, na condição de Casa Revisora, o Senado Federal aprovou o texto substitutivo ao Projeto de Lei nº 94/2002 (Projeto de Lei nº 4.827/98 na Casa de Origem), com algumas emendas ao projeto original.

Dessa forma, Goretta (2016) explica:

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

O Projeto de Lei nº 94/2002, organizado em 47 artigos divididos em seis capítulos, pretendia instituir a disciplina da mediação paraprocessual (prévia e incidental) como procedimento complementar de prevenção e de solução de conflitos de natureza cível. Contudo, após um longo período de debates legislativos, o Projeto de Lei nº 94/2002 foi arquivado.

Cabe evidenciar também o II Pacto Republicano de Estado, assinado pelos três Poderes em 13 de abril de 2009, no qual se firmou o compromisso com o fortalecimento da mediação e da conciliação como forma de incentivo à gestão autocompositiva de conflitos, através um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo.

As discussões legislativas sobre a institucionalização da mediação no Brasil retornaram no ano de 2009, em que se convocou uma comissão de juristas com a responsabilidade de apresentar um anteprojeto de Código de Processo Civil. O resultado dos

trabalhos da comissão, presidida pelo até então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, foi convertido no Projeto de Lei nº 166/2010, “submetido a discussões e exames por uma comissão especialmente constituída por senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2016).

Em dezembro de 2010 foi apresentado um substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com pequenas alterações. O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Em março de 2015 se deu a sanção presidencial do texto do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Para Goretti (2016), tal diploma processual, que passou a ser referenciado sob a sigla CPC/2015, inova na medida em que regulamenta a prática da mediação e da conciliação no âmbito do Poder Judiciário.

Conforme se pode observar nas disposições do CPC/2015 sobre os mediadores e conciliadores judiciais (arts. 165 a 175), e a audiência de mediação e conciliação (art. 334), evidencia-se uma forte influência das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, explicitadas na Resolução nº 125/2010, que será abordada em tópico próprio.

A referida Resolução instituiu uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução de conflitos por meios adequados, deixando claro que incube ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, tais como a mediação e a conciliação (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2010).

Enquanto se prosseguiram os debates legislativos relativos à institucionalização da mediação no CPC/2015, o Congresso Nacional também atuou na criação da primeira lei nacional de mediação: O Marco Legal da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), que institucionaliza a mediação no âmbito do Poder Judiciário (assim como a Resolução 125/2010 do CNJ e o Novo Código de Processo Civil Brasileiro), regulamentando, ademais, a prática do instituto extrajudicialmente.

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

Sobre isso, Goretti (2016) informa que:

No ano de 2013, duas Comissões foram criadas com o propósito de estabelecer marcos regulatórios para a mediação no Brasil: i) uma Comissão do Senado, presidida pelo ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, constituída com o propósito de alterar a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), mas também incorporando disposições sobre a prática da mediação extrajudicial; e ii)

outra do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça, presidida pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi e Marco Buzzi e pelo secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Croce Caetano, formada para tratar da mediação judicial e privada. As proposições emanadas das referidas Comissões (os Projetos de Lei do Senado nº 434/2013 e nº 405/2013, respectivamente) foram apresentadas e aglutinadas ao Projeto de Lei nº 517/2011, originando o Projeto de Lei nº 7.169/2014 (Substitutivo da Câmara dos Deputados), que redundou no Marco Legal da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015).

O Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº 13.140/2015 foram igualmente inspirados nas diretrizes da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos no âmbito do Poder Judiciário instituída pela Resolução 125/2010 do CNJ. Tramitaram simultaneamente, foram publicados com uma pequena diferença de intervalo de tempo e entraram em vigor em datas muito próximas. Não obstante, possuem algumas diferenças substanciais em aspectos notáveis, como na disposição dos princípios informadores da mediação e na definição dos requisitos exigidos para o exercício da função de mediador judicial.

Em decorrência da *vacatio legis* de um ano, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro entrou em vigor em março de 2016, três meses após o Marco Legal da Mediação. As disposições divergentes devem harmonizar com os preceitos da legislação especial (Lei nº 13.140/2015), pois o CPC/2015 tem aplicação supletiva em relação à regulamentação das práticas de mediação.

De igual forma, leciona Fernanda Tartuce (2015):

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

No capítulo seguinte serão apresentadas as disposições normativas atuais relativas à mediação, respectivamente estabelecidas na Resolução nº 125/2010 do CNJ, no Novo Código de Processo Civil Brasileiro e no Marco Legal da Mediação.

3. MEDIAÇÃO NO BRASIL: NORMAS E PROCEDIMENTOS

A garantia de acesso à justiça, inserida no inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988, não diz respeito apenas ao acesso formal aos órgãos judiciários, mas ao ato de se proporcionar aos indivíduos um acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a uma atenção especial do Poder Público, na figura do Poder Judiciário, no sentido de desenvolver mecanismos que melhor lidem na tratativa dos conflitos de interesses. Somado a isso, as disposições trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, asseguram a razoável duração dos processos administrativos e judiciais, traduzindo, assim, o reconhecimento da Comunidade Jurídica e do Poder Público da necessidade de reformulação da prestação jurisdicional do Estado.

Nesse ponto, Cezar Peluso (2010) destaca:

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos.

Dessa forma, os meios consensuais de solução de conflitos ganham notoriedade, dentre os quais se analisará a mediação, tema da presente pesquisa, precisamente quanto às principais inovações, questões procedimentais e eventuais pontos de divergência constantes nas disposições que a regulamentam e institucionalizam.

3.1. RESOLUÇÃO 125/2010 – CNJ

Silva (2013) prescreve que o desenvolvimento de políticas públicas de Justiça é parte imprescindível em uma mudança cultural, capaz de estabelecer novas bases de solução de conflitos, merecendo destaque aquelas voltadas ao tratamento adequado dos litígios pela combinação entre o meio adotado e o confronto existente, considerando as peculiaridades e especificidades dos conflitos e das pessoas neles envolvidas.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estimulando a utilização dos meios consensuais para resolução de conflitos.

