

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

O PROCESSO DE MEDIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA
BRASILEIRA

LÍVIA WANDERLEY PROVENZANO

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

LÍVIA WANDERLEY PROVENZANO

**O PROCESSO DE MEDIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA
BRASILEIRA**

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. Marilson dos Santos Santana.

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

LÍVIA WANDERLEY PROVENZANO

**O PROCESSO DE MEDIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NA DOGMÁTICA
JURÍDICA BRASILEIRA**

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. Marilson dos Santos Santana.

Data da Aprovação: ___/___/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

WP969p Wanderley Provenzano, Livia
O PROCESSO DE MEDIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NA
DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA / Livia Wanderley
Provenzano. --
Rio de Janeiro, 2018.
60 f.

Orientador: Marilson dos Santos Santana.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Mediação de conflitos. 2. Solução consensual.
3. Mediador. I. dos Santos Santana, Marilson,
orient. II. Título.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância de se buscar a solução de conflitos de forma consensual, mais especificamente através da mediação, em composição com a via jurisdicional. Com efeito visível na redução das demandas do judiciário, o incentivo às partes para atingir por si próprias uma solução favorável a todos os envolvidos em um conflito, garante não só uma medida mais adequada para resolver a causa, mas também favorece um relacionamento futuro positivo entre as partes. Serão apresentados o conceito, as características, as etapas e técnicas de mediação, bem como uma tentativa de comparar os conceitos fundamentais do processo de mediação com o disposto sobre o tema em alguns autores da dogmática processual do Direito brasileiro. Com isto, quer-se aproximar e diferenciar a base normativa e normativista adotada atualmente no campo jurídico brasileiro com a perspectiva de Christopher W. Moore sobre o processo de mediação bem próxima do modelo americano e utilizado por mediadores fora da área do direito.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Solução consensual. Mediador.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the importance of seeking the solution of conflicts in a consensual way, more specifically through mediation, in composition with the jurisdictional route. With a visible effect in reducing the demands of the judiciary, encouraging the parties to achieve a solution favorable to all those involved in a conflict, guarantees not only a more adequate measure to resolve the cause, but also favors a positive future relationship between the parties. The concept, characteristics, stages and techniques of mediation will be presented, as well as an attempt to compare the fundamental concepts of the mediation process with the dispositions on the subject in some authors of the procedural dogma of Brazilian Law. With this, we want to approach and differentiate the normative and normativist base currently adopted in the Brazilian legal field with the perspective of Christopher W. Moore on the process of mediation very close to the American model and used by mediators outside the law area.

Keywords: Conflict mediation. Consensual solution. Mediator.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A MEDIAÇÃO NA ÓTICA DE CHRISTOPHER W. MOORE	9
1.1. A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS	9
1.2. O PROCESSO DE MEDIAÇÃO	10
2. A MEDIAÇÃO NO BRASIL	33
2.1. CONCEITO DE MEDIAÇÃO	33
2.2. CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO	41
2.3. ETAPAS E TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO	46
3. A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	52
3.1. HISTÓRICO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	52
3.2. BASE NORMATIVA ATUAL	54
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o que é o processo de mediação, definindo suas características, etapas e técnicas de aplicação, comparando a compreensão do tema no Direito brasileiro com uma espécie de “teoria geral da mediação”.

Nesta linha, busca esta monografia analisar a importância da mediação como meio consensual de solução de conflitos, proporcionando desfechos que atendam de forma mais satisfatória as partes caso optassem pela via contenciosa.

Em síntese, pretende-se através da investigação da teoria de Christopher W. Moore sobre o processo de mediação e da legislação brasileira atual sobre o assunto apresentar os pontos a serem aprimorados na sua forma de aplicação, de modo a tornar a mediação mais eficaz.

Nesse sentido, o trabalho será iniciado com a apresentação da teoria do autor norte-americano Christopher W. Moore sobre o processo de mediação, com a análise crítica dos desafios para o crescimento e desenvolvimento da mediação.

Em seguida, serão abordados o conceito e as características do processo de mediação, passando por suas etapas e técnicas de aplicação, bem como apresentando seu panorama histórico no Direito brasileiro até chegar à base normativa adotada atualmente.

