

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO: REFLEXÕES ACERCA
DO SIGILO NO NOVO ARCABOUÇO JURÍDICO NORMATIVO BRASILEIRO DA
MEDIÇÃO**

JULIA MORAIS E SILVA

Rio de Janeiro
2016/2

JULIA MORAIS E SILVA

**MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO: REFLEXÕES ACERCA
DO SIGILO NO NOVO ARCABOUÇO JURÍDICO NORMATIVO BRASILEIRO DA
MEDIÇÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luiz Cláudio Moreira Gomes**.

**Rio de Janeiro
2016/2**

CIP - Catalogação na Publicação

M586m Morais e Silva, Julia
 MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO:
 REFLEXÕES ACERCA DO SIGILO NO NOVO ARCABOUÇO
 JURÍDICO NORMATIVO BRASILEIRO DA MEDIAÇÃO / Julia
 Morais e Silva. -- Rio de Janeiro, 2016.
 71 f.

 Orientador: Luiz Cláudio Moreira Gomes .
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

 1. Mediação. I. Moreira Gomes , Luiz Cláudio,
 orient. II. Título.

CDD 341.46

JULIA MORAIS E SILVA

**MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO: REFLEXÕES ACERCA
DO SIGILO NO NOVO ARCABOUÇO JURÍDICO NORMATIVO BRASILEIRO DA
MEDIÇÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luiz Cláudio Moreira Gomes**.

Data da Aprovação: ___ / ___ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2016/2

AGRADECIMENTOS

Chego ao fim deste ciclo de cinco anos de graduação com – felizmente – ânsia de agradecer e compartilhar tanta alegria e satisfação com quem esteve ao meu lado durante esse período, tão árduo quanto feliz, e antes dele.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, sem os quais nada disso seria possível. Ao Vinícius Braga, meu namorado, por dividir e compartilhar tudo ao meu lado. Agradeço às minhas avós, Deniva e Rita, meus anjos da guarda, por tanto amor.

Agradeço ao professor Luiz Cláudio, meu orientador, que guiou este caminho final com tanta compreensão e disposição em me auxiliar na conclusão deste trabalho. Sou também muito grata a todos os docentes da Faculdade Nacional de Direito, por todos os preciosos ensinamentos os quais pretendo, no futuro, transmitir e retribuir. Em especial, agradeço a atenção, auxílio e boa vontade dos professores Pablo Galvão Marano e Walter Rodrigues na realização desta pesquisa.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos que dividiram essa trajetória, do início ao fim, ou antes mesmo do ingresso na Faculdade Nacional de Direito. Agradeço especialmente ao meu quarteto de ouro, Alana Steegmuller, Alessandra Peixoto, Maria Edduarda Machado e Rafaela Soares. Também aos amigos Ana Elisa, Bianca Correa, Isabella Souza, Jerônimo Mazzaro, Jéssica Timóteo, Maria Clara e Mariana Vilela, que permaneceram comigo ao longo desses cinco anos, por toda troca, ajuda mútua e momentos memoráveis.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos e à minha família, pelo apoio incondicional que me trouxe até aqui. Comemoro com vocês a conclusão de mais este grandioso ciclo.

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil brasileiro surgiu com o escopo de reformulação de um sistema processual moroso e em crescente descontentamento dos que dele se valem, buscando adotar mecanismos em prol do mandamento constitucional da razoável duração do processo. Dessa forma, finalmente concede atenção aos meios consensuais de resolução de conflitos, relegados ao longo dos anos pela forte cultura de litigiosidade emanada pelo método jurisdicional de tratamento dos litígios. Concomitante ao código, também entra em vigor a lei n. 13.140 de 2015 como marco legal da mediação no Brasil. Os instrumentos de resolução de conflito, já consolidados em muitos países do mundo, finalmente ganham espaço em terras tupiniquins. À vista disso, buscamos tecer algumas reflexões trazidas pelo novo arcabouço no que tange especialmente à mediação, inclusive no almejo de mostrar que a necessidade de adoção desses mecanismos vai além dos fundamentos de uma crise paradigmática da Justiça numa sociedade cada vez mais dinâmica e multifacetada, revelando-se adequado por suas próprias características. Nesse sentido, a mediação é regida por princípios específicos e um deles nos chamou atenção por suas peculiaridades, qual seja, o princípio da confidencialidade. Assim, buscamos analisar os desdobramentos que o sigilo recebe nesse contexto e como o princípio desenvolve-se nos caminhos para uma sociedade mais pacífica.

Palavras-chave: mediação; Lei n. 13.140; métodos alternativos; métodos consensuais; meios autocompositivos.

ABSTRACT

The new Brazilian Code of Civil Procedure arises with the scope of reformulation of a moroso procedural system and in growing discontent of those who are worth it, seeking ad hoc mechanisms for the constitutional mandate of the reasonableness of the process. In this way, it finally gives attention to the consensual means of conflict resolution, relegated over the years by a strong culture of litigation emanating from the jurisdictional method of handling disputes. Concomitant with the code, Law no. 13,140 of 2015 as the legal framework for mediation in Brazil. The instruments of conflict resolution, already consolidated in many countries of the world, finally gain space in Tupiniquins lands. In view of this, we seek to weave some reflections brought by the new framework regarding mediation in particular, I do not even seek to show that a need to adapt mechanisms beyond the foundations of a paradigmatic crisis of justice in an increasingly dynamic and multifaceted society, Revealing itself by its characteristics. In this sense, a mediation is governed by specific principles and one of them called us attention for its peculiarities, quality, or principle of confidentiality. Thus, we seek to analyze the unfolding that the secrecy of a context and how the development of developing the paths to a more peaceful society.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA COEXISTENCIAL	11
2.1 CONFLITO E COMPLEXIDADE	11
2.2 JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA	17
2.3 ACESSO À JUSTIÇA	19
2.4 ACESSO À JUSTIÇA PELOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS	23
3. A MEDIAÇÃO	28
3.1 CONCEITO	28
3.2 A MEDIAÇÃO NO NOVO ARCABOUÇO LEGAL: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI N. 13.140/2015	34
4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO	44
4.1 O PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE	45
4.1.2 A CONFIDENCIALIDADE É ESSENCIAL À MEDIAÇÃO?	49
4.1.3 CONFIDENCIALIDADE EM FACE DO MEDIADOR	55
4.1.4 O SIGILO NO ÂMBITO DA FAZENDA PÚBLICA	57
4.1.5 CONFIDENCIALIDADE E PROVA INADMISSÍVEL	60
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

1. INTRODUÇÃO

O clássico “dizer o direito” ou o jargão popular “bater o martelo” aparecem como reflexo da cultura secular de imposição das decisões. Tal imposição é realizada por um terceiro competente para tanto, dentro dos limites ali determinados.

Essa perspectiva tradicional do direito, consubstanciada na jurisdição, guarda uma visão binária das relações conflituosas. Vale dizer, o magistrado, imbuído do poder de julgar, tem por finalidade impor definições de certo e errado, constitucional e inconstitucional, legal e ilegal.

Nesse cenário, tomaremos no primeiro capítulo desta monografia a relevância de dois pontos: a complexidade dos conflitos e a conformidade com o principal instrumento de resolução de litígios. Não raro, a junção desses elementos se revela um tanto desarmônica, refletindo na concretização do famigerado acesso à justiça.

Isso porque, numa ideia clássica de jurisdição, os conflitos são encarados a partir de uma concepção maniqueísta, perdendo seu caráter multifacetado e indo na contramão dos anseios de uma sociedade cada vez mais moderna, multicultural e complexa.

Em outras palavras, a ida ao judiciário constitui a principal forma de resolver os conflitos numa sociedade cada vez mais complexa e consciente de seus direitos, resultando numa inevitável judicialização excessiva. Tais conflitos recebem, por muitas vezes, tratamento inadequado e, como consequência frequente, menos eficaz no que se propõe.

O tão aspirado acesso à justiça parece, nesse percurso, se distanciar de seus fins. Desse modo, há uma crise paradigmática no sentido de questionar a perspectiva que enxerga o Poder Judiciário como único ente capaz de resolver todo e qualquer conflito em sociedade.

Com base nisso, no segundo capítulo desta monografia trabalhar-se-á com as novas formas de resolução do conflito, considerando variáveis até então não contempladas pelo sistema jurídico tradicional.

Trata-se dos chamados métodos "alternativos" de solução de litígio, equivalentes jurisdicionais, mas que não necessariamente passam pela égide da estrutura judicial.

Ressalta-se, desde logo, que não se trata de determinar preferência por um instrumento ou outro. Não se pretende rechaçar o Poder Judiciário e prometer um mundo ideal a partir de outros meios, mas sim eleger formas adequadas às diferentes controvérsias, dado que cada uma guarda sua particularidade.

Foi nesse sentido que caminhou o legislador brasileiro, num trajeto percorrido por sistemas jurídicos do mundo inteiro, na edição do nosso Código de Processo Civil de 2015, bem como da Lei Federal n. 13.140 de 2015, a lei da mediação.

A presente pesquisa, assim, debruça-se sob um desses métodos, qual seja, a mediação, objeto de nosso estudo diante da entrada em vigor das recentes normativas referentes ao instituto, inspirando estudos das mais diversas ordens.

Partindo da análise dos contornos da Mediação, o terceiro capítulo, por fim, trará uma análise do princípio da confidencialidade como um dos fatores mais relevantes à sua concretização. Assim, o presente ensaio busca ou permear algumas reflexões acerca do sigilo e fomentar o debate em torno desse mecanismo, como instrumento de inclusão e pacificação social e, por conseguinte, corolário do acesso à justiça.

2. FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA COEXISTENCIAL

2.1 CONFLITO E COMPLEXIDADE

Conflito é um dos elementos básicos do instituto da mediação, vale dizer, “a ideia de mediação, tal qual discutida na esfera jurídica em nossos tempos, está relacionada diretamente ao conflito como objeto”.¹

Dessa forma, há um esforço pela doutrina em conceituar a expressão *conflito* dado que nem ela, nem jurisprudência e legislador conseguiram traçar os limites de sua definição, utilizando o termo de forma tão diversificada. A expressão aparece, muitas vezes, como sinônimo de controvérsia, disputa e litígio, inquietando a melhor doutrina por tal diferenciação.

A título ilustrativo, na França, de tradição civilista, o debate também se dá entre termos como litígio e conflito. Loïc Cadet lembra que a tarefa é delicada, justamente porque a confrontação dos termos não se esgota e há análogos como contestação, disputa, processo e controvérsia. Segundo o catedrático da Sorbonne, a discussão entre “resolver os litígios” ou “pacificar os conflitos” tem relação com a evolução do papel do juiz e a evolução da justiça contemporânea, voltada para a finalidade pacificadora, e não mais para um direito preordenado.²

A própria Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) traz, em seu artigo 1º, o conceito de mediação utilizando as expressões *conflito* e *controvérsia* como sinônimos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de **controvérsias** entre particulares e sobre a autocomposição de **conflitos** no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a **controvérsia**.

¹ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. O marco legal da mediação no Brasil, cit., p. 68.

²Idem, p. 69.

A mesma situação pode ser verificada no atual Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) quando observamos, por exemplo, o art. 3º, § 2º (“o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos *conflitos*”) e o art. 694 (“nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da *controvérsia*”).

Essa busca por uma precisa definição e o apego à diferenciação técnica das nomenclaturas nos pareceu, num primeiro momento, dispensável diante de efeitos pragmáticos não tão evidentes. E, de fato, para uma referência coloquial não há que se falar em tecnicidade, salvo se estivermos em questões imbuídas de reflexos práticos.

No entanto, para a compreensão do objeto da mediação é necessário delinear seu conceito, já que nesse estudo são considerados contornos que vão além da perspectiva tradicional do direito ao enxergar o conflito como sinônimo de lide.

Na percepção clássica de Francesco Carnelutti, quando um dos envolvidos na relação quer satisfazer seu interesse e não consegue fazê-lo pela conduta de outrem, surge a pretensão: exigência que a outra parte se sujeite ao cumprimento do interesse alheio. A partir de tais conceitos pode-se chegar à clássica definição de lide apresentada por Francesco Carnelutti: conflito de *interesses* qualificado por uma pretensão resistida.³

Cite-se, ainda, a concepção de Cândido Dinamarco Rangel, em que o conceito seria “a situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não satisfação, independentemente de haver ou não *interesses* contrapostos”⁴, ampliando o conceito de conflito para abranger até mesmo os casos em que não há lide.

De uma forma ou de outra, o conceito de conflito trazido à baila tradicionalmente gira em torno da ideia de lide. Todavia, o debate que se estabelece no campo da mediação transcende essa clássica associação, entendendo o conflito de forma mais ampla e promovendo o objetivo central da mediação, qual seja, o de instrumento de pacificação social.

³CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derechoprosesal civil*, v. 1, cit., p. 11. In: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 5.

⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. Ed. São Paulo: RT, 2003, P. 140-141, nota 151.

Nessa seara, o conflito é entendido como sendo inerente às relações humanas e guardando alto teor de complexidade. A percepção sobre tal complexidade aponta para a necessidade de questionar se o ordenamento jurídico por si só é capaz de explorar e solucionar as controvérsias que se apresentam num tempo e espaço cada vez mais multifacetados.