Peluso e Richa (2011), ao tratarem do assunto, explicitam os quatro pilares em que se

assenta a política judiciária nacional de tratamento de conflitos de interesse, quais sejam:

O estabelecimento de núcleos permanentes de métodos consensuais em verdadeira célula de inteligência no desenvolvimento da política judiciária local; a instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania para concentrar ações de conciliação e mediação a cargo de conciliadores e mediadores; a capacitação permanente de magistrados, servidores e colaboradores nos métodos consensuais de solução dos conflitos; a manutenção de um banco de dados permanentemente atualizado sobre as atividades de conciliação.

De acordo com Cahali (2017), a Resolução nº 125/2010 colabora para a implementação do modelo norte-americano (“Tribunal de Multiportas”), no qual o Estado disponibiliza à sociedade diferentes alternativas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, em especial os meios consensuais de pacificação, não se limitando, assim, à oferta ao processo tradicional de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, ou a respectiva ação judicial contenciosa, entre outros), corresponde a uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado na intenção de se ter a maneira mais adequada de administração e resolução de conflito.

Cezar Peluso (2010) expõe, inclusive, os benefícios da solução alcançada pelas próprias partes conflitantes:

Uma sociedade que se pacifica é uma sociedade que resolve boa parte de seus litígios diante de decisões dos próprios interessados, o que dá tranquilidade social e evita outros litígios que às vezes são decorrentes de acordos feitos em juízos e depois não cumpridos [...]. As pessoas que conciliam, em geral, respeitam os acordos que celebram. Em outras palavras, é mais fácil resolver definitivamente um conflito mediante conciliação do que uma sentença imposta, cuja execução demora um longo tempo e consome significativo volume de dinheiro público.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução em comento, objetiva estabelecer uma política perene de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, e não apenas ações pontuais. Tal Resolução consiste em um conjunto de ações que intencionam dar cumprimento aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, quais sejam: eficiência operacional, ampliação do acesso ao sistema de Justiça e responsabilidade social, de maneira eficaz e harmônica.

Fernanda Levy (2011) esclarece que a Resolução 125/2010 do CNJ padroniza a prática da conciliação e mediação em território nacional, na medida em que:

Devido à constatação de distintas modalidades de prática da Conciliação e da Mediação, nos diferentes Estados da Federação, percebeu-se a necessidade de padronizar o exercício dessas práticas e de incorporá-las a um programa de política pública, para as esferas da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, respeitando-se as peculiaridades de cada uma delas. A padronização objetiva conciliar crenças sociais e especificidades locais, neste país de dimensões continentais e de vasta diversidade cultural. Unifica a práxis sem uniformizá-la, evita disparidades de orientações e de práticas e, ao mesmo tempo, propõe assegurar a boa execução desta política pública.

Dessa maneira, a mediação e a conciliação deixam o “status” de métodos alternativos, para protagonizarem os métodos consensuais de resolução de conflitos, parceiros da resolução judicial no tratamento dos desentendimentos e das lides.

Composta por 19 artigos que se distribuem em quatro capítulos, a Resolução e seus Anexos fomentam o *tratamento adequado dos conflitos*, disponibilizando meios consensuais os quais possibilitam a escolha do instrumento adequado a cada caso, abrangendo, assim, o que atualmente se entende por acesso à *ordem jurídica justa*, ou seja, a oferta de métodos adequados, tempestivos e efetivos para as diferentes demandas que chegam ao Judiciário (SCHRODE; PAGLIONE, 2012).

Para efetivar a mencionada política pública de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Judiciário, criou-se, nos termos do referido texto normativo, uma rede institucional integrada por todos os órgãos do Poder Judiciário e por instituições parceiras, sob organização do Conselho Nacional de Justiça, com regras bem delineadas quanto à implantação e funcionamento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, bem como da regulamentação e aperfeiçoamento dos conciliadores e mediadores.

3.1.1. A “rede” de tratamento adequado dos conflitos

Cahali (2017) discorre que ao Conselho Nacional de Justiça se atribui a responsabilidade, enquanto órgão de planejamento estratégico, de auxiliar, incentivar e uniformizar o programa que objetiva a promoção de ações de estímulo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação, fixando as diretrizes a serem observadas. Outrossim, ao mencionado Conselho cabe a revisão e ajustes que se fizerem necessários à Resolução, a exemplo da Emenda nº 1, de 31.01.2013 e da Emenda nº 2, de 08.03.2016, sendo esta última a que adequou a Resolução às inovações legislativas de 2015 (CPC e Lei de Mediação).

Com isso, assim dispõe o artigo 1º da Resolução 125/2010 do CNJ:

Art. 1º. Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

Ademais, ao referido Conselho compete a manutenção do Comitê Gestor da Conciliação, que é encarregado pela implementação e acompanhamento das medidas previstas na Resolução, centralizando no Departamento de Pesquisa Judiciária – DPJ os dados estatísticos referentes às atividades dos Tribunais. Há que se falar também do Portal da Conciliação o qual tem como objetivo prestar informações pertinentes à capacitação de conciliadores e mediadores, relatórios sobre as atividades dos tribunais e dos seus centros de conciliação, assim como o compartilhamento de “boas práticas”, ações, artigos, pesquisas e outros estudos.

Bayer (2012) explica que cada Tribunal de Justiça da Federação deve criar o seu Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, de observância obrigatória, composto por magistrados da ativa ou aposentados e servidores. Tais Núcleos desenvolverão a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, devendo, ainda, planejar, implementar, manter e aperfeiçoar ações focadas no seu cumprimento.

Os Núcleos são os órgãos gestores do programa e, para atingirem tal finalidade, atuarão em quatro eixos: a) estabelecimento de metas e ações; b) interlocução com outros Tribunais e estabelecimento de convênios com a rede de parceiros; c) instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e d) gestão da admissão, capacitação, cadastro e regulamentação da remuneração dos conciliadores e dos mediadores (BAYER, 2012).