Por fim, reforçará a importância de haver uma maior valorização do processo de mediação no Brasil, apresentando ainda algumas alternativas para ampliar e melhorar sua aplicação.

1. A MEDIAÇÃO NA ÓTICA DE CHRISTOPHER W. MOORE

1.1. A solução consensual de conflitos

Muito se fala atualmente sobre a adoção de meios consensuais de solução de conflitos como alternativa a cultura de judicialização que se instalou no Brasil. É nesse contexto que esse procedimento não jurisdicional, de recente regulamentação legal em nosso país, tem ganhado força e espaço no ordenamento jurídico brasileiro e provocado discussões acadêmicas dentro e fora do campo do direito.

Pode-se dizer que as formas não jurisdicionais adequadas (antes denominadas de alternativas) de solução de conflitos surgiram fora do âmbito jurídico. Foi no território das negociações comerciais e empresariais que se observou a formação de grupos organizados para desempenhar essa função específica de resolver conflitos entre duas ou mais partes de modo não jurisdicional.

No campo da sociologia jurídica, nas pesquisas sobre acesso à justiça, a mediação e a conciliação foram sempre compreendidas como formas alternativas para minorar a ineficiência do judiciário em atender adequadamente todas as demandas de conflito da sociedade. Do campo empresarial, a mediação ganhou aceitação nas demandas de família e até mesmo em conflitos mais complexo envolvendo comunidade, favelas e questões ambientais.

Com esta crise de legitimidade para resolver todos os conflitos de interesses que passou a existir no Poder Judiciário e no âmbito da sociedade de massas, o desenvolvimento dos meios alternativos (consensuais ou adequados) de solução de conflitos como um procedimento complementar à jurisdição e mecanismo de barragem à excessiva judicialização das relações sociais se desenvolveu em vários países ocidentais ao longo do século XX e início do século XXI. No Brasil, esta discussão foi tardia e só se refletiu no nosso ordenamento jurídico com a edição do código de processo civil em 2015, quando ganhou uma disciplina jurídica formal.

Neste sentido, o estímulo à “solução consensual de conflitos” e “a autocomposição” deve contar como “política jurídica” do tribunais brasileiros. O direito processual civil brasileiro,

conforme disposição do artigo 165 do CPC é bem claro neste sentido¹.

Verificou-se, mesmo no âmbito de compreensão de autores da dogmática processual e da prática jurídica, o entendimento de que esses meios alternativos apresentavam muitos pontos positivos, como:

[...]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. Além disso, a administração eficiente de tais meios pode permitir o estabelecimento de uma interação produtiva entre as pessoas, compondo a controvérsia instalada e prevenindo a verificação de outros impasses.²

Assim, a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça a mediação passou a ser amplamente difundida em todos países, com a posterior inclusão do tema no Código de Processo Civil de 2015, seguida da promulgação da Lei 13.140/2015, que regulamenta a mediação de forma mais específica.

Mais adiante voltaremos a essa discussão no campo da dogmática. Antes de continuar e descrever a discussão sobre mediação em termos mais normativos, faremos uma análise de um dos maiores “manuais” desenvolvidos sobre o tema.

1.2. O processo de mediação

Para desenvolvermos a nossa argumentação, optamos pela teoria da mediação, proposta por Christopher W. Moore. Nas próximas linhas, ter-se-á um breve resumo de sua obra imprescindível para a compreensão deste trabalho.

No entendimento do referido autor, existem diversas maneiras que as partes em conflito podem resolver suas controvérsias, seja através de procedimentos que envolvem apenas os participantes, seja por meio da coerção ou ainda por uma ação pública que obrigue uma das partes a ceder aos interesses do outro.

¹ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Lei n. 13.105/2015.

² TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 192.

Por isso, é fundamental analisar o comportamento das partes durante o conflito para que se avalie quais medidas a serem tomadas pelo mediador, de modo a direcionar os disputantes a chegarem a solução do problema em questão de maneira negociada, dialógica e autônoma.

É bem comum que, diante de um conflito, em um primeiro momento as partes tentem evitá-lo como um problema, agindo como se este não existisse. É aquilo que autor chama de “evitação do conflito”. Os interesses das partes se acomodam mantendo o conflito na latência. Porém, quando não é mais possível apenas ignorá-lo, as partes podem recorrer a discussões informais para buscar a solução do conflito ou então podem dar início a uma negociação, de forma voluntária, apresentando cada uma suas necessidades e interesses até obter um consenso.