Nesse sentido, para Luhman, o procedimento estatal decorre de um sistema que reduz complexidades possíveis, de modo que a sentença judicial é resultado desse trabalho de redução de complexidades:

“À medida que o processo se desenrola, reduzem-se as possibilidades de atuação dos participantes. Cada um tem de tomar em consideração aquilo que já disse, ou se absteve de dizer. As declarações comprometem. As oportunidades desperdiçadas não voltam mais. Os protestos atrasados não são dignos de crédito. Só por meio de ardis especiais se pode voltar a abrir uma complexidade já reduzida”⁵

Identificando a complexidade das controvérsias, não há como negar a influência de outros setores do conhecimento, isolando o conflito sob o prisma binário do direito. O pensamento binário trabalha com a lógica justo ou injusto, constitucional ou inconstitucional, culpado ou inocente, legal ou ilegal. A estrutura do sistema judicial não está preparada para ir além disso, em um contraponto com a realidade multifacetada do conflito.

Reduzir tudo ao dualismo do lícito/ilícito, permitido/proibido, inocente/culpado, é mutilar as infinitas possibilidades do comportamento humano. A mente humana tem inúmeras possibilidades de argumentar e avaliar as situações comportamentais, muito além do raciocínio binário do direito.⁶

Daí a necessidade de se pensar o conflito a partir de suas variadas dimensões, a fim de melhor conhecê-lo, possibilitando a construção de soluções pacíficas e adequadas a essa complexidade.

⁵LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento.pdf>. Acesso em 9 nov. 2016.

⁶BUITONI, Ademir. *A ilusão do normativismo e a mediação*. Disponível em: <https://www.usjt.br/cursos/direito/arquivos/ilusao.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Acreditamos que a normatização jurídica da vida em sociedade constitui um tema interdisciplinar, compreendendo dimensões filosóficas, históricas, sociológicas, econômicas e políticas (entre outras); a vantagem da análise interdisciplinar é transcender em muito a ‘assepsia’ do discurso jurídico tradicional fundado na simples análise legislativa e no estudo de conceitos jurídicos abstratos.⁷

Malvina Ester Muszkat salienta que:

“Foi no diálogo com a psicanálise que encontrei as noções de conflito e violência que me pareceram mais adequadas para superar os preceitos reducionistas e maniqueístas sobre as noções de vítima-dominado-fraco e agressor-dominador-forte, até então em voga.

[...]

Do ponto de vista constitutivo, o conflito propicia condições de crescimento e transformação sempre que, por intermédio da flexibilização do desejo, atinge-se a noção de alteridade. Isso significa que diante do reconhecimento da existência de Outro que sente, pensa, deseja e sofre, tal como Eu mas diferente de mim, esse Eu pode sentir-se apaziguado a ponto de rever suas posições, praticar possíveis reparações e negociar acordos.”⁸

Assim, embora predomine uma visão negativa do conflito, no âmbito não adversarial há entendimento diverso. O conflito é visto como inevitável e natural nas relações humanas, devendo ser encarado como oportunidade e instrumento de mudanças.

A ocorrência do conflito previne a estagnação, estimula o interesse e permite a manifestação de problemas em busca de sua solução, constituindo a raiz de mudanças pessoais e sociais.⁹

⁷TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 7.

⁸MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos*. 3 ed. rev. São Paulo: Summus, 2008.

⁹DEUTSCH, Morton. *A resolução do conflito*. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, v. 3. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>. Acesso em 10 nov. 2016.

Assim, considera-se que para se transformar um conflito é necessário compreender seu contexto e suas diversas faces.

Especialmente diante da busca de uma abordagem adequada e eficiente do complexo fenômeno conflituoso, revela-se essencial a contribuição de olhares diversos e complementares em relação ao aspecto jurídico.¹⁰

Em nosso ordenamento, cite-se, há dispositivos que preveem o encaminhamento da questão conflituosa a uma equipe multidisciplinar. Como exemplo, temos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, em que encontramos a possibilidade de intervenção de equipe multidisciplinar a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, com atribuições de fornecimento de subsídios ao juiz, orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas voltados para a mulher ofendida, o agressor e os familiares (art. 29 e 30 da Lei n. 11.340/2006). O art. 31 da mesma lei ainda complementa dizendo que quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

A mesma lógica se verifica também no Novo Código de Processo Civil quando dispõe que nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento. Permite, ainda, a requerimento das partes, a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (art. 694, Novo Código de Processo Civil).

Mauro Cappelletti, já na década de 1970, considerou que cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem o sistema tradicional de fato funciona, “essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário,

¹⁰TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 9.

devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos de outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados”.¹¹

Isto posto, é imperioso que o conflito seja encarado em sua complexidade, inserido numa época marcada pela velocidade das comunicações e das transformações e pela diversidade em uma economia globalizada. Reconhecemos uma sociedade cada vez mais plural e cada vez mais consciente de seus direitos, sedenta de canais adequados para a solução célere e adequada de seus conflitos.

Nesse contexto, ganham espaço os métodos consensuais de resolução de controvérsias, visto que se apresentam como alternativas de abordagens às relações conflituosas fora do modelo binário do direito. Caminhou bem o Novo Código de Processo Civil ao adotar, assim, o chamado sistema multiportas de solução de conflitos.

O modelo multiportas foi proposto em um congresso realizado no ano de 1976, pelo professor da Faculdade de Direito de Harvard, Frank Sander. A proposta foi batizada de *multi-doorcourthouse* e indicava que, quando o jurisdicionado se dirigisse ao Estado para se servir do instrumento de solução de conflitos disponibilizado, não encontrasse somente a jurisdição, mas outras “portas”, com outros mecanismos disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. O sistema concebido por Sander visava que a jurisdição fosse reservada para casos em que se mostrasse mais apropriada, evitando-se a sobrecarga e a paralisação dos tribunais com casos em que as suas habilidades específicas não são necessárias.¹²

Salienta-se que tal modelo segue em harmonia com o princípio da adequação, no sentido de possibilitar que seja adotado o mecanismo mais adequado ao conflito em questão, vale dizer, a utilização do processo mediativo é apropriado desde que suas técnicas sejam condizentes às particularidades do caso, sendo imprescindível a observação da natureza do conflito que, ressalte-se, conforme art. 3º da lei da mediação, pode versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

¹¹CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Disponível em: <http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em 10 nov. 2016.

¹²RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Op. Cit., p. 22-23. In: : HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

A mediação, portanto, aparece como uma das respostas a essa sociedade hiperdinâmica. Vem como *porta* a ser aberta de modo propício ao encontro de soluções pacíficas, reconhecendo que nem todos os conflitos receberão propostas eficazes do método jurisdicional. As novas normativas brasileiras, Código de Processo Civil/2015 e a Lei da Mediação, felizmente abrem caminho para um olhar mais atento ao conflito, para um debate que fortaleça a cultura consensual e deixe para último caso os métodos adversariais, tão custosos emocional e financeiramente, inclusive para o poder público, impulsionando novos rumos ao tão perquirido acesso à justiça.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

A ordem jurídica pátria, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988 que, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, proclama “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” passou a contar com relevantes instrumentos legais que ensejaram um período de confiança e estímulo ao cidadão em relação aos órgãos jurisdicionais.

Com isso, somado a diversos fatores de ordem político, econômico e social, ocorreu um aumento significativo de demandas o que acabou por provocar um acúmulo de processos que cresce cada vez mais, desvendando a incapacidade da máquina jurisdicional estatal em administrar satisfatoriamente esse acréscimo de novas demandas¹³.

Como bem aponta Ada Pellegrini Grinover¹⁴, fatores como a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de

¹³ Como aponta o *Relatório Justiça em Números 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/73539642/Os-Fundamentos-da-Justica-Conciliativa>. Acesso em: 14 nov. 2016.

buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os "justiceiros").

O número de processos em tramitação no judiciário brasileiro chama atenção, ultrapassando os 100 milhões no ano de 2015, segundo o Relatório Justiça em Números 2016¹⁵, que traz informações detalhadas das estatísticas judiciárias oficiais.

Roberto Portugal Bacellar chama atenção para o fato que mesmo sendo grande o número de processos iniciados, pesquisas indicam haver uma imensa parcela de “renúncia aos direitos”. Fica represada nos corações brasileiros uma “litigiosidade contida”, tal qual uma panela de pressão, que, não aliviada na maioria das vezes, pode levar o cidadão a praticar condutas antissociais e conduzi-lo à criminalidade. O custo político dessa renúncia ao Poder Judiciário não pode ser desprezado. Abrir as portas da justiça é uma prioridade; entretanto, incentivar a saída da justiça com soluções pacíficas gerais (“dentro” e “fora” do processo) é uma necessidade.¹⁶

Dessa forma, um dos motivos para se pensar em caminhos extrajudiciais de resolução de conflitos é esse inchaço e lentidão na prestação jurisdicional. Fernanda Tartuce ressalta, no entanto, que a adoção de mecanismos diferenciados não deve ser pautada por uma lógica economicista e de maximização da eficiência pela prestação de serviços de segunda classe, como se a justiça togada só estivesse disponível a quem pudesse arcar com seus custos. Os meios “alternativos” devem ser complementares em relação à prestação jurisdicional estatal, e não substitutivos em relação a ela.¹⁷

Além disso, queremos ressaltar que os métodos consensuais não podem ser encarados somente pela ótica de um “desafogar do Judiciário”. De fato, essa nos parece uma consequência lógica e muito bem-vinda. No entanto, a principal perspectiva deve estar atrelada à ideia de adequação dos conflitos aos seus respectivos meios de resolução, enxergando cada controvérsia em suas particularidades e explorando suas diferentes facetas.

¹⁵Relatório Justiça em Números 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹⁶CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça, cit., p. 86.

¹⁷TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. cit., p. 160.

É nessa perspectiva que gostamos da reflexão de Petrônio Calmon quando diz que a mediação, como mecanismo para obtenção da autocomposição, não deve ser pregada e praticada como um substituto da jurisdição estatal, muito menos por afirmar que esta não vem sendo realizada a contento. Se assim fosse, bastaria que a jurisdição começasse a funcionar bem e os fundamentos da mediação estariam destruídos. Se a justiça estatal começar a funcionar muito bem e a tempo razoável (como quer a Constituição Federal), a mediação será ainda mais eficiente e necessária. Sobretudo porque não será praticada apenas por frustração, mas por opção. É nesse sentido que muitos dizem que mediação não é um “meio alternativo” de solução de controvérsias, mas sim um *meio adequado*.¹⁸

2.3 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, que foi desenvolvido há décadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é tema caro aos processualistas e continua atual e irresoluto. O estudo realizado pelos professores Cappelletti e Garth trouxe um diagnóstico dos entraves enfrentados no processo e as possibilidades para ultrapassá-los num enfoque de acesso à justiça. Formularam, assim, as chamadas “ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça”. Nesse sentido, é importante tecer uma definição de *acesso à justiça*.

Na importante doutrina de Kazuo Watanabe, acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial¹⁹. Tal noção abarca uma série de possibilidades de verificação e realização da justiça, o que se coaduna com nossa realidade multifacetada na configuração de um sistema jurídico pluriprocessual.

Parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth, pode-se dizer, com simplicidade, que este tema está amplamente ligado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições. Esta prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de “o mais básico dos Direitos Humanos”. Liga-se, também, à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção

¹⁸NETO, Theobaldo Spengler; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. cit., p. 10.

¹⁹WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2016.

de resultados justos e efetivos. Esta preocupação evidencia a permanente busca pela efetividade do Direito e da Justiça no caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito. É só assim que se estará efetivando a chamada Justiça Social, expressão da tentativa de adicionar ao Estado de direito uma dimensão social.²⁰

Considera-se que a efetividade do processo vai muito além de seu escopo jurídico formal, devendo ser confrontada diante da dimensão de pacificação social. Há clara necessidade de adequação do processo quando se vê o somatório de insatisfações pelos indivíduos que buscam se socorrer no Poder Judiciário. O crescente descrédito evidencia as barreiras processuais, muito marcadas por uma postura de isolamento do mundo jurídico, dissociado do político e social, acomodado em suas debilidades.

É como a doutrina de Cândido Dinamarco corrobora ao considerar que velhos formalismos e hábitos comodistas minam o sistema e de um momento para outro ele não se alterará. Além disso, a própria lei reflete atitudes privatistas e individualistas perante o processo, incluindo-se nisso o conformismo com algumas de suas supostas fraquezas e pouca disposição a superá-las. Para o exame crítico do sistema existente, é indispensável identificar pontos vitais em que as tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerando o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo.²¹

Podemos enxergar esses “pontos vitais” no diálogo com o citado estudo de Cappelletti e Bryant que consideraram diversos aspectos no âmbito da efetividade do processo na modulação das ondas renovatórias.

A primeira onda concentrou-se em proporcionar serviços jurídicos para os pobres, levando em consideração os custos elevados dos serviços jurídicos. Consideravam que “na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos,

²⁰MORAIS, Jose Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!* cit., p. 31.

²¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. p. 272.

necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.”²²

A segunda onda enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres.

Esse segundo grande movimento forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Isso porque a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas procedimentais e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.²³

A terceira onda fala do acesso à representação em juízo e desenvolve uma concepção mais ampla de acesso à justiça, ponderando acerca da perspectiva da complexidade das relações e os limites que a jurisdição encontra nesse contexto.

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.²⁴

É nesse movimento de terceira onda, com o reconhecimento de um acesso à justiça numa concepção mais ampla, que é reconhecida a complexidade das controvérsias que demandariam, assim, métodos apropriados e diversos para encontrarem soluções.

²²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 12.

²³Idem, p 18-19, passim.

²⁴Idem, p. 25.

Esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios, por exemplo, diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude.²⁵

Nesse sentido, os autores enxergavam a necessidade de conceber outros métodos de composição de conflitos, considerando que “a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos”.²⁶

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacaram a importância de que os juristas passassem a reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais, não constituindo o acesso aos tribunais a única forma de solução de conflitos a ser considerada: qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a operatividade da lei substitutiva.²⁷

É dessa maneira que enxergamos a contribuição dos supracitados professores no estudo da chamada justiça coexistencial. A abordagem de conflitos centrada nessa ideia engloba, citam-se, a mediação e a conciliação. Os métodos consensuais estabelecem uma ordem contrária àquela de solução imposta pelo judiciário.

Vemos no modelo tradicional o viés contencioso (conflitual), caracterizado pela disputada adversarial acirrada entre as partes, em que um terceiro atua declarando de forma impositiva a quem pertence o direito. As partes não se comunicam entre si e o magistrado colhe informações que irão subsidiar sua decisão, definindo vencedor e perdedor.

A decisão judicial fundamenta-se exclusivamente no processo, segundo a falsa máxima “o que não está nos autos, não está no mundo”. Dessa forma, em muitos casos os reais

²⁵Idem, p. 26.

²⁶Idem, p. 26-27.

²⁷CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 12.

problemas, os aspectos relevantes da questão não são estudados. A decisão judicial, portanto, resta insatisfatória, dificultando o seu cumprimento e ainda produzindo mais impasses.²⁸

As novas abordagens no tratamento das controvérsias sugerem que a tônica é encontrar os pontos comuns nos interesses de ambas as partes. No modelo consensual, busca-se o “ganha-ganha”, de modo que os envolvidos sejam aptos a se compor e alcançar uma situação mais favorável em relação aos seus interesses, por intermédio de conversações e debates. É o que se verifica com a mediação, na qual o conflito é visto como uma forma de crescimento individual; com a oportunidade do diálogo e a autorreflexão das partes, ambas são vencedoras.²⁹

Embora a jurisdição seja o instrumento primeiro para a composição dos litígios, percebemos que nem sempre ela é capaz de dar solução adequada a determinados conflitos e faz-se necessário acompanhar a marcha das transformações num sistema processual constitucionalizado. Assim, passaremos a tecer algumas considerações sobre os meios autocompositivos, especialmente sobre a mediação, enquanto instrumento de humanização do processo e de fortalecimento do acesso à justiça.

2.4 ACESSO À JUSTIÇA PELOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS

O termo mais recorrente na doutrina internacional, utilizado no tratamento dos mecanismos de resolução de conflito à margem da via jurisdicional, é o chamado ADR – *Alternative Dispute Resolution*³⁰. A tradução para o português recebe a sigla MARC – Meio Alternativo de Resolução de Conflito ou MASC – Meio Alternativo de Solução de Conflitos.

Vale apresentar aqui breve abordagem histórica para melhor compreensão do estudo. Sem a pretensão, no entanto, de mergulhar na história de um campo multidisciplinar e de variadas bases intelectuais dos meios de solução de conflitos. Faz-se necessário, todavia, delimitar o contexto inerente aos institutos.

²⁸SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, cit., p. 65.

²⁹Idem.

³⁰Expressão norte-americana para denominação desses mecanismos. Na Argentina e nos demais países da América Latina costuma-se traduzir a expressão para RAD – Resoluciones Alternativas de Disputas; na França se fala em MARC – Modes Alternatifs de Règlement des Conflits.

De um modo geral, pode-se propor, na análise dos modos de tratamento dos conflitos, uma classificação agrupada em duas grandes vertentes: a autônoma, que compreende a *autotutela* e a *autocomposição* e a heterônoma, englobando a *arbitragem* e a *jurisdição*.

O critério-base para essa divisão repousa na atribuição do poder de decidir/tratar o conflito. Enquanto nas formas autônomas este poder centra-se nas partes, individual ou conjuntamente, nas heterônomas o mesmo pertence a um terceiro, ator privado ou público.³¹

Acompanhando a história dos instrumentos procedimentais, verificamos que nos primórdios não havia a figura do Estado, como centro do poder e das decisões. No início, ele inexistia por completo, após, apenas como figura ilustrativa. Em face disto, os conflitos ocorridos entre as pessoas eram tratados indistintivamente, ou seja, a parte interessada em satisfazer seu direito fazia-o através do uso da força, impondo sua vontade ao outro. Era a chamada autodefesa ou, mais costumeiramente, Autotutela. Neste instituto, o que realmente pesa é a força propriamente dita, o poder de coação, que acaba por relegar a segundo plano qualquer parâmetro de justiça.³²

Surge, então, a figura do Estado que, chamando para si o *jus punitiois*, passa a resolver os casos a ele chegados com base em critérios próprios. Após aparece o instituto da *Autocomposição*, que, apesar de ser uma forma autônoma (os titulares do poder de decidir a lide são as partes) de tratamento de conflitos, tal como a autotutela, atua com melhor eficiência quanto ao comprometimento dos interesses. Baseia-se em fatores persuasivos e consensuais, mediante os quais as partes compõem o litígio, de tal forma que obtêm soluções mais duradouras.³³

Tal autonomia pode ser auxiliada com a participação de terceiros, como por ocorre na mediação e na conciliação. As partes chegam a um acordo espontaneamente, através do auxílio do mediador ou do conciliador, num processo construtivo de decisão, no qual a titularidade desta permanece com as partes.

³¹MORAIS, Jose Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!* cit., p. 114.

³²Idem.

³³Idem p. 114-115.

Mais adiante, a titularidade do poder decisório passa das partes (autonomia) para um terceiro (heteronomia), tendo como expressão a arbitragem e a jurisdição. Na arbitragem a solução se dá através de uma decisão imposta por um terceiro que atua como “juiz privado”. Já na jurisdição, vemos a ascensão da figura do Estado que toma para si o poder decisório, desempenhando a função jurisdicional através de um terceiro designado por ele.

Fabiana Spengler e Jose Luis Bolzan de Moraes salientam aspecto importante da evolução histórica apresentada:

“Pode-se, assim, construir um quadro acerca da transformação da tutela jurídica na sociedade, não obstante, frisamos, novamente, que tal “evolução” não se estabeleceu necessariamente nesta seqüência clara e lógica como aparenta, afinal, a história humana não é retilínea, ao contrário, ela é contraditória, com avanços, estagnações e, às vezes, até retrocessos. O que embasa tal assertiva é o fato de institutos utilizados nas civilizações antigas, como é o caso da mediação e da arbitragem, no devir demonstrado acima foram substituídos por outros, que eram considerados mais justos e eficazes, e hoje estão sendo retomados com o objetivo de atacar a debatida crise da administração da justiça, pelos mais variados motivos.”³⁴

A breve retrospectiva histórica nos mostra que a mediação e a arbitragem estiveram presentes por um longo período da história e são, inclusive, anteriores à jurisdição.

No entanto, a institucionalização moderna dos institutos alternativos à jurisdição teve início no fim da década de 1970. Para o movimento americano moderno, a Conferência Pound de 1976 constitui um dos pontos centrais, encontro de teóricos e profissionais jurídicos, presidido pelo Chefe de Justiça Warren Burger, visando discutir a insatisfação pública com o sistema de justiça.

Ao invés de desenvolverem processos subordinados ou alterar processos já existentes, os encarregados da reforma, graças à profunda insatisfação com o sistema litigioso, procuraram novas alternativas. O Chefe de Justiça Burger resumiu a insatisfação com as

³⁴MORAIS, Jose Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!* cit., p. 31.

disputas litigiosas: “Nosso sistema é muito caro, muito doloroso, muito destrutivo e muito ineficiente para um povo realmente civilizado”. Alguns anos depois, Derek Bok, o presidente de Harvard, disse acreditar que, nas próximas gerações, as maiores oportunidades da sociedade estarão baseadas nas inclinações humanas à colaboração e ao compromisso, e não nas nossas tendências à competição e à rivalidade.³⁵

As novas possibilidades geraram grandes discussões entre diversos operadores do direito também aqui no Brasil.

Para Alexandre Freitas Câmara, a consagração destes meios alternativos, de modo algum, contraria os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Considera que se o Estado tem o monopólio da jurisdição, não tem o monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas uma delas.³⁶

As vantagens da adoção de mecanismos alternativos à via jurisdicional são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria oportunidades diversas de tratamento do conflito; aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso.³⁷

É de se ressaltar, ainda, que as experiências brasileiras nesse campo têm demonstrado certa ampliação do acesso à justiça, especialmente para comunidades em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

O Ministério da Justiça apurou que 80% dos programas de resolução alternativa de conflitos no Brasil são utilizados majoritariamente por classes populares, sobretudo por mulheres.³⁸

³⁵KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. Traduzido por Francisco Schertel Mendes. *Mapeando a Mediação: Os Riscos do Gráfico De Riskin*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/mapeando-a-mediacao-os-riscos-do-grafico-de-riskin>. Acesso em: 29 nov. 2016.

³⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 3.

³⁷COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem*, cit., p. 61.

³⁸Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais*. Disponível em: http://www.acaojustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf. Acesso em: 29 nov. de 2016.

Por isso, muitas são as vozes que enaltecem a importância do fortalecimento das políticas públicas. É como bem elucida Roberto Bacellar:

“A finalidade do Poder Judiciário é a pacificação social e, portanto, independentemente do processo e do procedimento desenvolvido para a resolução dos conflitos no âmbito do que se denomina monopólio jurisdicional, também cabe ao Judiciário incentivar mecanismos e técnicas que mais se aproximem o cidadão da verdadeira Justiça”.³⁹

Nesse sentido, Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça institui política pública de tratamento dos conflitos de interesse, assegurando a todos a solução dos conflitos por meios adequados, atendendo sua natureza e peculiaridade (art. 1º).

Nas palavras de Mauro Cappelletti, devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam nas necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em um ritmo de velocidade sem precedentes.⁴⁰

Podemos observar que esse entendimento está em harmonia com a já citada “terceira onda renovatória” de Mauro Cappelletti, considerando necessária a ampliação do conceito de Jurisdição e o estímulo a outros mecanismos com fins de elevar os níveis de participação e alcance à justiça.

³⁹BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Revista de Processo* v. 74. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso a justiça*.

3. A MEDIAÇÃO

3.1 CONCEITO

Inicialmente, é imperioso circunscrever o conceito de mediação com o qual iremos trabalhar na presente pesquisa. Isso porque o instituto em questão tem aplicação em diversas áreas do conhecimento⁴¹, podendo se valer de diferentes contornos até mesmo dentro do próprio direito.

Dessa forma, buscamos aqui delimitar a mediação sob seu aspecto de *equivalente jurisdicional*, em sua concepção como método consensual de resolução de conflitos, em que as próprias partes constroem, em conjunto, o arcabouço para a melhor solução do dissenso.

A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal⁴². Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.⁴³

Roberto Bacellar define a mediação como “técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas.”⁴⁴

O ordenamento brasileiro passou a contar com um conceito no art. 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015: “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a

⁴¹A mediação é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis, de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a Mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios. (BANDEIRA, *A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*, cit., p. 284).

⁴²WARAT, Luis Alberto (org). *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998, cit., p. 5.

⁴³HAYNES, John Michael; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Tradução de Eni Assunção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artmed, 1996, cit., p. 11.

⁴⁴BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: revista dos tribunais, 2003, cit., p. 174.

identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, estando em harmonia com a doutrina.

Importa dizer que a solução de controvérsias, no Brasil e em grande parte dos países ocidentais, depende quase exclusivamente da máquina estatal, sendo a concepção de justiça, edificada tradicionalmente na sociedade, a emanada do juiz, enquanto agente do Estado apto ao clássico “dizer o direito”.

Cabe lembrar que desde a introdução da Lei nº 9.307/1996, que reformulou a normatização da arbitragem no Brasil, entende-se que o Estado não possui mais o monopólio da jurisdição, porquanto à sentença arbitral atribuíram-se os mesmos efeitos daquela proferida no processo judicial, conforme dispõe o art. 32 da referida lei.⁴⁵

Temos, assim, as duas principais representantes da via heterocompositiva (a jurisdição e a arbitragem), quando as partes submetem o conflito a um terceiro, em busca de solução a ser por ele firmada.

Por outro lado, a via autocompositiva se traduz, principalmente, na mediação e conciliação, tendo como essência a ausência de uma decisão imposta por terceiro.

Como bem aponta Juliana Demarchi, os métodos não adversariais são a negociação (assistida, ou não), a mediação e a conciliação, que se caracterizam pelo trabalho cooperativo entre as partes, uma decisão tomada pelas partes, em que todos se beneficiam e que leva em conta os interesses das partes e a possibilidade de resolução do conflito por elas mesmas. Nesta hipótese salienta-se o aspecto da responsabilidade das partes, que passam a ser, elas mesmas, os protagonistas responsáveis pela solução encontrada para o problema, o que certamente as levará a ter maior consciência quanto à necessidade de cumprimento de eventual acordo obtido.⁴⁶

Importante traçarmos aqui contornos da história da mediação que, vale dizer, possui diversas referências esparsas no tempo e espaço. Dessa forma, preferimos a abordagem que

⁴⁵HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016, cit., p. 35-36.

⁴⁶DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016, cit., p. 37.

auxilia na compreensão da essência da mediação, como mecanismo consensual de resolução de disputas.