Aos Núcleos concerne a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, unidades do Poder Judiciário que têm por função a concentração e a realização dos procedimentos de conciliação e de mediação, bem como o atendimento e orientação ao cidadão. Estes Centros, consoante versa o artigo 9º do texto normativo, serão administrados por um juiz coordenador, com a possibilidade de dedicação exclusiva para a direção daqueles de alta demanda e, quando necessário, por um juiz coordenador adjunto, ambos designados pelo Presidente de cada Tribunal, dentre aqueles que realizaram treinamento, nos termos previstos pela Resolução.

Por fim, cabe destacar a possibilidade de atuação dos membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados nos Centros, além da necessidade de, pelo menos, um servidor com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

3.1.2. Dos conciliadores e mediadores

Em relação aos conciliadores e mediadores, Cahali (2017) dispõe que a Resolução é imperativa ao estabelecer que os mesmos devem ser capacitados por meio de cursos específicos com conteúdo programático por ela estabelecido e detalhado no artigo 12, bem como no Anexo I. O Código de Ética constante no Anexo III, por sua vez, é de observância obrigatória tanto pelos mediadores e conciliadores, como pelos demais facilitadores da composição entre as partes.

Ainda sobre o Anexo I do texto normativo, o curso de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores) tem por meta transmitir as informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, assim como a experiência prática da qual o corpo discente necessita para estar apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. Esse curso se divide em 2 (duas) etapas (teórica e prática), tendo como partes principais os exercícios simulados e o estágio supervisionado de 60 (sessenta) e 100 (cem) horas. Outrossim, também é prevista a reciclagem periódica para aperfeiçoamento permanente, além de avaliação feita pelo próprio usuário.

Conforme versa o artigo 7º, VII, da Resolução, os conciliadores e mediadores devidamente capacitados serão cadastrados junto ao Núcleo Permanente do respectivo Tribunal, cabendo a este regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses colaboradores.

Cabe destacar que os conciliadores e mediadores se sujeitam aos mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes, e conduzirão o desempenho de suas funções em conformidade com padrões de postura e conduta estabelecidos no Código de Ética de conciliadores e mediadores judiciais contido no Anexo III, tendo como aspectos relevantes os seguintes pontos, conforme preleciona Cahali (2017):

São princípios fundamentais da atuação dos conciliadores e mediadores: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência, autonomia e respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

No multicitado Código de Ética são apresentadas regras de procedimento para que todas as partes estejam envolvidas com a iniciativa, buscando não só melhores resultados na pacificação, como também o comprometimento a eventual acordo. Dessa forma, todo o procedimento deve ser desenvolvido com informações sobre os métodos de trabalho, assegurada a autonomia da vontade, sem indução ou imposição a acordo ou tomada de

decisões, conforme a prescrição do artigo 2º, Anexo III:

Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

I - Informação - dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

IV - Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Em desfecho sobre o tema, a última parte do Anexo III trata das responsabilidades e sanções do conciliador/mediador dentre as quais constam: o dever de os facilitadores exercerem sua função com lisura, respeitando os princípios e regras do Código de Ética; o impedimento de prestação de serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processos de conciliação/mediação sob sua condução; a exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro, bem como seu impedimento em atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional, em caso de descumprimento dos princípios e regras estabelecidos no mencionado Código, e/ou condenação definitiva em processo criminal.

3.2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A MEDIAÇÃO – PRINCIPAIS ASPECTOS

Conforme Pinho e Paumgartten (2016) o Novo Código de Processo Civil Brasileiro discorre sobre os institutos da conciliação e da mediação, especificamente, nos arts. 165 a 175. No que diz respeito à mediação, a atenção é voltada para a prática da atividade dentro da estrutura do Poder Judiciário, no entanto, não se exclui a mediação prévia, nem a extrajudicial vinculada a órgãos institucionais ou realizada por intermédio de profissionais independentes, consoante dispõe o art. 175. Também são aplicáveis as disposições deste Código às Câmaras

privadas de conciliação e mediação, no que couber.

Os conciliadores e mediadores judiciais são auxiliares do juiz, não restando dúvida sobre o tema, uma vez que o texto normativo, ao tratar do assunto na Parte Geral, Título IV, Capítulo III, Seção V, o faz sob a rubrica “auxiliares da justiça”. Cabe esclarecer igualmente que, “a função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos.” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2016).

A mediação, nos moldes do § 3º do art. 165 do NCPC, é o meio consensual de solução de conflitos, no qual o mediador atua preferencialmente em casos em que existe um vínculo anterior entre as partes, sendo um instrumento que tem por finalidade auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de maneira que as próprias partes possam identificar soluções que gerem benefícios mútuos, através do restabelecimento do diálogo (GALVÃO; GALVÃO FILHO, 2016).

Nas palavras de Andrighi (2012):

[...] O mediador é um novo personagem na cena do conflito, e o seu trabalho é conduzir com habilidade as partes, para elas mesmas encontrarem a solução para o conflito que elas criaram. Nunca interfere, o mediador ensina as pessoas em conflito a pensar e expressar efetivamente o que estão sentindo e as ensina a não cometer ilusórias escolhas na vida.

Na mediação não temos processos, vamos ter pessoas com problemas; não vamos ter jurisprudência e a lei será apenas uma referência.

[...] Assim é solucionar conflitos por intermédio da mediação, as partes em conflito encontram o caminho por si mesmas. O trabalho do mediador é ouvir, pelo tempo que for necessário, as partes. É a investigação permanente para descobrir a mensagem e também o sentido da palavra utilizada. Afinal, o socialmente bom não é igual para todos.

Na mediação as partes chegam apresentando uma visão ilusória dos fatos e, conduzidas pelo mediador, passam a ter uma visão integrada, sem, contudo, haver sua interferência direta.