Desse modo, entende-se que quando não há uma forma definida ou regras a serem seguidas, sendo a negociação conduzida pelas próprias partes, esses procedimentos adotados são chamados de procedimentos informais do ponto de vista da jurisdição tradicional.

Assim, se após transcorrido esse processo de negociação, as partes não conseguirem chegar a um acordo, elas podem recorrer ao auxílio de uma pessoa externa, um terceiro não interessado, o mediador, para ajudá-las a resolver a questão ou a construir saídas do conflito, através de um diálogo intenso, que atendam aos interesses recíprocos. Cabe destacar que a opção pela intervenção de um terceiro no conflito deve ser voluntária e de comum acordo entre as partes, ocorrendo então as sessões de mediação.

Por outro lado, deve-se destacar a existência de uma abordagem extralegal, por meio da qual uma parte se utiliza de meios de coerção para tentar convencer ou até mesmo obrigar a parte adversária a se submeter aos seus interesses. Esse tipo de conduta pode ser realizada através de dois tipos de ação: a violenta ou a não-violenta. Na ação não-violenta uma pessoa ou um grupo através de determinadas atitudes ou abstenções obrigam a parte adversária a se comportar da maneira que lhe convém. Já na ação violenta, Christopher W. Moore explica o seguinte:

[...] Para que a coerção física funcione, a parte que toma esta iniciativa precisa possuir poder suficiente para realmente prejudicar a outra parte, deve estar apto a convencer

o outro lado de que possui este poder e deve estar disposta a usá-lo.³

Importante ressaltar que os conflitos podem ser de três diferentes tipos: (i) os latentes: são aqueles que ainda não foram revelados de uma forma plena; (ii) os emergentes as partes identificadas já reconhecem que pode haver uma disputa mesmo com incipiente negociação; e (iii) os manifestos, nos quais as partes começam uma negociação, mas se deparam com um impasse que impede o prosseguimento das tratativas. Nota-se desde já que não é a norma aplicável a espécie do caso concreto, mas sim o conflito de interesses real passível de negociação entre as partes.

Dessa forma, após a identificação dos possíveis tipos de conflitos existentes, para o autor, é necessário analisar o papel do mediador durante o processo de mediação, destacando a importância de sua atuação para que se atinja o objetivo desejado. Deve-se compreender que o mediador não dispõe de um poder de tomada de decisão – não é juiz -, não podendo, portanto, obrigar as partes a resolverem o conflito através da imposição de sua decisão, ou seja, sem que elas concordem com isto. Sua função é apenas auxiliar as partes a analisarem seus interesses a serem negociados ou em negociação, de modo que estas cheguem sozinhas a uma solução favorável a ambas, respeitando sempre os padrões de justiça dispostos na sociedade e construído através da comunicação não violenta das partes.

O mediador poderá então se apresentar de diversas formas para auxiliar as partes a negociar /solucionar o conflito como :

- O facilitador da comunicação, que inicia ou facilita a melhor comunicação quando as partes já estiverem conversando.
- O legitimador, que ajuda todas as partes a reconhecerem o direito das outras de estarem envolvidas nas negociações.
- O facilitador do processo, que propõe um procedimento e, em geral, preside formalmente a sessão de negociação.
- O treinador, que instrui os negociadores iniciantes, inexperientes ou despreparados no processo de barganha.
- O ampliador de recursos, que proporciona assistência às partes e as vincula a especialistas e a recursos externos (por exemplo, advogados, especialistas técnicos, pessoas responsáveis pela tomada de decisões ou bens adicionais à negociação) que podem capacitá-los a aumentar as opções aceitáveis de acordo.
- O explorador do problema, que permite que as pessoas em disputa examinem o problema a partir de várias perspectivas, ajuda nas definições das questões e dos interesses básicos e procura opções mutuamente satisfatórias.

³ MOORE, Christopher W. O processo de mediação: Estratégias práticas para a solução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Editora Artmed, 1998. p. 25.