Especificamente sobre a mediação, tem-se notícia de que a Igreja Católica, através de seus representantes, atuava como mediadora entre seus seguidores, sendo a principal organização de mediação até a Renascença, cabendo ao clero mediar conflitos familiares, criminais e disputas entre a nobreza.⁴⁷

Noticia-se, igualmente, a mediação no direito romano, berço da legislação de muitos países. Na Roma antiga, o arcaico *Diritto Fecciali*, expressão caracterizadora de um direito e de uma justiça provida da fé e da religião, era uma das formas mais encontradas de resolução de conflitos, onde a base funcional era a mediação.⁴⁸

Ademais, ainda no direito romano, havia a previsão do *in iure* e do *in iudicio*, sendo que o primeiro significava na presença do juiz enquanto o segundo significava na presença do mediador ou árbitro.⁴⁹

Na China, durante o período de Confúcio (cerca de 550-479 a.C.), os chineses eram influenciados pelas ideias desse filósofo que “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 da persuasão moral e de acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder”.⁵⁰

Entretanto, embora muito antiga, a mediação, como técnica e sistema estruturado e organizado, tem seu aparecimento mais recentemente, apenas a partir do século XX, sendo os Estados Unidos pioneiros na institucionalização da mediação como forma alternativa de resolução de conflitos, a fim de evitar a burocracia forense, a morosidade processual, os altos custos judiciais, etc.

⁴⁷NETO, Theobaldo Spengler; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. cit., p. 18.

⁴⁸Idem.

⁴⁹Idem.

⁵⁰Idem.

Quanto ao pioneirismo americano, Christopher Moore pontua “coerente com a cultura neoliberal (que domina não só a política, a economia e a sociedade, mas também o direito), em um país onde não se aceitam facilmente barreiras à liberdade de contratar, não surgiram fortes obstáculos ou oposição política à prática dos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos”.⁵¹

Dessa forma, não demorou muito em surgir leis que regulamentavam a mediação em diversos setores da sociedade norte-americana, inserindo, definitivamente, a mediação como forma de tratamentos de conflitos familiares, criminais, disputas entre vizinhos, etc. A partir de então, a mediação tem sido inserida em vários países, principalmente da Europa e em países desenvolvidos.⁵²

Não há apenas um modelo de prática mediativa, havendo diferentes escolas que vêm a orientar a forma de atuação do mediador. As principais abordagens do instituto são: a escola linear de Harvard e a escola transformativa.

A primeira delas também é chamada de modelo tradicional, desenvolvida por Fischer, Uri e Patton, proveniente do campo empresarial. Seguindo suas origens liberais, tal modelo preocupa-se primordialmente com a obtenção de acordo, ainda que não possibilite a restauração do diálogo entre as partes. Em outras palavras, há a valorização dos interesses em jogo a partir de critérios objetivos. Não havendo acordo, a mediação é considerada frustrada.

Lilia Maia de Moraes Sales complementa:

“Nesse procedimento, o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído sobre uma relação de causa e efeito. (...) Ressalta-se que esse Projeto oferece um maior enfoque ao conflito do que ao conflitante”.⁵³

⁵¹MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998, cit., p. 34.

⁵²Ibidem.

⁵³SALES, Lilia Maia de Moraes. Transformação de conflitos, construção de consenso e a mediação – a complexidade dos conflitos. NETO, Theobaldo Spengler; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. cit., p. 95.

Assim, de forma complementar, Robert A. Barush Bush e Joseph F. Folger desenvolveram a segunda abordagem, chamada mediação transformativa, que privilegia o conflitante em lugar do conflito. Fala-se em empoderamento das partes envolvidas para a transformação do conflito e o acordo deixa de ser o fim maior do procedimento, passando a ser uma possibilidade e não a própria finalidade da mediação. O primordial aqui passa a ser o restabelecimento e a construção dos laços e do diálogo.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida traduz a estrutura transformativa concebida pelos professores Joseph Folger e Robert Bush:

“(...) os efeitos potenciais da mediação são o reforço à capacidade das pessoas de tomarem decisões sozinhas (*empowerment*) e de verem e considerarem as perspectivas dos outros (*recognition*).”

Registre-se, ainda, a escola circular narrativa, desenvolvida por Sara Cobb e Marinés Suares, voltado para o âmbito da família e, por isso, observando com mais cuidado os complexos vínculos entre as partes.

Como elucidada Lilia Maia de Moraes Sales, por essa escola, as causas do conflito se retroalimentam, criando efeito circular, evidenciando que o importante é melhorar as relações interpessoais.⁵⁴

Como vemos, há uma clara dicotomia entre as escolas linear e transformativa, dicotomia essa fundamentada especialmente na finalidade proposta pelo modelo adotado. Vale dizer, no modelo linear temos o acordo como fim último a ser perseguido, sob pena de frustrar a mediação. Já na escola transformativa, temos que o acordo é apenas uma das possibilidades que podem surgir do processo, sendo a transformação das partes, no sentido de torná-las capazes de resolver seus próprios conflitos, o resultado mais relevante do processo do processo mediativo.

⁵⁴Idem.

Considerando que a mediação pode assumir diferentes contornos, questiona-se o modelo adotado pelo novo “mini sistema” normativo brasileiro. Tal modelo seria coerente com nossa realidade?

Importante lembrar que cada mediador deve ter o mínimo de liberdade para a escolha da linha adotada em sua prática, mas consideramos importante observar quais os caminhos nossa recém-chegada legislação pretendeu seguir, já que a partir dela retiramos todo o respaldo para a construção de uma cultura não adversarial de conflitos.

Não vemos clareza na opção do legislador quanto à adoção de um modelo em especial. Todavia, para Diogo Assumpção:

“A nova lei de mediação optou pela linha de Harvard e, conseqüentemente, a mediação é enxergada como meio de solução de conflito, tendo o acordo como seu fim maior. Ao expressar que “*considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”, o legislador deixou clara a sua escolha pelo escopo precípua de resolução de conflitos, embora não se devam perder de vista os objetivos de restauração do diálogo e de enfrentamento das causas originadoras do litígio. [...] Muito embora a nova lei de mediação faça menção à mediação como método voltado à solução de conflitos, trata-se de mera recomendação, não servindo como vedação ao uso das ideias e da abordagem das demais escolas de mediação, em especial da transformativa.”⁵⁵

O supracitado autor considera que o modelo de Harvard é o mais propício ao enfrentamento do alto volume de novos casos que chegam ao judiciário, considerando o instituto como, primordialmente, “apaziguador do acúmulo de demandas pendentes de julgamento” e mecanismo de enfrentamento de tal problema.

Consideramos que essa busca por diminuição de demandas e resultados deve ser observada com cautela. A mediação pode sim ser grande contribuinte no desafogar do judiciário e no maior acesso ao mesmo. Porém, é incompatível com uma busca desenfreada de

⁵⁵ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. *Fundamentos da mediação*, cit., p. 45.

melhoria nas estatísticas da justiça, daí nossa reserva quanto à interpretação da novel lei no que se refere à escola adotada. Não visualizamos predileção do legislador nesse sentido.

Entendemos que a mediação pode surgir como oportunidade de diferenciar os outros instrumentos de resolução de litígio, que possuem como finalidade precípua o acordo. Há chance de se pensar na transformação do conflito e quebra da cultura adversarial de forma criativa e apaziguadora.

A mediação, se bem trabalhada, tem o poder de transformações mais complexas, não devendo ser desperdiçada limitando-se à resolução individual e imediata de conflitos, já que “constitui também um poderoso instrumento de recomposição de relações sociais, de estabelecimento de novas relações entre indivíduos ou entre a sociedade civil e o Estado”.⁵⁶

A experiência do já citado tribunal multiportas, no qual não só a mediação, mas como outros mecanismos de solução de conflitos, estão à disposição dos jurisdicionados, demonstra que podem ser desviados conflitos do curso da jurisdição para outras vias. Porém, a ideologia por trás desse modelo é a da adoção do mecanismo mais adequado para o enfrentamento de cada conflito, e não a simples mudança de trajetória que sirva apenas à diminuição de litígios endereçados à jurisdição. Destarte, é apropriada a utilização da mediação desde que as suas técnicas se apresentam mais condizentes às idiossincrasias do caso, dada a natureza do conflito.⁵⁷

3.2 A MEDIAÇÃO NO NOVO ARCABOUÇO LEGAL: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI N. 13.140/2015

Até 2015, a prática da mediação vinha sendo realizada no Brasil sob influência das tradições estrangeiras, especialmente do movimento norte-americano, não havendo regulação própria e detalhada sobre o tema.

⁵⁶BARBOSA, Joyce de Matos; e ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. “O instituto da mediação (parte I)”. Revista de Arbitragem e mediação. São Paulo: RT, 2009. v. 21.p.147.

⁵⁷ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. *Fundamentos da mediação*, cit., p. 45.

Os mediadores judiciais se valiam da Resolução n. 125/2010 do CNJ que trazia regras específicas de atuação. Já entre os mediadores privados não havia norma nesse sentido, de modo que estes contavam com algumas cartas e diretrizes que foram desenvolvendo princípios e deveres orientadores. Como exemplo, temos o regimento de mediação da Câmara e Comércio Brasil Canadá (CCBC), expedido em 2012.⁵⁸

Dessa forma, a prática da mediação era difundida sem embargo de ausência de lei própria. Nesse período, Humberto Dalla apontava:

“Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em Lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito.”⁵⁹

No entanto, tal difusão da prática da mediação no Brasil, gerava, em alguns doutrinadores, efeitos contrários. Aguida Arruda Barbosa, por exemplo, entendia pela desnecessidade de regulação:

“A análise da evolução do instituto da mediação revela que seu conceito já está amadurecido, com a ampla colaboração de estudiosos que se debruçam sobre a composição teórica deste conhecimento. Não há mais necessidade de regulação legal do instituto, pois se trata de um princípio a ditar um comportamento humanizado de todos os envolvidos nos conflitos familiares, sejam os protagonistas da relação jurídica, sejam os profissionais responsáveis, tais como advogados, magistrados e membros do Ministério Público.”⁶⁰

Todavia, a falta de previsão legal dava ensejo a diferentes interpretações sobre determinados pontos e, como ressalta Fernanda Tartuce, uma perspectiva relevante da normatização é direcionada ao Estado: normas (legais ou infralegais) podem ser elaboradas

⁵⁸ *Regimento de Mediação*. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/Materia/1132/regimento-de-mediacao>. Acesso em: 30 nov. 2016.

⁵⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/a-mediacao-e-a-necessidade-de-sua-sistematizacao-no-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 30 nov. 2016.

⁶⁰ DIAS, Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.) *Escritos de Direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 377-394. In: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*, cit., p. 252.

para fomentar, permitir ou até mesmo obrigar órgãos do Estado a disponibilizar mediação à população. Nesse ponto, a normatização interfere na *oferta* de mediação pelo Estado.⁶¹

Foi assim que, depois de longos anos de tramitação de diversos projetos de lei no cenário legislativo brasileiro, entre os anos de 1998 e 2014, finalmente o ano de 2015 trouxe um novo panorama a partir do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Esta veio tratando da mediação extrajudicial e judicial e aquele apenas da judicial. O instituto passou, enfim, a ser expressamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro.

É necessário perquirir, de plano, como está sendo trabalhada a interação entre ambas as leis. Isso porque a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trabalha, dentre outras diretrizes, com o referencial de lei posterior/lei anterior no cotejo de normativas que tratam de mesma matéria.

Sob tal prisma, questiona-se qual a lei posterior, pois se considerarmos a publicação, a lei posterior é a Lei da Mediação. No entanto, ela entrou em vigor antes do Novo Código de Processo Civil por sua *vacatio legis* ser mais curta que a deste.

Além disso, pergunta-se se a Lei da Mediação pode ser considerada lei especial, já que o critério da especialidade irá prevalecer sobre o critério cronológico por força do princípio constitucional da isonomia, conforme o clássico ensinamento de Norberto Bobbio:

“A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, porque que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar este desenvolvimento”.⁶²

⁶¹TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*, cit., p. 252.

⁶²BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Circo e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB, 1991, p. 96.

Cite-se que o critério hierárquico não é considerado aqui, já que ambas ocupam o mesmo patamar.

Na perspectiva cronológica, como há diferenças no que tange à publicação e à entrada em vigor das leis, considera-se que dependerá do referencial, sendo uma ou outra podendo ser reputada como lei posterior.

Já na observação do critério de especialidade, a lei da mediação é considerada lei especial, já que foi apresentada para compor o marco legal regulatório sobre o tema no Brasil. Nessa toada, o § 2º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil/2015, dispõe que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente o Código de Processo Civil.

A discussão ora apresentada ainda não possui um consenso mínimo, mas gostamos da proposta de se trabalhar com a Teoria do Diálogo das Fontes, desenvolvida na Alemanha, e introduzida por Cláudia Lima Marques. Para além da análise estrita desses critérios clássicos, propõe-se que não se deve presumir antinomias, buscando, sempre que possível, harmonizar as leis numa visão unitária do ordenamento jurídico.

“Nestes tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (...) Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico; há um ‘diálogo das fontes’ especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto”.⁶³

O novo Código de Processo Civil, já em seu projeto, trazia uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos, propiciando um redimensionamento e

⁶³MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62-63. In: TARTUCE, Fernanda. *Interação entre novo CPC e lei de mediação: primeiras reflexões*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes/>. Acesso em: 03 dez. 2016.

democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.⁶⁴

Nesse sentido, no discurso proferido na ocasião da sanção legislativa, foi ressaltado pela então presidenta que “o novo código valoriza, como nunca, a conciliação, a busca do entendimento, o esforço pelo consenso como forma de resolver naturalmente litígios”.⁶⁵

Também na exposição de motivos desse diploma, é esclarecido que se pretendeu converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz (ponto 2 da Exposição de Motivos Código de Processo Civil/2015).