O art. 166 do Novo Diploma Processual Civil Brasileiro trata dos princípios que informam a conciliação e a mediação, quais sejam: i) independência; ii) imparcialidade; iii) autonomia da vontade; iv) confidencialidade; v) oralidade; vi) informalidade; e vii) decisão informada. Tais princípios serão pormenorizados em tópico próprio, juntamente com os demais trazidos pela Lei n.º 13.140/2015 – Marco Legal da Mediação.

Em relação à atuação no âmbito judicial, segundo o art. 167 do CPC/2015, somente serão considerados habilitados os mediadores, conciliadores e câmaras privadas de mediação e conciliação regularmente inscritos em cadastro nacional e em cadastro mantido pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal ao qual estiverem vinculados. Do registro de habilitação deve constar a indicação da área profissional do mediador ou conciliador cadastrado, não se exigindo formação jurídica por parte destes (GORETTI, 2016).

Às partes é facultada a escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada responsável pela realização das sessões de mediação ou conciliação, nos moldes do art. 168 do referido Código Processual, estimulando, assim, a autonomia da vontade das partes e a possibilidade de se escolher profissionais confiáveis e experientes que não integrem o rol dos cadastrados no órgão do Poder Judiciário. Além disso, não havendo consenso entre as partes quanto à escolha de um profissional de confiança, ou quando esta decisão sequer ocorrer, a causa será distribuída para um mediador ou conciliador judicial cadastrado no respectivo tribunal.

Sobre o tema, Fernanda Tartuce (2015) afirma que:

[...] sob o prisma prático, é imperioso reconhecer que há no Brasil mediadores experientes que não fizeram cursos de capacitação recentemente oferecidos; por atuarem com êxito há anos, são reputados tecnicamente aptos, contando com a confiança das partes e/ou advogados. Exigir desses profissionais a realização de cursos apenas para obter o cadastramento soa desproporcional e burocratiza a prática consensual, contrariando a promessa facilitadora do Código.

Os mediadores e conciliadores privados receberão remuneração por seus serviços, conforme previsão em tabela fixada pelo respectivo tribunal e pelos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. É admitida também a possibilidade de prestação de serviços voluntários, na forma do art. 169, §1º do CPC.

As câmaras privadas de conciliação e mediação, por sua vez, deverão suportar um percentual de audiências não remuneradas, a ser estabelecido pelo respectivo tribunal, com o fim de atender aos processos em que é deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento (GORETTI, 2016, p. 239).

A norma processual em comento prevê ainda a criação, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de câmaras de mediação com o escopo de solucionar consensualmente conflitos no âmbito administrativo, seja dirimindo conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliando a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; ou, promovendo, quando couber, a celebração do termo de ajustamento de conduta.

3.2.1. Da audiência de mediação

Segundo Almeida e Pantoja (2016), o Novo CPC/2015 confere ao autor, na petição inicial, o dever de informar se tem ou não interesse pela realização da audiência de mediação

ou conciliação, devendo, em caso positivo, indicar o método autocompositivo de sua preferência (art. 319, inciso VII).

Uma vez que a petição inicial preencher seus requisitos essenciais, e não for caso de improcedência liminar do pedido (art. 334, *caput*), o juiz designará a audiência de mediação ou conciliação com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado com antecedência mínima de 20 dias da data designada.

Cumprido observar que, caso o autor manifeste desinteresse pela tentativa de autocomposição, isso não impede que seja fixada a data da sessão de mediação, tendo em vista que é preciso que o réu também expresse falta de vontade em submeter-se ao procedimento para que a sessão não seja realizada, nos termos do art. 334, §4º. “Ou seja, a manifestação unilateral de desinteresse não exime a parte da obrigação de comparecer à primeira sessão de mediação.” (ALMEIDA; PANTOJA, 2016).

Em relação ao não comparecimento de uma das partes na primeira audiência de mediação, Welsch (2016) adverte:

Se não houver comparecimento nem justificativa plausível do autor e do réu na audiência, é configurado ato atentatório à dignidade da justiça e haverá sanção com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, considerando que a natureza dessa multa é punitiva, apesar de ter caráter pedagógico preventivo, no sentido de evitar o descomprometimento das partes com a tentativa de solução consensual do conflito.

O procedimento de mediação ocorrerá na quantidade de sessões necessárias que o caso concreto exigir, desde que não exceda a dois meses da data de realização da primeira, conforme prescrição do art. 334, § 2º. O art. 28 da Lei nº 13.140/2015 flexibiliza o supracitado prazo ao permitir que ele seja prorrogado, desde que, de comum acordo, as partes requeiram a sua prorrogação.

Durante as sessões, os mediandos devem estar acompanhados por seus advogados ou defensores públicos (art. 334, § 9º), para que se garanta o conhecimento das implicações jurídicas de qualquer acordo a ser celebrado na audiência, o pleno discernimento sobre seus próprios direitos, e as consequências da não celebração do acordo (VIANA JUNIOR, 2015).

As partes podem ainda constituir representante por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir em seu nome, a exemplo dos prepostos, nomeados por pessoas jurídicas para representá-las em procedimentos consensuais, tais como a mediação.

Ademais, o legislador vedou a audiência de mediação nas hipóteses em que não se admite autocomposição, no entanto, Nery Junior e Andrade Nery (2015) esclarecem que os direitos indisponíveis, como os alimentos devidos a menores, podem ser levados a

autocomposição na qual se estabeleça acordo sobre o valor e as condições de pagamento.

Acerca do tema, o art. 3º, *caput*, da Lei nº 13.140/2015 estipula que podem ser objeto de mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. O § 1º do mesmo artigo possibilita que a mediação trate sobre todo o conflito, ou parte dele, e o § 2º determina que o acordo entre as partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Caso obtida a autocomposição, consoante dispõe o art. 334, § 11 do CPC/2015, esta será reduzida a termo e homologada por sentença, resolvendo o processo com resolução de mérito (GORETTI, 2016). Importante se faz destacar que a decisão homologatória de autocomposição, e a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza, são títulos executivos judiciais, como prescreve os incisos II e III do art. 515, do diploma processual em estudo.