- O agente de realidade, que ajuda a elaboração de um acordo razoável e viável e que questiona e desafia as partes que têm objetivos radicais e não-realistas.
- O bode expiatório, que pode assumir certa responsabilidade ou culpa por uma decisão impopular que as partes, apesar de tudo, estejam dispostas a aceitar. Isto lhes permite manterem sua integridade e, quando for o caso, obterem o apoio de seus constituintes.
- O líder, que toma a iniciativa de prosseguir as negociações através de sugestões processuais ou fundamentais⁴.

Demonstrada as variadas e possíveis funções do mediador e as formas como este pode se apresentar para as partes em conflito, passamos a explicar, ainda que resumidamente, o funcionamento do processo de mediação, que Christopher W. Moore antecipa com o seguinte entendimento:

O planejamento da tomada de decisão e o planejamento dos sistemas de disputas é um processo sistemático para capacitar as pessoas e desenvolver mecanismos para tomar decisões e lidar com disputas crônicas sérias. O processo envolve:

- 1) identificação de tipos e causas de questões e conflitos recorrentes;
- 2) desenvolvimento e institucionalização de uma variedade de procedimentos para a tomada de decisão, baixar o número de incidentes de conflito destrutivo e ajudá-los a resolver suas diferenças;
- 3) adequação das questões e das disputas ao procedimento adequado de tomada de decisão e manejo ou resolução do conflito;
- 4) implementação de operações e procedimentos administrativos (do sistema) eficiente;
- 5) planejamento de programas de informação eficientes para instruir as partes potenciais sobre a maneira pela qual os vários processos de tomada de decisão e resolução de disputas podem ajudá-las a conseguir acordos e resolver conflitos; e
- 6) treinamento de quadros de pessoal para trabalhar no novo sistema e provisão dos serviços necessários⁵.

Por isso, é importante que o mediador seja escolhido de acordo com suas características, de modo a melhor atender às expectativas das partes em relação a solução do conflito. Conforme o rol abaixo enumerado, o mediador pode desenvolver seu papel se comportando basicamente como :

1. O mediador da rede social que é assim considerado por apresentar um relacionamento anterior com as partes em conflito, normalmente, por um longo período;
2. O mediador benevolente pode ou não apresentar um relacionamento anterior com as partes, adotando uma postura de imparcialidade quanto ao resultado da disputa e buscando a melhor solução para os envolvidos, além de possuir autoridade para aconselhar,

⁴ Ibidem. p. 31.

⁵ Ibidem. p. 37.

sugerir ou decidir a disputa;

3. O mediador administrativo/gerencial é aquele que tem interesse direto no resultado da disputa, pois possui influência e autoridade sobre as partes, devido ao fato de encontrar-se em uma posição superior na organização ou comunidade, podendo ainda estabelecer os termos da negociação, a fim de chegar numa decisão aceitável pelas partes;

4. O mediador com interesse investido apresenta um relacionamento atual ou futuro com pelo menos uma das partes, apresentando grande interesse no resultado da disputa, podendo, inclusive, usar a força ou a coerção para conseguir efetivar o acordo, visando atender seus próprios interesses e/ou de uma parte favorecidos, não havendo, portanto, imparcialidade;

5. O mediador independente não apresenta qualquer vínculo com as partes, sendo totalmente imparcial, podendo ainda ser ou não profissional, não dispondo de autoridade para impor acordos, por isso apenas busca uma solução em conjunto com as partes, sendo esta solução voluntária e não coercitiva.

Portanto, as ações dos mediadores podem ser não-contingentes, que são intervenções que o mediador geralmente pratica em todas as disputas, permitindo o acesso ao conflito, ajudando as partes a iniciar negociações produtivas, identificando questões importantes até a realização do acordo e atuando no desenvolvimento de um plano de implementação e monitoração; ou contingentes, que são as respostas para problemas incomuns ou especiais que podem vir a ocorrer em algumas negociações.

Normalmente, o mediador irá atuar através de um método de teste, projetando ações preventivas, que se dão antes da interação das partes, inibindo que elas tentem uma comunicação para resolver o problema que seja improdutivo, ou ainda através de intervenções, que são as ações realizadas pelo mediador após a comunicação das partes restar infrutífera.