Assim, os métodos consensuais de resolução de conflito ganharam espaço já no primeiro capítulo do Novo Código de Processo Civil, destinado às normas fundamentais do processo, onde estabelece como dever do Estado, promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo. É como determina o artigo 3º do referido diploma:

“Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 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.”

Além disso, o novo código vem determinar os contornos da mediação e conciliação, desenhando a diferenciação dos institutos e estabelecendo regras ao longo dos artigos 165 e

⁶⁴CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa de. *A mediação e a conciliação no projeto do novo cpc: meios integrados de resolução de disputas*. Disponível em: <http://api.ning.com/files/UpKW6mK9MKPx5lopkhrPXXK9JyMaPb-wqMJ-txddfQYdLYIXBJzuMefVgbOS9v-BfpeDxr71oQ-kMdb0ruQRNgZCbz71qoNLK/Artigo15.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

⁶⁵Disponível em: <http://www.unisolbrasil.org.br/novo-codigo-significa-mais-justica-para-todos-num-pais-menos-desigual-e-mais-exigente-afirma-dilma/>. Acesso em: 30 nov. 2016.

175 do Código de Processo Civil/2015. Trata-se de inovação do novo diploma, considerando que no código anterior tais métodos eram negligenciados, não havendo sequer menção ao instituto da mediação.

Importante mencionar que a mediação é um mecanismo eminentemente extraprocessual⁶⁶, tendo o Novo Código de Processo Civil chamado atenção no sentido de referir-se à prática voltada especificamente à atividade dentro da estrutura do Poder Judiciário. Vale dizer, atrelou a mediação ao tradicional ambiente marcadamente formal e hierarquizado, o que pode gerar efeitos contrários, até mesmo inibindo os esforços compositivos.

Relevante pesquisa empírica realizada no Rio de Janeiro e em Buenos Aires em espaços de mediação assim nos informa:

“As pesquisas empíricas de natureza qualitativa realizadas pelos autores deste artigo, no Brasil, têm levado à constatação fática de que a inserção da mediação no ambiente do fórum, especialmente no contexto de processos em andamento, não é recebida com tanta naturalidade pelos atores do campo, notadamente advogados e partes envolvidas nas demandas. Pelo contrário, esse enxerto dá margem a inúmeras perplexidades, desencontros e contradições, quando analisado sob perspectiva empírica.”⁶⁷

Isso também é motivo de crítica na clássica doutrina de Petrônio Calmon, em que considera que o ambiente judicial não seria condizente com a prática do consenso e a busca pela pacificação.

Para o autor, não há que se falar em mediação judicial, “em termos populares diria: mediação nada tem a ver com processo judicial. Nem sequer é adequado falar em mediação judicial.”⁶⁸

⁶⁶NETO, Theobaldo Spengler; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. cit., p. 11.

⁶⁷BAPTISTA, Bárbara Lupetti, et al. *Fronteiras entre judicialidade e não judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires*. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/19716/14024>. Acesso em: 30 nov. 2016.

⁶⁸Idem.

Nesse sentido, Helena Muñoz pontua que “sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (court-connected mediation), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica distinguen, de la voluntaria, o en Francia de la convencional. El término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el Tribunal o mediación intrajudicial, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación”⁶⁹.

Petrônio Calmon prossegue elucidando:

“Quando falo em ambiente judicial quero dizer que as pessoas ali estão depois que uma delas já firmou posições, as expôs em uma petição inicial na forma de pedidos concretos e já apresentou seus argumentos dizendo-se certo e afirmando os erros daquele que passa a ser seu adversário (parte contrária). Há um ou vários pedidos específicos. Qualquer solução que não lhe contente totalmente será considerada uma derrota. Se a parte contrária (réu) contesta tudo, qualquer pedido do autor reconhecido pelo juiz será considerada uma derrota para ele (o réu). Como mediar? Como desarmar as partes? Como fazer isso em uma sala decorada à moda imperial? Com o juiz lá em cima, mostrando-se autoridade, quase sempre vestido com uma mortalha preta? O ambiente judicial não é bom para mediar.”⁷⁰

A experiência empírica há pouco citada demonstra que o ambiente judicial, de fato, pode gerar distorções nas relações que ali se apresentam. Geralmente tais relações já chegam desestruturadas conforme a intensidade do conflito e são recebidas pela atmosfera um tanto peculiar desta instituição, incompatível com a pacificação, sendo na verdade uma atmosfera que convida à animosidade e desgaste das mais diversas ordens.

Vale colacionar aqui uma das situações exemplificativas que a pesquisa empírica, realizada entre os anos de 2010 e 2014, constatou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, contando que em certa ocasião, verificada em trabalho de campo, um Juiz de Família, durante a audiência especial designada no processo judicial, decidiu interromper o ato e

⁶⁹MUÑOZ, Helena S.. *La mediación: método de resolución alternativa de conflictos em el proceso español*. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. vol. III, p. 66-88, jan-jun. 2009.

⁷⁰NETO, Theobaldo Spengler; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. cit., p. 11.

encaminhar as partes, diretamente, naquele momento, para a mediação, deslocando-as da sala de audiências do Juízo para a sala de mediação, que ficava no mesmo prédio, mas em um espaço diferenciado. Tratava-se de um divórcio litigioso com consequências para a guarda e a visitação dos filhos do casal. E este Juiz implementou uma forma diferenciada (e particularizada) de tratar a mediação naquela Vara, já que, em vez de deslocar as partes para o Centro de Mediação, ele o fazia em seu próprio Juízo, que tinha um mediador exclusivo. No caminho entre a sala do Juízo e a sala do mediador, em conversa informal, o pai das crianças questionou por que motivos estariam “mudando de sala” e quais os significados da atitude do Juiz, que, segundo lhe pareceu, não estaria “querendo decidir o processo”. Para o jurisdicionado, o melhor, no caso concreto, seria a “sentença” e não o “acordo”, que, segundo suas palavras, seria “impossível”. O fato chamou a atenção porque, na visão do jurisdicionado, transferir o dever de julgar para um “mediador” seria reduzir a importância da causa, circunstância que explicitou a confusão que ele fazia entre a atividade do juiz e a do mediador e uma visão hierárquica que colocava este em lugar de menor importância do que aquele.⁷¹

Importante dizer que o artigo em referência, fruto de pesquisa de campo, foi concluído no período de vacância do Novo Código de Processo Civil e antes da publicação da Lei da Mediação, havendo ainda certa nebulosidade quanto à sua prática, que se valia de regulamentações esparsas de cada Tribunal.

Com a evolução legislativa, o debate que surge nesse sentido é quanto à obrigatoriedade da mediação antes da propositura da demanda judicial. Isso porque o art. 334 do Novo Código de Processo Civil afirma que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação.

Discute-se se o dispositivo supramencionado teria o condão de condicionar o ingresso no Poder Judiciário à tentativa de autocomposição, vez que haveria clara incompatibilidade nessa combinação. Se a mediação é essencialmente voluntária, realizá-la forçosamente num ambiente judicial traria resultados satisfatórios?

⁷¹BAPTISTA, Bárbara Lupetti, et al. *Fronteiras entre judicialidade e não judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires*. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/19716/14024>. Acesso em: 30 nov. 2016.

Em outras palavras, faria sentido uma prática voluntária, que busca estimular uma postura ativa das partes, para que elas mesmas encontrem benefícios mútuos, seja compulsória?

A mediação preventiva obrigatória não tem despertado muita popularidade. Obviamente a crítica não recai sobre a utilidade de mediação, mas sobre sua transformação numa etapa obrigatória, como se fosse a poção mágica capaz de solucionar os problemas enfrentados pelos mais diversos sistemas judiciais no mundo.⁷²

A campanha desenvolvida por algumas autoridades voltada para empurrar literalmente as partes para uma mediação reflete uma visão distorcida do princípio do acesso à justiça e totalmente equivocada do instituto, que sem dúvidas, repita-se, é essencialmente voluntário.⁷³

Pode parecer que exista algum benefício em obrigar as partes a se reunir e discutir a sua contenda. O melhor resultado poderia ser uma solução mutuamente satisfatória e voluntariamente acordada; o pior resultado seria, por outro lado, as partes não alcançarem êxito num acordo e o problema seguir para um Tribunal, traduzindo-se em descontentamento, custos adicionais e atrasos desnecessários.⁷⁴

Fernanda Tartuce considera que o Novo Código trouxe uma “obrigatoriedade branda” no que tange à realização da sessão consensual. Essa obligatoriedade branda ficaria demonstrada pelo fato de o Novo Código de Processo Civil falar em *opção*⁷⁵ quanto à autocomposição e destaca como princípio a autonomia da vontade⁷⁶. Ademais, há exceções à designação de audiência prévia, sendo uma delas a manifestação da expressa, por ambas as partes, de seu desinteresse: o autor deve fazê-lo na petição inicial, e o réu em petição específica apresentada até dez dias antes da data agendada. Por outros motivos menos ligados

⁷²PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em: 30 nov. 2016.

⁷³Idem.

⁷⁴Idem.

⁷⁵Código de Processo Civil/2015, art. 319. A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

⁷⁶Código de Processo Civil/2015, Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

à vontade da parte, a sessão também não será realizada se os direitos em jogo não admitirem composição.⁷⁷

Fica reconhecido pela doutrina que a imposição da obrigatoriedade pode se revelar indevida e inadequada diante de nossa situação cultural e da necessária voluntariedade que deve reger a adesão aos mecanismos consensuais.⁷⁸

⁷⁷TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*, cit., p. 300-301.

⁷⁸Idem, cit., p. 303.

4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO

Dentre as características atribuídas ao Estado de Direito contemporâneo destaca-se o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação da lei. Cuida-se do fenômeno denominado neoconstitucionalismo, que se seguiu à ruptura com o positivismo do Estado liberal, este expressado em um direito basicamente constituído por regras.⁷⁹

A valorização dos princípios constitucionais como guias na interpretação das normas, também reflete todo um ordenamento que se pretende harmônico.

Especialmente no caso da mediação, os princípios mostram-se não apenas como normas finalísticas a guiar a interpretação, mas fazem parte da própria natureza do instituto, posto que a mediação é essencialmente um procedimento informal de composição do conflitos, ao qual as partes aderem voluntariamente, realizado em espaços confidenciais.

Vale citar aqui, artigo fruto dos estudos baseados no Programa de Indenização do Voo 447, referente ao acidente aéreo ocorrido em 2005, da linha aérea francesa Air France.⁸⁰ Sem sobreviventes, o acidente ocasionou a morte de 228 pessoas, das quais 57 eram brasileiras.

A construção de uma estrutura capaz de acolher a dor, a raiva e a desconfiança das famílias, assim como de criar um ambiente colaborativo, constitui-se, sem dúvida, num de seus maiores desafios. De modo a possibilitar a superação desses obstáculos, o desenho de um sistema que tem por finalidade tratar de um tema tão delicado deve, necessariamente, ser regido por valores e princípios considerados “chave” no erguimento dos pilares que sustentarão o Programa: (i) a transparência; (ii) o tratamento isonômico; (iii) o princípio da autonomia da vontade; (iv) a confidencialidade; (v) a eficiência; (vi) o apoio em critérios objetivos; e (vii) a presença de autoridades públicas. Sem esses elementos, tornar-se-ia muito

⁷⁹HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016, cit., p. 50-51.

⁸⁰O PI 447 inspirou-se em experiências internacionais de “DSD”, dentre as quais se destaca o September 11th VictimCompensationFund in 2011 (plano de reparação aos familiares das vítimas dos ataques às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001), e, no Brasil, no exemplo da Câmara de Indenização da TAM (CI 3054), criada para indenizar os beneficiários das vítimas do acidente aéreo ocorrido em julho de 2007, em São Paulo, com o voo TAM 3054. (ARAÚJO, Nadia de; FÜRST, Olívia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de direito do consumidor*, v. 91, p. 337-349, jan.-fev. 2014).

difícil o estabelecimento da confiança no instrumento, condição absolutamente essencial para o alcance de acordos em situações tão especiais.⁸¹

Caminhou nesse sentido o legislador ao reconhecer a relevância dos princípios na edição dos dispositivos referentes à mediação.

O Código de Processo Civil/2015 dispõe em seu artigo 166 que a mediação será regida pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Na mesma linha, a Lei 13.140/2015, logo no artigo 2º afirma que a mediação será orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, da isonomia entre as partes, da oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e da boa-fé.

No presente trabalho, chamamos atenção ao princípio da confidencialidade⁸² pelas particularidades desse princípio, as quais passaremos a analisar.

4.1 O PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE

O princípio da confidencialidade, também chamado de princípio do sigilo, é especialmente protegido nas normativas de diversos países, como será melhor explanado noutra oportunidade. A novel lei brasileira também conferiu maior atenção ao princípio ao reservar seção própria à matéria (Seção IV: Da Confidencialidade e suas Exceções), bem como fez o Novo Código de Processo civil ao trazer dois parágrafos no artigo 166 para delinear sua abrangência.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

⁸¹ ARAÚJO, Nadia de; FÜRST, Olívia. *Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447*. Revista de direito do consumidor, v. 91, p. 337-349, jan.-fev. 2014.

⁸² Sobre o tema, com mais vagar: MORI, Amaury Haruo. *Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação*. Disponível em: www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar...1608509. Acesso em: 04 dez. 2016.

§ 1o A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2o Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Também podemos observar o destaque do tema na Diretiva da Mediação, editada em 2008 pela União Europeia em que, embora constem apenas algumas regras gerais, há menção expressa ao princípio em questão em seu art. 7º.