Em arremate, não logrando êxito a tentativa de autocomposição, o prazo para que o réu apresente sua contestação passa a contar a partir da data da última audiência de mediação ou conciliação realizada (art. 335, inciso I).

3.2.2. Impedimentos, suspeições e penalidades referentes ao mediador

Em conformidade com a Resolução 125/2010 do CNJ (artigo 5º do Anexo III), os conciliadores e mediadores sujeitam-se às mesmas causas de impedimento e suspeição do juiz - constantes nos arts. 144 e 145 do Novo Código de Processo Civil - devendo comunicar imediatamente a situação e devolver os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos, para que se realize nova distribuição, na prescrição do art. 170 do supracitado texto legal. O parágrafo único do mesmo artigo ressalta que se a causa de impedimento for descoberta no decorrer do procedimento consensual, a atividade terá de ser interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e solicitação para que os autos sejam distribuídos a novo conciliador ou mediador.

Ademais, o art. 171 do novo diploma explicita que em caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o próprio conciliador ou mediador informará o Centro a que estiver vinculado sobre o impedimento de exercer sua função. Durante o período em que perdurar essa impossibilidade, não haverá distribuições para ele (HALLAK, 2016).

De acordo com que dispõe o art. 172, os mediadores e conciliadores ficam impedidos de assessorar ou patrocinar qualquer das partes, pelo prazo de um ano, contado do término da última sessão de mediação ou conciliação em que atuaram. Tal dispositivo trata da chamada *quarentena*. Ultrapassado o período de impedimento, o terceiro facilitador poderá atuar como representante, assessor ou patrono das partes.

Goretti (2016) relembra que de acordo com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (no art. 7º do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais) o mediador ou conciliador ficaria permanentemente impedido de atuar, não podendo prestar qualquer tipo de serviço profissional às partes envolvidas em mediação ou conciliação por eles conduzida. No entanto, por se tratar de norma hierarquicamente superior (lei ordinária emanada do Poder Legislativo), o Novo Diploma Processual de 2015 (art. 172), deve prevalecer sobre a Resolução do CNJ, de modo a não se deixar permanecer indeterminadamente a regra do impedimento absoluto.

Finalmente, no que concerne às hipóteses de exclusão de mediadores e conciliadores dos quadros dos respectivos tribunais, o art. 173 do texto normativo em análise estabelece três, quais sejam: i) agirem com dolo ou culpa na condução de uma mediação ou conciliação; ii) violarem os deveres de confidencialidade previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 166; e iii) atuarem em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. Vale ressaltar que a exclusão dos referidos facilitadores somente se dará após apuração em processo administrativo próprio (HALLAK, 2016).

3.3. MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO

Em 26 de junho de 2015, a Lei nº 13.140/2015, denominada Marco Legal da Mediação, ou simplesmente Lei de Mediação foi sancionada com o objetivo de dispor sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Além disso, conforme destaca Martins (2015), a referida lei altera outras leis esparsas sobre o tema.

Tal dispositivo entrou em vigor em 26 de dezembro de 2015, contando com 48 artigos distribuídos em três capítulos: i) Da mediação; ii) Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público; iii) Disposições finais.

De modo semelhante ao Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a Lei de Mediação foi fortemente influenciada pelas diretrizes da Política Judiciária Nacional de Tratamento de

Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, instituída pela Resolução 125/2010 do CNJ (GORETTI, 2016, p.256)

A mediação, conforme a redação do art. 1º, parágrafo único da lei em comento, é definida como “[...] a atividade exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Ao longo do presente tópico, serão abordados conceitos trazidos pela Lei de Mediação, no que tange a princípios e inovações procedimentais sem, contudo, deixar de construir um diálogo hermenêutico com os demais institutos anteriormente estudados.

Nas palavras de Francisco José Cahali (2017) sobre o relacionamento entre os textos normativos que versam sobre mediação:

[...] há pontos de intimidade esta Lei e o Código de processo Civil, mesmo sendo aquele voltado à mediação judicial, e este à extrajudicial, pois tanto um como outro passeiam em alguns detalhes, pelas duas ferramentas. Aliás, o diploma processual é expresso em determinar a aplicação do quanto nele previsto à mediação extrajudicial (art. 175, parágrafo único do CPC/2015), e, por sua vez, a Lei nº 13.140/2015 traz disposições comuns e também exclusivas da mediação judicial e extrajudicial.

3.3.1. Princípios norteadores

Tratando dos princípios norteadores da mediação, será adotada a sistematização trazida por Braga Neto e Sampaio (2007) que abordam o assunto com clareza e objetividade, inclusive, de forma coincidente com o que foi positivado pela Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), bem como pelo Código Civil de 2015.

Desse modo, têm-se os seguintes princípios:

- a) **Autonomia da vontade das partes:** caráter voluntário do processo de mediação. Parte dos mediados à escolha de se submeterem a este método autocompositivo, assim como a decisão sobre os temas a serem abordados, escolha dos mediadores, a administração do procedimento, finalizando-o no momento desejado pelas partes;
- b) **Imparcialidade:** segundo este princípio, o mediador, como terceiro facilitador, deve zelar para que suas crenças e valores pessoais não interfiram na condução do procedimento, em especial à avaliação do comportamento das partes. De igual modo, o mediador não pode expressar qualquer sinal de preferência a uma das partes,

devendo assim proceder de forma isenta, preservando o equilíbrio de poder entre as partes;

c) **Independência:** o mediador não deve ter qualquer tipo de vínculo anterior com uma das partes, e/ou com os valores/ ideias ligadas àquela mediação, dessa forma, ele deve revelar qualquer circunstância que eventualmente coloque em dúvida essa independência.;

d) **Credibilidade:** as partes, no intuito de viabilizar a autocomposição, elegem a mediação por acreditarem nesse instrumento. Ao mediador cabe transmitir esta confiança, inclusive chamando para si a credibilidade para que os mediados tenham liberdade e transparência na sua postura durante o desenvolver do procedimento;