Artigo 7.o Confidencialidade da mediação

1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer prova sem processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, exceto:

a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a proteção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo.

2. Nada no nº 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação.⁸³

Na mesma linha, as instituições nacionais e internacionais que administram os procedimentos de resolução adequada de conflitos, dispõem sobre a confidencialidade em seus regulamentos.

Dessa forma, por exemplo, o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA, prevê a confidencialidade em diversos itens – 1.4 e 2.3.1 –⁸⁴, bem como a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CCMA/RJ, no art. 20 de seu regulamento.⁸⁵

⁸³ *DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=PT>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁸⁴ *Regulamento de Mediação*. Disponível em: http://cbma.com.br/regulamento_3. Acesso em: 20 nov. 2016.

Apesar de constatarmos a prescrição do respeito à confidencialidade em diversas normativas pesquisadas, o que suscitou um caráter de universalidade ao princípio, vimos que seu conteúdo, limites e extensão, não possuem natureza uniforme.

Na presente pesquisa, buscamos um conceito de confidencialidade a partir das diversas normativas, fazendo um contraponto com o que a doutrina alienígena considera, a fim de encontrarmos um conceito geral, que abarcasse a essência do instituto.

Cabe aqui o apontamento de que em grande parte da doutrina, a conceituação discorre especialmente sobre o sigilo em face do mediador. Esse prisma do princípio é, de fato, um dos mecanismos mais relevantes para uma mediação eficaz, já que a confidencialidade aí sustenta o sentimento de confiança entre mediador e mediados, possibilitando um diálogo mais aberto e, por isso, elevando as chances de pacificação, é uma faceta importante.

Como aponta Gustavo Tranco de Azevedo, o mediador, por definição do seu papel, não tem poder sobre as partes para impor-lhes uma solução heterônoma para o conflito mediado. Portanto, a influência que o mediador tem sobre o processo de resolução de controvérsias é proporcional à confiança que as partes depositam nele. Sem se construir uma relação de confiança entre usuário do serviço de mediação e mediador, não é possível uma mediação eficaz. Com o intuito de estabelecer essa necessária confiança, os mediadores se valem de fatores externos ao processo - como o prestígio social e a reputação profissional - e de intervenções durante o processo - que incluem a técnica de normalização do conflito, a configuração das expectativas das partes quanto ao comportamento do mediador e a promessa de confidencialidade, ou seja, que as informações confiadas ao mediador não serão utilizadas para fins impróprios, nem contra quem as confiou.⁸⁶

No entanto, vale ressaltar que o conceito não deve se esgotar nesse prisma. Entendemos que tão importante quanto a confidencialidade em face do julgador, também o é com relação ao procedimento mediativo. Essa segunda perspectiva encontra-se de acordo com os dispositivos trazidos pela nova legislação.

⁸⁵*Regulamento Interno dos Procedimentos de Mediação e Conciliação*. Disponível em: <http://www.ccmarrj.com.br/regulamentomedcon>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁸⁶AZEVEDO, Gustavo Tranco de. *Confidencialidade na mediação*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>. Acesso em: 21 nov. 2016.

É o que confere o atual Código de Processo Civil quando se refere à confidencialidade especialmente em dois parágrafos próprios para explicar que essa se estende a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (art. 166, §1º, Código de Processo Civil/2015), bem como que em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o mediador, assim como os membros de sua equipe, não poderá divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da mediação (art. 166, §2º, Código de Processo Civil/2015).

Da mesma forma, a Lei da Mediação inaugura Seção específica sobre confidencialidade dispondo que toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação (art. 30 da Lei 13.2014/2015).

Prossegue a supracitada lei discorrendo que o dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando (i) declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; (ii) reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; (iii) manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; (iv) documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

Por conseguinte, quer-se aqui tratar do sigilo como princípio a ser garantido em todas as suas perspectivas, as quais consideramos de extensa abrangência na lei brasileira, a qual não se limita apenas ao sigilo profissional, colocando também sob o manto da confidencialidade todo o procedimento mediativo.

Em síntese esclarecedora, Durval Hale considera que a confidencialidade trata de princípio que rege tanto o procedimento de mediação quanto a atuação dos participantes e do mediador. No que tange ao procedimento, significa dizer que ele é, em regra, sigiloso, diferentemente do que se passa com o processo judicial, cuja natureza é pública. As sessões de mediação são privadas e confidenciais, de modo que a presença de outras pessoas requer a

expressa autorização dos envolvidos, e não se permitem gravações ou registros escritos dos atos e dos diálogos, salvo para fins estatísticos.⁸⁷

Nessa toada, trabalha-se com os conceitos de privacidade e confidencialidade, especificando que no primeiro aspecto, a mediação de opõe ao processo judicial, que é eminentemente público, com raras exceções. Então, nesse sentido, a privacidade na mediação consiste no impedimento de que todo terceiro, estranho ao procedimento, tem de participar de suas sessões ou de ter acesso a qualquer tipo de documentação ou informação. No segundo aspecto, a confidencialidade na mediação consiste na obrigação que todos os envolvidos no procedimento têm de não divulgar informações ou documentos a terceiros.⁸⁸

4.1.2 A CONFIDENCIALIDADE É ESSENCIAL À MEDIAÇÃO?

É inegável a atenção conferida pelo legislador e pela doutrina ao princípio em questão como instrumento garantidor de um diálogo mais aberto capaz de propiciar estratégias eficazes na busca de soluções, bem como paladino da boa-fé e mecanismo hábil a atrair interessados, com base em tal diferenciação na comparação com o processo judicial, o qual traz a publicidade como regra.

Como constata Humberto Dalla, a confidencialidade é regra universal em termos de mediação, até porque é uma das propaladas vantagens desse procedimento e que atrai muitos interessados, observada na maior parte das mediações.⁸⁹

Dessa forma, a atividade é marcada pela confidencialidade com relação a qualquer informação apresentada ao longo do processo ou mesmo nele produzido. Constitui-se em foro privilegiado sigiloso para promoção de conforto entre as pessoas a fim de que elas falem abertamente o que está se passando com elas e ao mesmo tempo não permitam que fatores externos interfiram no processo. Cabe lembrar aqui que muitas pessoas, tanto jurídicas quanto

⁸⁷HALE, Durval. *A confidencialidade na mediação: exceções*. O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016 cit., p. 193.

⁸⁸ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. *Fundamentos da mediação*, cit., p. 62.

⁸⁹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Confidencialidade*. Disponível em: https://www.academia.edu/8676991/Revista_Eletr%C3%B4nica_de_Direito_Processual_-_REDP_-_A_NOVA_LEI_DE_MEDIA%C3%87%C3%83O_BRASILEIRA_COMENT%C3%81RIOS_AO_PROJETO_DE_LEI_N_7.16914. Acesso em: 27 nov. 2016.

físicas, têm optado pela mediação de conflitos nos últimos anos em nosso país, justamente pelo caráter sigiloso do processo, pois não desejam que terceiros tenham conhecimento do conflito que estão a gerenciar e muito menos das soluções que alcançaram com o método.⁹⁰

No entanto, parca não é a doutrina que não considera o princípio como fator essencial à concretização do método consensual aqui estudado.

Como expõe Christopher W. Moore, a confidencialidade, embora com frequência considerada um aspecto importante e na verdade uma necessidade funcional da mediação, não é universalmente garantida ou necessária. Alguns Estados dos Estados Unidos proporcionam garantias legais de confidencialidade entre os disputantes e o mediador [...] Outros Estados não permitem a confidencialidade e, às vezes, podem solicitar dados ou intimar os mediadores a testemunhar nos procedimentos legais de pós-mediação, quando as partes não conseguiram chegar a um acordo. Os mediadores devem descrever os limites de confidencialidade permitidos em seu Estado ou agência, para que os disputantes conheçam os limites de sua privacidade.

Também entendemos que não há que se falar em “fator essencial” à realização da mediação, posto que a mediação pode ser realizada sem a garantia da confidencialidade havendo, inclusive, situações em que a mesma é expressamente afastada pela lei.

Quer-se dizer que a sigilo é um princípio relativo, cuja exceção ocorre por exigência legal ou, ainda sob manto da legalidade, sobressaia o princípio da autonomia da vontade e convençionem as partes sobre os limites do dever de confidencialidade aplicável ao caso concreto.

É o que traz o artigo 30 da lei 13.140/2015 ao dispor que toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

⁹⁰NETO, Adolfo Braga. *Mediação de Conflitos: princípios e norteadores*. Revista da Faculdade de Direito UniRitter. cit., p. 20.

O §3º do dispositivo supracitado excepciona a confidencialidade no caso de informação relativa à ocorrência de crime de ação pública, cuja persecução penal é exercida pelo Estado.

Se o mediador, no curso do procedimento, obtiver informação que diga respeito à prática de crime de ação pública, ela não estará abrigada pelo princípio da confidencialidade, devendo o mediador lavrar ata da sessão e encaminhá-la ao Ministério Público, se se tratar de mediador independente, ou encaminhar a ata à secretaria da instituição privada encarregada da administração do procedimento para que a remeta ao Parquet, ou, se se tratar de mediação judicial, a informação deverá ser consignada em ata ou relatório e encaminhada, pelo centro judiciário de solução consensual de conflitos, ao juiz competente para a adoção das providências necessárias.⁹¹

É o que a doutrina francesa denomina de exceção de ordem pública e que predomina sobre a confidencialidade do procedimento de mediação. Consiste na dialética entre, de um lado, a necessidade da manutenção da confiança na mediação e em seus servidores e, de outro lado, a exigência de que a mediação respeite as normas de ordem pública.⁹²

Já o §4º traz outra exceção ao prever que a regra da confidencialidade não afasta o dever de prestar informações à administração tributária após o termo final da mediação, visando o recolhimento de eventuais tributos advindos do acordo. No entanto, aplica-se aos servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas, consoante art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN).

Além disso, conforme artigo 31 da lei da mediação será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

Trata-se das denominadas sessões privadas ou individuais, também conhecidas como *caucus* (termo das tribos indígenas norte-americanas que significa encontros individuais)⁹³. São encontros realizados entre os mediadores e cada uma das partes individualmente.

⁹¹HALE, Durval. *A confidencialidade na mediação: exceções*. O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016 cit., p. 193.

⁹²Idem.

⁹³NETO, Adolfo Braga; Sampaio, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos*, cit., p. 72.

O mediador pode tomar a iniciativa de realizá-la para permitir que emoções intensas sejam expostas sem aumentar as diferenças entre as partes. Em muitos casos, as reuniões privadas são empregadas para a definição de interesses, esclarecimento de posições, identificação de novas ofertas ou consideração das propostas da outra parte.⁹⁴

Ora, é intuitivo que o que for tratado na sessão privada estará protegido pela confidencialidade, exceto se a própria parte consentir expressamente que o mediador transmita à outra as informações que obteve na sessão individual. Trata-se aqui de hipótese de confidencialidade em sentido estrito, que vincula, em primeiro lugar, mediador e mediando, em contraposição à confidencialidade em sentido amplo, que abrange os demais partícipes do procedimento nas suas relações com terceiros alheios ao procedimento e impede a utilização das informações em processos arbitrais ou judiciais.⁹⁵

Importante destacar que o §2o do artigo 166 do Código de Processo Civil/2015 impede, em razão do dever de sigilo, que o mediador, atue como testemunha em processo oriundo da mediação.

Se, entretanto, fosse possível que o mediador testemunhasse em juízo sobre as informações que obteve em razão da mediação, uma parte de má-fé poderia utilizar o processo de mediação para obter uma vantagem estratégica em uma futura disputa judicial.⁹⁶

Gustavo Trancho de Azevedo alerta para a possibilidade de encenação perante o mediador e, sendo permitida a oitiva de mediadores como testemunha, os comportamentos teatrais poderiam beneficiar, no processo judicial, a parte de má-fé, responsável pelo fingimento.

O autor traz o seguinte exemplo: uma mediação com o objetivo de fazer a partilha dos bens de um casal em separação. Em uma sessão privada, a mulher mente para o mediador, em uma cena com forte emoção e lágrimas, dizendo que fora brutalmente espancada pelo marido.

⁹⁴Idem, cit., p. 73.

⁹⁵HALE, Durval. *A confidencialidade na mediação: exceções*. O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016cit., p. 206.

⁹⁶AZEVEDO, Gustavo Trancho de. *Confidencialidade na mediação*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>. Acesso em: 28 nov. 2016.

O testemunho do mediador influenciado pelo teatro garantiria à mulher, em juízo, a declaração de que é o marido o cônjuge culpado pela separação.⁹⁷

Assim, permitindo que o mediador seja testemunha, seria possível que uma parte não colaborasse com o processo de mediação e fosse premiada pelo comportamento não cooperativo, pervertendo o sistema de incentivos. Há autores, inclusive, para os quais o mais importante fundamento do sigilo profissional, na mediação, é a proteção do processo: "Sem a adequada proteção legal, a franqueza de uma parte na mediação pode ser 'premiado' com o uso de informação confidencial em um processo judicial. O principal motivo do sigilo profissional dado ao mediador é assegurar às partes proteção contra os riscos de uma mediação em que não se obtém um acordo".

Importante destacar, ainda, que tanto o artigo 30 da lei da mediação, quanto a parte final do §1º, art. 166 do Código de Processo Civil/2015, permitem que as partes deliberem sobre a confidencialidade, podendo moldar o princípio conforme queiram.

Assim, restando infrutífera a mediação, com ausência da celebração de acordo, as propostas levantadas durante as sessões, em regra, não poderão constar em termo. No entanto, é facultado às partes concordar com o registro, podendo dispor sobre o que querem ver coberto pela confidencialidade.

Como em tudo, há vantagens e desvantagens em que as propostas sejam registradas no termo. Como aspectos positivos, por exemplo, o registro pode mostrar boa-fé e disposição para resolver a situação controversa; como aspecto negativo, porém, seu teor pode acabar soando como assunção de responsabilidade. Caberá a advogados e clientes considerar a situação específica em que se inserem para aferir a produtividade do registro.⁹⁸

É importante estabelecer aqui um diálogo com o princípio da informalidade e da autonomia da vontade⁹⁹. Tais princípios possibilitam adaptações do procedimento ao conflito em questão privilegiando a instrumentalidade das formas. Isso porque a mediação se pauta

⁹⁷Idem.

⁹⁸TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 7.

⁹⁹Art. 2º, lei 13.140/2015. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...] V - autonomia da vontade das partes. Art. 166 § 4º, Código de Processo Civil/2015. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

especialmente sob a ótica da complexidade do conflito, não engessando e limitando uma forma única de condução do procedimento, posto que cada qual guarda suas peculiaridades, havendo salutar flexibilidade nesse sentido.

Com base nisso, a mediação permite que a confidencialidade seja configurada da melhor maneira possível e, ainda, que não haja mesmo confidencialidade alguma, desde que ambas as partes assim estabeleçam expressamente. Daí o entendimento de que a confidencialidade não seria essencialmente inerente à mediação.

Uma decisão contrária à confidencialidade se deu no caso *Olam contra MortgageCo.*. Em "uma disputa sobre hipoteca, as partes chegaram a um acordo por meio da mediação, reduzido a termo em um memorando. Quando o réu desejou executar o acordo, a parte autora alegou que sofrera coação. Ao Tribunal coube decidir se deveria ou não ser tomado o testemunho do mediador sobre como ocorreu a mediação."¹⁰⁰

Embora as partes tenham abdicado do seu direito à confidencialidade, seus atos de disposição não vinculam o mediador, que tem o direito de manter o sigilo profissional independentemente das partes. Dessa forma, o Tribunal teve que decidir se o mediador deveria ser compelido a testemunhar quando é ele quem invoca, contra seus clientes, o sigilo profissional.¹⁰¹

A Corte, ao decidir pela obrigatoriedade do testemunho do mediador, considerando que já havia um antecedente de quebra de sigilo para se argumentar que ele não é absoluto, mas que diante de interesses mais importantes pode ser excepcionalmente abandonado, considerando os interesses que seriam violados caso o mediador testemunhasse e os que seriam violados caso não testemunhasse, e finalmente, considerando que não havia outro meio fidedigno de prova sobre a questão em julgamento (se houve ou não coação), pois só tinham conhecimento direto dos fatos o mediador, as partes e seus advogados. Estes últimos eram considerados suspeitos, impedimento que não se estendia ao mediador.¹⁰²

¹⁰⁰AZEVEDO, Gustavo Tranco de. *Confidencialidade na mediação*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>. Acesso em: 28 nov. 2016.

¹⁰¹Idem.

¹⁰²Idem.

Deste modo, a confidencialidade apresenta-se como importante elemento da mediação. No entanto, tal princípio pode ser afastado e, ainda, indicado em determinadas contendas, tendo até mesmo expressas exceções legais, sem desnaturar o processo mediativo.

4.1.3 CONFIDENCIALIDADE EM FACE DO MEDIADOR

Como já explanado, a confidencialidade tem como uma de suas principais vertentes, a obrigação de não fazer imposta ao mediador. Este deve guardar sigilo sobre as informações ali obtidas, sob pena de imposição das sanções previstas na lei.

Vimos como foi dirimido o caso do sigilo do mediador perante o ordenamento jurídico norte-americano. No cenário brasileiro, os limites da confidencialidade eram desamparados, por óbvio, diante da ausência de legislação específica. No entanto, a evolução legislativa pode nos ajudar a entender alguns aspectos da confidencialidade em face do mediador no sistema jurídico pátrio.

Nesse sentido, importante dizer que nossa lei da mediação é fruto de discussões legislativas sobre três diferentes projetos de lei. O Relator da matéria no Senado, Senador Vital do Rego, apresentou um Substitutivo ao PLS nº 517/2011 (primeiro projeto apresentado) com o objetivo de congregar o que havia de melhor nas três iniciativas e, finalmente, em 29 de junho de 2015 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 13.140/2015.

Um dos três projetos era o PLS 434/2013, fruto de comissão instituída pelo CNJ e Ministério da Justiça, cujo artigo 18, § 2º trazia “salvo acordo por escrito das partes em sentido contrário, o mediador não poderá ser obrigado a depor como testemunha em procedimentos judiciais sobre fatos conhecidos em decorrência de sua atuação como mediador”.

Fizemos o cotejo com o texto final emanado pela lei da mediação que traz em seu art. 7º que “o mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador”.

Percebe-se daí que havia a possibilidade de atuação do mediador como árbitro ou testemunha quando as partes assim convencionassem, o que foi retirado do texto final, demonstrando a preferência do legislador com relação à matéria.

Some-se à isso, a regra do Código Penal quanto à violação de segredo profissional, descrito como “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”, o que enseja pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, conforme art. 154.¹⁰³

Além disso, conforme artigo 448, inciso II do Código de Processo Civil/2015, a testemunha não é obrigada a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Fica clara, assim, a opção de proteção da confidencialidade nessa ótica. Nada obstante, o Código de Ética para Mediadores resguarda o princípio da autonomia da vontade das partes, possibilitando, excepcionalmente a atuação do mediador como testemunha desde que não contrarie a ordem pública:

“II. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O Mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: Imparcialidade, Credibilidade, Competência, Confidencialidade, e Diligência.

Notas Explicativas

Confidencialidade: os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convencionados, desde que não contrarie a ordem pública.”¹⁰⁴

¹⁰³ Código Penal Brasileiro. Violação do segredo profissional. Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

¹⁰⁴ Código de ética para mediadores. Disponível em: http://www.conima.org.br/codigo_etica_med. Acesso em: 15 nov. 2016.

Consideramos razoável tal previsão, pois a proteção ora analisada volta-se exatamente às partes e, se as mesmas considerarem propícia a flexibilização da confidencialidade, não há que se falar em imposição do princípio, sob pena de até mesmo desestimular a utilização do mecanismo aqui estudado.

Ressalta-se que esse raciocínio de abertura do sigilo está em harmonia à previsão legal quanto às sessões privadas (*caucus*), cujo dispositivo garante que “será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, **exceto se expressamente autorizado**.” (grifo nosso).

Pablo Galvão Marano, especialista em Mediação Empresarial pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA, Câmara privada de ADRs, nos auxilia esclarecendo:

“Questão comum é quando, em reuniões privadas, eles revelam alguns aspectos confidenciais e, por interesse ou como técnica de mediação, autorizam que o mediador revele tal informação – ou parte dela – à outra. Mas isto tudo é solicitado pelo mediando, ou mesmo sugerido pelo mediador, sempre no escopo de avançar com a mediação.”¹⁰⁵

Dessa forma, mesmo no que tange ao mediador – apresentado como sujeito protetor de rígido sigilo – também pudemos perceber a possibilidade de desvio da confidencialidade aspirando a adequação do conflito.

4.1.4 O SIGILO NO ÂMBITO DA FAZENDA PÚBLICA

O legislador descuidou-se ao não fazer qualquer referência ao princípio da confidencialidade quando da resolução consensual de conflitos na esfera pública, vale dizer, quando um dos mediados for pessoa jurídica de direito público.

Trata-se de peculiaridade de certa repercussão na doutrina já que a nova lei se dedicou a pormenorizar em Seção específica “DA CONFIDENCIALIDADE E SUAS EXCEÇÕES” e, logo em seguida, trouxe capítulo próprio dispondo “DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE

¹⁰⁵MARANO, Pablo Galvão. *Quebra do sigilo em face do mediador*. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <marano@cbbadvocacia.com.br> em 29 nov. 2016.

CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO”, mas não estabeleceu diálogo entre suas disposições.

A controvérsia decorre da admissão do instituto da mediação no âmbito da Administração Pública, inclusive entre pessoas jurídicas da Administração Pública direta ou indireta. Isso porque as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos devem seguir as, nas palavras de José Dos Santos Carvalho Filho, “diretrizes fundamentais da Administração”.

Dessa forma, há de se considerar os princípios constitucionais explícitos, previstos no artigo 37 da CRFB/1988, e aqui, em especial, o princípio da publicidade que, inclusive, ganhou ainda mais força a partir da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), e passou a estabelecer o sigilo como exceção. Reporte-se, ainda, à menção à publicidade no Poder Judiciário (art. 93, IX, da CF), reforçado pelo art. 8º, do Código de Processo Civil/2015.

Hely Lopes Meirelles nos elucida sobre o princípio da publicidade:

“como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciar conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais.”¹⁰⁶

Assim, questiona-se como deve ser lido o princípio da confidencialidade na mediação realizada na esfera pública. Por um lado, a exigência de publicidade pode trazer receio às partes quando da realização de acordos com o poder público, afastando o uso de tal instrumento. Em contrapartida, é razoável que o princípio da publicidade seja respeitado, até como mando constitucional, protegendo os alicerces democráticos com os quais se preocupou nossa Constituição Cidadã.

¹⁰⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, cit., p. 82.

A doutrina tem caminhado no sentido de dar prevalência ao interesse público advindo do princípio da publicidade, em detrimento do sigilo no litígio envolvendo o poder público.

Nesse sentido Theophilo de Azeredo Santos considera que, à luz da dogmática constitucional contemporânea, parece sensato propor a prevalência do princípio da publicidade, com a inexistência de sigilo, na mediação em que participe ente da Administração Pública Direta ou Indireta.¹⁰⁷

Durval Hale, nessa toada, acrescenta que não se pode admitir, contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, muito menos para a documentação produzida durante o procedimento de resolução consensual do conflito, a menos que se trate de informação acobertada por sigilo comercial, industrial, bancário, que coloque em jogo a intimidade ou a vida privada de particulares, ou, ainda, que se trate de algum segredo de Estado. Vale dizer, quando se pensa em resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, a publicidade é a regra; a confidencialidade é a exceção e precisa ser juridicamente justificada.

Importante destacar aqui o artigo 30 da nova Lei da Mediação, o qual compõe a Seção que versa sobre a confidencialidade e suas exceções:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

¹⁰⁷FILHO, Maurício Vasconcelos Galvão; SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Arbitragem e Mediação: temas controvertidos. A mediação como método alternativo de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. cit., p. 445.

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2o A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3o Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4o A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

O autor Durval Hale propõe dois parágrafos ao supracitado artigo 30, os quais dissipariam as controvérsias sobre a matéria. Assim disporiam:

§5º A confidencialidade não se aplica às sessões conjuntas nem à documentação produzida no curso de processos de mediação de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, nos quais deve ser garantida a transparência do processo e devem ser criados canais para participação e manifestação de terceiros interessados.

§6º A confidencialidade não se aplica, em regra, aos conflitos envolvendo o Poder Público, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas de sigilo.

Dessa maneira, faz-se necessária a ponderação entre os princípios da publicidade e da confidencialidade nesse âmbito, tendo entendido a doutrina que há prevalência do princípio da publicidade em detrimento do sigilo aqui abordado.

4.1.5 CONFIDENCIALIDADE E PROVA INADMISSÍVEL

Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele. A prova emprestada ingressa no processo sob a forma documental. A prova emprestada consiste no transporte de produção

probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram.¹⁰⁸

Nesse sentido leciona também a doutrina de Moacyr Amaral Santos, no sentido de ser muito comum o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro. São depoimentos de testemunhas, de litigantes, são exames, traslados, por certidão, de uns autos para outros, com o fim de fazer prova. Tais são as chamadas provas emprestadas, denominação consagrada entre os escritores e pelos tribunais do país. É a prova que “já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão”, define Benthan.¹⁰⁹

No Código de Processo Civil de 1973 a prova emprestada não era referendada expressamente, integrando as chamadas “provas atípicas”, vez que admissível em decorrência do amplo sistema probatório. Dessa forma, a prova emprestada era garantida diante do art. 332 do Código de Processo Civil/73 "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

Já o Novo Código de Processo Civil traz dispositivo firmando a posição já apadrinhada pelo código anterior, dispondo em seu art. 372 que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.” Assim, o diploma vigente introduz a prova emprestada como prova típica no processo civil.

Não há que se olvidar sobre a conveniência do traslado de provas de um processo para outro, endossando os princípios da celeridade e da economia processual, a fim de se evitar repetição desnecessária de atos processuais já esgotados com o aproveitamento de provas pretéritas.

¹⁰⁸BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. v. 2. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 50.

¹⁰⁹SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 293.

No entanto, é imperioso destacar que no processo mediativo a prova emprestada ganha novos contornos diante da confidencialidade da qual a mediação se reveste.

Importante esclarecer que aqui estamos nos referindo especialmente em empréstimo da prova *casual*, vale dizer, a prova produzida no curso do processo. Isso porque a prova pré-constituída já existe no mundo jurídico e possui a mesma força probatória num processo ou noutro.

Há que se observar que as provas casuais são aquelas constituídas no curso do processo, sem que tenham sido intencionalmente constituídas e preparadas para a demonstração dos fatos ali deduzidos pelos litigantes¹¹⁰, guardando vínculo com a boa-fé dos mesmos.