e) **Competência:** pela inteligência desse princípio, o mediador deve ter aptidão para o conflito a ser mediado, só atuando quando convicto de suas qualidades, de modo a atender as expectativas, questionamentos e preocupações dos mediados. Quando perceber sua inaptidão para a condução do procedimento, no curso deste, deve de pronto declinar sua atuação;

f) **Confidencialidade:** não se permite ao mediador testemunhar ou prestar qualquer tipo de informação sobre o procedimento de mediação e seu conteúdo, salvo quando autorizado pelas partes. Sobre o tema, a Lei nº 13.140/2015 inclui a confidencialidade como princípio da mediação, e dedica seção específica sobre isso (Seção IV – Da Confidencialidade e suas Exceções);

g) **Diligência:** o facilitador, no desempenho de suas funções, precisa estar sempre atento à forma como deve conduzir a mediação, principalmente quanto às regras e ferramentas a serem utilizadas, informando constantemente os mediados;

h) **Acolhimento das emoções dos mediados:** o mediador, no tratamento do conflito, deve investigar as relações subjetivas que ensejaram as divergências, compreendendo as emoções dos mediados com o fito de fazê-los identificar a origem e extensão da controvérsia em que se encontram, facilitando o reconhecimento e respeito aos sentimentos um do outro em face do conflito;.

Sobre o referido princípio, Braga Neto e Sampaio (2007) destacam:

O mediador deve trabalhar para que, no transcorrer do processo de mediação, os mediados evoluam a fim de reconhecer a legitimidade das emoções do outro. Isso não significa concordar ou apreciar, mas trata-se de reconhecer o direito de cada um de ter sentimentos específicos [...] a estratégia do mediador deverá estar permanentemente centrada no acolhimento das emoções exteriorizadas ou naquelas que não o foram e estão sendo sentidas internamente pelos mediados. Neste último aspecto é dever do mediador promover a sua externalização, mediante um ambiente acolhedor e cooperativo, para que sejam objetivadas, propiciando com isso que a outra parte escute e posteriormente reflita sobre os sentimentos manifestados.

i) Isonomia entre as partes: deve ser ofertado tratamento igualitário às partes, decorrente da imparcialidade com a qual o mediador deve conduzir o procedimento. Uma vez violado o princípio em comento, compromete-se o desenvolvimento dos trabalhos de mediação;

j) Boa-fé: diz respeito ao padrão de conduta que orienta qualquer relação humana.

Ademais, cabe explicitar ainda os seguintes princípios: a oralidade, o qual determina que nas sessões de mediação os atos sejam realizados preferencialmente de forma oral, “reduzindo as peças escritas ao estritamente indispensável” (FAGGIONI, 2010); a informalidade, que confere ao mediador a liberdade na condução do processo autocompositivo, além de permitir que ele dispense formalidades que engessem sua atuação (MIRANDA NETTO; SOARES, 2013); e a decisão informada, princípio que garante o direito de as partes obterem informações relativas ao processo de mediação, bem como acerca de seus direitos legais, opções e recursos relevantes, conforme definição trazida por Calmon (2013).

3.3.2. Técnicas de mediação

O processo de mediação, para o seu correto desenvolvimento e maior possibilidade de alcance dos objetivos a que se propõe, exige estudo específico, utilização de técnicas, experiência e constante aprendizado para aprimoramento do conhecimento. Nesse diapasão, Santanna, Veras e Marques (2016) salientam que a adoção de técnicas próprias de mediação, além de permitida, é desejável. Assim como um juiz ou o árbitro possuem técnicas de julgamento e devem respeitar os preceitos legais concernentes às suas atividades, o mediador

somente desenvolverá uma mediação pertinente ao seu propósito se estiver devidamente preparado e utilizar-se de todo arcabouço aprendido durante o período de sua capacitação.

Nessa esteira, seguem abaixo as consagradas técnicas disponíveis para o desenvolvimento da mediação:

Modelo de Tradicional-Linear de Harvard: Segundo Riskin e Westbrook (1998), este modelo tem por objetivo principal a solução do conflito pela obtenção de acordo. O mediador, facilitador do diálogo, procura dissociar as pessoas do problema. Ao analisar o interesse das partes, ele estimula a avaliação objetiva da situação, para alcance de soluções criativas que beneficiem ambas. “O modelo linear é instrumento de diminuição de litígios pendentes de julgamento perante o Judiciário, porquanto, ainda que não possibilite a restauração do diálogo entre as partes, resolve o conflito de interesses ajuizado ou prestes a sê-lo” (SANTANNA; VERAS; MARQUES, 2016).

Modelo Transformativo de Bush e Folger: Neste modelo, o acordo é visto como uma possibilidade, diferente do modelo harvardiano que o tem como principal objetivo. Visa trabalhar os interesses e necessidades das partes, fomentando a conscientização e respeito mútuos, e não somente a posição estática do conflito.

Sobre o referido modelo, Almeida e Pantoja (2016) elucidam:

A mediação é concebida como técnica que, não obstante seja capaz de levar à solução do conflito, possibilita aos envolvidos aprender meios para se relacionar melhor e superar as posturas que ocasionaram o conflito, a fim de evitar que surjam novos litígios da mesma natureza.

Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb: Une os dois modelos abordados anteriormente, tendo como foco tanto o conflito quanto o acordo. Para este método, as pessoas e o conflito, bem como sua história, não podem ser vistos separadamente, mas como inter-relacionados a um conjunto de relações dentro de um todo maior. “Provoca-se nas partes a análise do conflito, identificando as diferentes versões para o mesmo aspecto, daí a ideia de circular, no sentido de gravitar em torno de um ponto, porém com olhares distintos.” (CAHALI, 2017).

Por fim, a atuação do mediador no processo de mediação, de forma sintética, se dá na seguinte forma: i) contato com os interessados, explicando o instituto, suas vantagens e desvantagens; ii) identificação das questões, baseando-se na técnica do *Looping*, ou seja, questões circulares reflexivas; iii) reflexão sobre o exposto entre as partes; iv) identificação e sugestão, sem vinculação, pelas partes, de possíveis soluções para o conflito (*brainstorming*); e v) lavratura do termo final.