O debate em questão ganha relevo no processo mediativo, visto que muitas são as provas constituídas no curso do processo e considerando que somente pode-se falar em empréstimo da prova casual, pergunta-se se tais provas poderiam ser utilizadas num eventual processo judiciário ou arbitral, movido em decorrência de uma mediação não exitosa.

Devemos considerar que os mecanismos consensuais pressupõem um diálogo franco na busca pela construção da pacificação. As partes ganham papel de atores protagonistas da solução de seus conflitos e o diálogo negocial, muitas vezes, passa pela revisão dos fatos a partir do olhar do outro, pela ponderação diante de novas oportunidades e pela admissão de culpa.

Por isso, uma importante faceta da confidencialidade nos meios consensuais de resolução de disputas é a impossibilidade de qualquer material produzido no esforço de resolução amigável ser utilizado em uma posterior fase do processo submetido à análise do juiz. É inválida a prova produzida durante as negociações frustradas das partes, tenha ou não havido a presença de um terceiro facilitador do diálogo. A confidencialidade do processo de

¹¹⁰BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. cit., p. 50.

resolução consensual de disputa em face do julgador pressupõe a impossibilidade de utilização do conteúdo e informações produzidas no esforço de resolução.¹¹¹

Não há franqueza num debate encoberto pelo receio de confessar falhas que poderão servir de argumento num processo judicial adversarial. Tampouco pela desconfiança na outra parte ao enxergar possibilidade de extrair confissões de forma ardilosa para conseguir eventuais provas.

No sistema brasileiro, as correspondências trocadas entre as partes com o intuito de negociar uma solução consensual consistem em provas ilícitas, eis que violam a boa fé objetiva, quebrando a confiança que uma parte depositou na outra. O devido processo legal impõe que haja lealdade e boa fé comportamental entre as partes. Logo, a quebra da confiança e a apresentação de documento utilizado com a específica finalidade de tentar uma autocomposição não se compatibilizam com a boa fé e a lealdade processuais, maculando o devido processo legal.¹¹²

Também podemos observar esse contraponto pela vedação do empréstimo da prova produzida em processo em que houve segredo de justiça. Como esclarece Eduardo Talamini, “as partes do processo que tramita sob segredo da justiça não poderão pretender o empréstimo da prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue – quando menos, porque isso afrontaria a garantia do contraditório”.¹¹³

A lei da mediação veio ratificar o entendimento abordado afirmando que a prova apresentada em desacordo com o princípio da confidencialidade não será admitida em processo arbitral ou judicial (art. 30, §2º).

Por isso, o processo mediativo deve ser dissociável da prova produzida no curso do processo. Não há que se falar em prova emprestada no âmbito de um procedimento marcado pela confidencialidade. A construção de um forte sistema de justiça multiportas deve

¹¹¹CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Notas sobre ADR, confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível*. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-26-notas-sobre-adrconfidencialidade-em-face-do-julgador-eprova-inadmissivel/>. Acesso em: 18 nov. 2016.

¹¹²Idem.

¹¹³TALAMINI, Eduardo. *A prova emprestada no processo civil ou penal*. cit., p. 107.

reconhecer a garantia de que os envolvidos possam dialogar de forma franca e aberta sobre a questão que os levou até ali, sem o receio de frustrar a sua estratégia jurídica numa posterior fase litigiosa, seja judicial ou arbitral. Daí a importância de se resguardar o sigilo na mediação.

5. CONCLUSÃO

As reflexões tratadas no presente ensaio partiram do conflito como elemento inerente às relações humanas e inevitáveis à vida em sociedade. Tais conflitos guardam alta carga de complexidade, podendo ser explorados em múltiplas perspectivas. Não obstante isso, o principal mecanismo de tratamento dos conflitos, vale dizer, a jurisdição, reduz possibilidades limitando os instrumentos de solução dos dissensos.

Somado a isso, assistimos a crise do Judiciário que vem enfrentando estatísticas alarmantes com o incessante aumento de demandas, propiciando grande descontentamento e descrédito desse Poder.

Nesse sentido, inevitável não rememorar a clássica e preciosa doutrina de Mauro Cappelletti no âmbito do acesso à justiça. Vimos as ondas renovatórias e como a terceira onda se insere nesse contexto, estando em harmonia com o surgimento das novas abordagens diante de uma crise paradigmática da justiça.

Assim, pudemos perceber os meios alternativos como resposta a uma sociedade hiperdinâmica, se apresentando como porta a ser aberta no modelo multi-doorcourthouse. A proposta se apresenta como facilitadora na compreensão e, por isso mesmo, transformação dos conflitos, olhando-o de forma mais atenta e profunda.

Chamamos atenção ao fato de que esses mecanismos trariam como consequência lógica e bem vinda a desobstrução do poder judiciário, embora não se fundamentem nesse sentido, mas nas características que as diferenciam como mecanismo de transformação cultural e pacificação social.

Buscamos fazer breve alusão aos traços históricos na perspectiva da resolução dos litígios, entendendo seus contornos essenciais e apresentando as principais escolas que a matéria adota. Nessa toada, há quem entenda que a escola adotada no novo arcabouço normativo brasileiro seja a tradicional de Harvard, no entanto, vimos que o legislador não foi expresso nesse sentido, motivo pelo qual preferimos a interpretação de um modelo mais rico de possibilidades no que tange à transformação da realidade litigiosa.

Desse arcabouço, traçamos as interações entre as leis que o compõem, apresentando um conflito visto pela doutrina como aparente. Das normativas, alguns aspectos nos chamaram a atenção, como a chamada mediação judicial, ao que discorremos e apresentamos o entendimento doutrinário no sentido de que há certo paradoxo na expressão “mediação judicial”, posto que a mediação guarda em sua essência elementos não adversariais, dialogados, visando à pacificação, enquanto o sistema judicial trabalha numa lógica litigiosa.

A possível obrigatoriedade da mediação também foi abordada em nosso trabalho. Nessa perspectiva, constatamos que a ideia de compulsoriedade proposta pela nova normativa não é bem vinda pelos estudiosos do tema e, com razão, a mediação deve ocorrer numa ótica de voluntariedade, imposição não corresponde aos princípios do instituto.

Trabalhamos sobre a importância dos princípios no ordenamento jurídico como um todo e a relevância que eles ganham no processo mediativo, que pode variar conforme a flexibilização dos mesmos.

Nessa toada, olhamos especificamente para o princípio da confidencialidade, muitas vezes visto como regra universal e, mais que isso, elemento essencial à materialização da própria mediação. Considerando tal força, procuramos refletir sobre a questão do sigilo nesse instrumento e vimos que ele é, de fato, um dos diferenciais da mediação surtindo efeitos favoráveis a um procedimento êxito. Todavia, o processo pode ser realizado sem a garantia da confidencialidade e, ainda assim, obter resultados de sucesso. Vimos em quais casos o sigilo poderia ser afastado, conforme as hipóteses trazidas pela novel lei.

Analisamos o sigilo em face do mediador, já que é a grande figura apresentada ao falarmos da confidencialidade. Percebemos que ele deve, de fato, manter rígido sigilo e confiança já que tais elementos caracterizam uma mediação de sucesso. No entanto, também pudemos ver as possibilidades de quebra da confidencialidade em determinados casos, aspirando a adequação do conflito, e apresentando ainda assim uma mediação de sucesso.

No âmbito particular da fazenda pública, reconhece-se a possibilidade de mediar, fazendo-se necessária ponderação entre os princípios da publicidade e da confidencialidade. Acompanhando o melhor entendimento, consideramos que os princípios constitucionais mais

caros ao funcionamento de um Estado Democrático de Direito não podem ser relegados, havendo prevalência do princípio da publicidade em detrimento do sigilo aqui abordado.

Importante lembrar também que o afastamento do princípio da confidencialidade dialoga muito com outro princípio que rege a mediação, o princípio da autonomia da vontade. Em muitos casos observamos que o sigilo pode ser quebrado por vontade de ambas as partes após a ponderação que as mesmas realizam sobre as possíveis vantagens e desvantagens a partir da controvérsia em questão.

Vimos, ainda, a questão da prova, inadmissível num eventual processo judicial decorrente de uma mediação frustrada, não havendo que se falar em prova emprestada no âmbito de um procedimento marcado pela confidencialidade. Isso porque é importante que os mediandos se sintam confortáveis a partir da garantia de que sua estratégia jurídica num posterior processo judicial não será fracassada.

Assim, tivemos a oportunidade de traçar os contornos da mediação dentro do novo arcabouço jurídico normativo, impulsionados pelos estudos do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, observando as reflexões acerca da questão do sigilo e seus desdobramentos.

Nosso trabalho busca especialmente embalar novas reflexões e estudos sobre a – mais que necessária – prática consensual, unindo esforços na busca para sacramentar uma Justiça adequada, de maior qualidade e uma sociedade mais pacífica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; MUNIZ, Joaquim de Paiva; PANTOJA, Fernanda Medina; VERÇOSA, Fabiane. *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 455 p.

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.

ARAÚJO, Nadia de; FÜRST, Olívia. *Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447*. Revista de direito do consumidor, v. 91, p. 337-349, jan.-fev. 2014.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, v. 3. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>. Acesso em 10 nov. 2016.

AZEVEDO, Gustavo Trancho de. *Confidencialidade na mediação*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos juízes*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63579/mediacao_acesso_justica_nova.pdf. Acesso em: 15 nov. 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: revista dos tribunais, 2003.

BAPTISTA, Bárbara Lupetti, et al. *Fronteiras entre judicialidade e não judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires*. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/19716/14024>. Acesso em: 30 nov. 2016.

BARBOSA, Joyce de Matos; e ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *O instituto da mediação (parte I)*. Revista de Arbitragem e mediação. São Paulo: RT, 2009.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Cláudio de Circo e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB, 1991.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

BUITONI, Ademir. *A ilusão do normativismo e a mediação*. Disponível em: <https://www.usjt.br/cursos/direito/arquivos/ilusao.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016. 309 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 59 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista do Processo, n. 74, ano 19, abril junho/94, Revista dos Tribunais. São Paulo.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 367 p.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2016.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 12nov. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Notas sobre ADR, confidencialidade em face do julgador e prova inadmissível*. Disponível em:

<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaio/opiniaio-26-notas-sobre-adrconfidencialidade-em-face-do-julgador-e-prova-inadmissivel/>. Acesso em: 18 nov. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa de. *A mediação e a conciliação no projeto do novo cpc: meios integrados de resolução de disputas*. Disponível em:

<http://api.ning.com/files/UpKW6mK9MKPx5lopkhrPXX9JyMaPb-wqMJ-txddfQYdLY1XBJzuMefVgbOS9v-BfpeDxr71oQ-kMdb0ruQRNgZCbz71qoNLK/Artigo15.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. Ed. São Paulo: RT, 2003. 364 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=PT>. Acesso em: 20 nov. 2016.

FILHO, Maurício Vasconcelos Galvão; SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Arbitragem e Mediação: temas controvertidos. A mediação como método alternativo de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/73539642/Os-Fundamentos-da-Justica-Conciliativa>. Acesso em: 14 nov. 2016.

HAYNES, John Michael; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Tradução de Eni Assunção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artmed, 1996.

Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. Traduzido por Francisco Schertel Mendes. *Mapeando a Mediação: Os Riscos do Gráfico De Riskin*. Disponível em: <http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii->

doutrina-parte-especial/mapeando-a-mediacao-os-riscos-do-grafico-de-riskin. Acesso em: 29 nov. 2016.

Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973, republicado em 27 set. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 12 nov. 2016.

Lei nº 13.140, de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 12 nov. 2016.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento.pdf>. Acesso em 9 nov. 2016.

MARANO, Pablo Galvão. *Quebra do sigilo em face do mediador*. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <marano@cbbadvocacia.com.br> em 29 nov. 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1991.

Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos*: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Disponível em: http://www.acaojustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf. Acesso em: 29 nov. de 2016.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 255 p.

MORI, Amaury Haruo. *Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação*. Disponível em: www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar...1608509. Acesso em: 04 dez. 2016.

MUÑOZ, Helena S.. *La mediación: método de resolución alternativa de conflictos em elproceso español*. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. vol. III, 2009.

MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*. 3. ed. rev. São Paulo: Summus, 2008. 101 p.

NETO, Adolfo Braga. *Mediação de Conflitos: princípios e norteadores*. Revista da Faculdade de Direito UniRitter.

NETO, Adolfo Braga; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2014. 159 p.

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

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em: 30 nov. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/a-mediacao-e-a-necessidade-de-sua-sistematizacao-no-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 30 nov. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Confidencialidade*. Disponível em: https://www.academia.edu/8676991/Revista_Eletr%C3%B4nica_de_Direito_Processual_-_REDP_-_A_NOVA_LEI_DE_MEDIA%C3%87%C3%83O_BRASILEIRA_COMENT%C3%81RIOS_AO_PROJETO_DE_LEI_N_7.16914. Acesso em: 27 nov. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 967 p.

Regulamento de Mediação. Disponível em: http://cbma.com.br/regulamento_3. Acesso em: 20 nov. 2016.

Regulamento Interno dos Procedimentos de Mediação e Conciliação. Disponível em: <http://www.ccma-rj.com.br/regulamentomedcon>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Relatório Justiça em Números 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

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

SALES, Lilia Maia de Moraes. Transformação de conflitos, construção de consenso e a mediação – a complexidade dos conflitos. NETO, Theobaldo Spengler; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010..

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

TALAMINI, Eduardo. *A prova emprestada no processo civil ou penal*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 372 p.

WARAT, Luis Alberto (org). *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2016.