3.3.3. Da mediação extrajudicial

A Lei de Mediação trata dos mediadores extrajudiciais em seus arts. 9º e 10, informando que qualquer pessoa capaz e de confiança das partes pode desempenhar essa função, integrando ou não qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrito. Além disso, é facultado às partes serem assistidas por advogados ou defensores públicos, todavia, comparecendo uma com advogado ou defensor constituído, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

No tocante à mediação extrajudicial, Martins (2015) esclarece que esta pode ter ou não previsão contratual para ser realizada, sendo que no caso de existir, deverá preencher minimamente os seguintes requisitos constantes no art. 22, quais sejam: i) prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; ii) local da primeira reunião de mediação; iii) critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; e iv) penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

Goretti (2016) explana que o § 1º do art. 22 possibilita a substituição dos itens acima transcritos por previsão contratual que indique regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

Por sua vez, havendo incompletude na previsão contratual, os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação deverão ser observados (art. 22, § 2º, incisos I a IV):

§ 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;

II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;

III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista;

IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Em previsão contratual de cláusula de mediação, poderá constar ainda o compromisso das partes de que eventual processo judicial ou arbitral só será iniciado após decurso de prazo pré-estabelecido ou até o implemento de determinada condição, não se aplicando tal regra às

medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito (MARTINS, 2015).

Mais adiante, pontua-se que o convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião, sendo considerado rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

3.3.4. Da autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público

O art. 32 do Marco Legal da Mediação possibilita que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. Vale destacar que o art. 174 do NCPC já sinaliza a criação de tais câmaras, no entanto, sem regulamentar ou sistematizar a sua implementação. Essa responsabilidade ficou a cargo da Lei de Mediação (arts. 32 a 34), a qual, inclusive, dedica o capítulo II aos procedimentos consensuais que envolvem a Administração Pública Federal, suas Autarquias e Fundações (arts. 35 a 40).

Dessa forma, a competência das referidas câmaras ficou estabelecida na seguinte forma, no art. 32, incisos I a III da Lei ° 13.140/2015: i) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; ii) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e iii) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Outrossim, Martins (2015) reforça, conforme prescrição legal, que compete a essas câmaras a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares, contudo, não se incluem em sua competência as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos de concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo.

Cada ente federado deverá regulamentar a composição e funcionamento de suas câmaras, somente se permitindo a submissão de conflito nos casos previstos nos respectivos regulamentos e de forma facultativa (art. 32, §§ 1º e 2º). Ademais, a Lei de Mediação estabelece ainda que enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos podem ser solucionados segundo as disposições previstas na Subseção I da Seção II do Capítulo I da mencionada lei, e, havendo acordo entre as partes, o mesmo será reduzido a termo,

constituindo título executivo extrajudicial.

Em relação aos conflitos que envolvem a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações, o art. 35 permite, expressamente, que sejam objeto de transação por adesão, ou seja, com critérios pré-estabelecidos, tal como um contrato de adesão (QUEIROZ, 2015). Todavia, para que isso ocorra, é necessária autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores e/ou parecer do próprio Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Sobre a transação por adesão, Torres (2016) explica que compete à Autoridade Administrativa identificar os casos que devam ser objeto de transação por adesão, quando serão estabelecidos os requisitos e condições para que os interessados possam habilitar-se e aderir aos seus termos, em ato do Poder Executivo. A proposta será vinculante para todos os casos equivalentes, mesmo quando suficiente apenas para solução parcial de determinadas lides.

A composição extrajudicial dos conflitos envolvendo órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública Federal caberá à Advocacia-Geral da União, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União (art. 36). Aos Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais é facultado submeter seus conflitos com os entes acima citados à Advocacia-Geral da União, para tentativa de resolução extrajudicial (art. 37) (GORETTI, 2016).

Encerrando o tema, a Lei de Mediação prescreve que deve ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União a propositura de ação judicial em que figurem os órgãos ou entidades de direito público integrantes da Administração Pública Federal nos polos ativo e passivo (art. 39). Quanto aos servidores e empregados que participarem do procedimento de composição extrajudicial de conflito, estes somente serão responsabilizados (civil, administrativamente e criminalmente) quando, mediante dolo ou fraude, receberem vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem (art. 40).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as sociedades e indivíduos, em algum momento de seus relacionamentos interpessoais, experimentam conflitos. No entanto, os conflitos não se limitam a perdas ou situações desagradáveis, tendo em vista que podem conduzir ao crescimento e serem produtivos para as partes.

Através desta pesquisa foi possível constatar que a mediação atua estimulando a cooperação entre as partes para que alcancem um resultado positivo, dessa forma, o referido meio conciliatório não trata apenas o conflito em si, ou a controvérsia que se mostra “aparente”, mas se preocupa com as questões mais profundas e que estão intimamente ligadas ao conflito, independentemente de se chegar a uma solução, embora esta seja naturalmente desejada.

O presente trabalho pôde identificar que o uso da mediação na solução de controvérsias é uma realidade no Brasil, na medida em que os pressupostos para a sua aplicação encontram-se regulamentados nas três principais disposições sobre o tema (Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015 – Marco legal da Mediação).

A Resolução 125/2010 do CNJ estabeleceu um conjunto de ações que visam estimular a utilização da mediação, na medida em que se fomenta a eficiência operacional, ampliação do acesso ao sistema de justiça e responsabilidade social, com o intuito de reduzir consideravelmente a judicialização de litígios.

Quanto ao novo diploma processual brasileiro, este notadamente contribuiu para a efetividade da aplicação da mediação judicial, na medida em que a estabelece, via de regra, como etapa inicial do processo, sem, contudo, afastar o caráter facultativo deste método consensual.

O Marco Legal da Mediação, por sua vez, sistematizou a mediação extrajudicial, na proporção em que determina os parâmetros de sua realização, possibilitando, inclusive, que qualquer pessoa capaz e de confiança das partes desempenhe a função de mediador. Ademais, a referida lei também regula a autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público.

É possível observar ainda o instituto da mediação como uma alternativa à crise sistêmica do Poder Judiciário, decorrente de seu desgaste estrutural e elevado número de demandas, na medida em que estimula a cooperação entre as partes para que alcancem um resultado positivo, reduzindo, assim, que os conflitos ingressem no Poder Judiciário.

Quanto ao procedimento de mediação, esta monografia abordou acerca de seus princípios, técnicas, e atribuições necessárias ao exercício da função de mediador, os quais são de grande relevância para a execução deste método.

Por fim, depreende-se que o objetivo deste trabalho foi alcançado, na medida em que se expôs a forma como a mediação foi incorporada ao contexto jurídico brasileiro, evidenciando em cada norma, as particularidades que envolvem o tema. No entanto, as novas concepções de acesso à justiça demonstram que este não é um trabalho finalizado, pois o Estado, juntamente com os demais atores do cenário político-social-econômico, deve continuamente juntar esforços no sentido de promover reformas processuais que visem à difusão do uso de métodos adequados à resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. **Técnicas e Procedimentos de mediação no Novo Código de Processo Civil**. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVES, Eliana Bispo de Souza. **Mediação como forma alternativa de solução de controvérsias**. 2012. 78f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. Marília, 2012.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. 2008. 154f. Dissertação (mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. Distrito Federal. Brasília.

_____. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Mediação e a educação**. In: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, jan. 2010.

BARBOSA, Ivan Machado. **Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual**. In: AZEVEDO, André Goma de (org). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Brasília jurídica, 2003.

BAYER, Sandra. **Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Leitura comentada**. In: Mediare, 2016. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/07/resolucao-n-125-do-conselho-nacional-de-justica-leitura-comentada/>> Acesso em: 06 out. 2017.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. **Lei n. 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. Diário Oficial da União, Brasília, 29 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv56il_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 06 out. 2017.

BUITONI, Aldemir. **Mediar e conciliar: as diferenças básicas.** Jus Navigandi, n. 2.707, ano XV, Teresina, nov. 2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010.** 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abocacia moderna.** 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CALMON, Petrônio. **Curso de Arbitragem.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** 2 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CHAYES, Abram. **The Role of The Judge in Public Law Litigation.** In: Harvard Law Review. Vol. 89, 1976.

DAVIS, Edward P. **Mediação no direito comparado.** In: Mediação: um projeto inovador. Brasília: CEJ, 2003.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro.** Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

FAGGIONI, Patrícia Mercedes Segarra. **La mediación em las controversias individuales de trabajo em el cantón Loja, desde La implementación del sistema oral hasta el año 2008.** Equador: Universidade Simón Bolívar, Programa de Mestrado em Direito Processual, 2010.

FARIA, José Eduardo. **O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e desafios futuros.** In: Estudos Avançados, vol. 18, nº 51, São Paulo, 2004.

GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. **Da mediação e da conciliação na definição do Novo Código de Processo Civil: artigo 165.** In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de Processo Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Crise do Poder Judiciário.** In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 34, dez. 1990.

_____. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.** In: O processo – estudos e pareceres. 2 ed. São Paulo: DPJ, 2009.

HALLAK, Eduardo. **Impedimentos, impossibilidades e penalidades referentes ao mediador.** In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de Processo Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar.** São Paulo: Atlas, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; SANTANNA; Ana Carolina Squadri; VERAS, Cristiana Vianna. **Independência e Imparcialidade: Princípios Fundamentais da Mediação**. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARTINS, Renan Buhnemann. **Comentários à Lei Federal 13.140/2015**. 2015. Disponível em: <<https://rbmartins1992.jusbrasil.com.br/artigos/290534062/comentarios-a-lei-federal-13140-2015>>. Acesso em: 20 out. 2017.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A crise do judiciário e o processo**. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, nº 1, jan.-jun.2001.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **A capacitação do mediador judicial e o preparo do mediador comunitário: a fronteira entre a prática mediacional judicial e a extrajudicial na cidade do Rio de Janeiro**. Anais do XVI Congresso Brasileiro de Sociologia, Salvador, 10 a 13 de setembro de 2013.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES, Jose Luis Bolsan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil**. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PELUSO, Min. Antônio Cezar. **Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça**. In: Sessão solene do plenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2010.

PELUSO, Min. Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

POGLIONE, Gabriela Bonini; SCHRODER, Letícia de Mattos. **Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da conciliação e mediação: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional?** In: I Simpósio Internacional de Análises Críticas do Direito. Jacarezinho: 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?%20cod=18a411989b47ed75>>. Acesso em: 10 out. 2017.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Abertura das portas à negociação, mediação e conciliação na Administração Pública**. 2015. Disponível em: <<http://www.novocpcbrasileiro.com.br/audiencia-de-conciliacao-mediacao-obrigatoria-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

SADEK, Maria Teresa. **Judiciário: mudanças e reformas**. In: Estudos Avançados, vol. 18, nº 51, mai-ago. 2004.

SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. **A Crise do Judiciário e a visão dos juízes**. In: Revista USP, nº 21, mar-mai. 1994.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública**. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação Judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, Conciliação e Mediação nos Conflitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

_____. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TORRES, Ana Flavia Melo. **Acesso à Justiça**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em: 10 nov. 2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Transação Tributária**. 2016. Disponível em: <<http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3A558067>> Acesso em: 10 nov. 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2007.

VIANA JÚNIOR, Dorgival. **Novo CPC e a audiência de Conciliação ou Mediação Obrigatória**. [s.d]. Disponível em: <<http://www.novocpcbrasileiro.com.br/audiencia-de-conciliacao-mediacao-obrigatoria-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Audiência de mediação e conciliação - Art. 334 do CPC/15**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/EntendendoDireito/110,MI246940,101048-Audiencia+de+mediacao+e+conciliacao+Art+334+do+CPC15>>. Acesso em: 20 out. 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.