Após os testes, o processo de intervenção pelo mediador atravessa doze estágios, que se dividem em duas grandes categorias: inicialmente, temos as atividades praticadas antes da realização das sessões formais para resolução do conflito, que ocorrem em cinco estágios, e as atividades executadas pelo mediador após o início das discussões, ocorrendo em sete estágios.

O primeiro estágio se resume a estabelecer um relacionamento com as partes disputantes. Em seguida, o mediador escolhe uma estratégia para orientar a mediação, depois faz a coleta e análise das informações básicas das partes para então projetar um plano detalhado para a mediação, para, por fim, conseguir construir a confiança e a cooperação entre os disputantes.

A partir disso, inicia-se a sessão de mediação, sendo definidas as questões a serem abordadas e estabelecendo uma agenda para que se possa revelar o interesse que as partes disputantes tentam manter oculto uma da outra, para assim ser possível gerar opções para realização do acordo.

Após isto, as opções para o acordo propostas são avaliadas, podendo ocorrer a barganha final até que se atinja o acordo formal entre as partes.

Contudo, deve-se ressaltar que existem algumas variáveis que podem influenciar as estratégias e as atividades de mediação, quais sejam: o nível de desenvolvimento do conflito e o momento da entrada de um mediador; a capacidade dos negociadores de desenvolver sua própria disputa; o equilíbrio de poder dos disputantes e o papel do mediador como um equalizador e agente de poder; os procedimentos de negociação usados pelas partes; a complexidade das questões negociadas e o papel e as tarefas do mediador definidos conjuntamente pelas partes e pelo interventor.

Nos procedimentos de negociação, as partes poderão escolher entre a barganha baseada nas posições, que ocorre quando o mediador verifica que os recursos apresentados não são suficientes, propondo uma solução que distribua perdas e ganhos para ambas as partes por ser o único resultado possível, ou a barganha baseada nos interesses, na qual o objetivo é chegar a uma situação que seja igualmente satisfatória para as partes, ou seja, ambas sairão vencedoras da disputa⁶.

Assim, os negociadores irão se basear em interesses para conseguir realizar o acordo, que nada mais são do que os ganhos que a parte precisa ter para que o acordo se torne aceitável, ou seja, os objetivos mínimos a serem satisfeitos para encerrar o conflito.

⁶ Ibidem. p. 71.

No entanto, esses interesses podem ser divididos em três diferentes tipos: (i) os essenciais, que são as necessidades de se obter determinados bens que a outra parte possui, sendo, normalmente, a necessidade central da negociação; (ii) os processuais, que se referem à preferência do negociador sobre a forma que as partes devem discutir suas diferenças e o modo como o resultado da negociação é implementado; e os (iii) psicológicos, que são as necessidades emocionais e de relacionamento do negociador durante a negociação e também no seu resultado.

Quanto às tarefas que incumbem ao mediador, estas serão definidas de acordo com o nível de intervenção realizada, o alvo da intervenção e do foco da intervenção que o mediador decidir que fará.

Deverá também ao mediador instruir as partes sobre o processo de mediação, sendo fundamental que estas compreendam⁷:

- O papel do mediador (neutralidade e imparcialidade adequadas ao tipo particular de papel de mediador que está sendo desempenhado).
- A maneira como a informação ou os dados sobre a disputa serão coletados.
- O procedimento que será utilizado para “trabalhar” cada questão.
- Os limites da confidencialidade no processo de mediação.
- O uso potencial das sessões conjuntas e das reuniões privadas.
- As formas possíveis que um acordo, caso alcançado, pode assumir.

Por isso, é fundamental que se analisem as diversas formas dos mediadores ingressarem nas disputas, podendo ser: (i) por meio da iniciativa direta de pelo menos uma das partes envolvidas no conflito; (ii) através da recomendação de partes secundárias; (iii) pela iniciativa direta do mediador ou (iv) por indicação de alguma autoridade reconhecida.

Assim, a partir do ingresso na disputa, o mediador inicialmente deve procurar construir a credibilidade junto às partes, estabelecer uma proximidade dos disputantes, informando aos envolvidos sobre o funcionamento do processo de negociação, a função que irá desempenhar e o objetivo do procedimento, bem como garantir que as partes se comprometam efetivamente com a mediação.

Deve-se frisar que essa construção da credibilidade é dividida em três aspectos: (i) o

⁷ Ibidem. p. 89.

pessoal, que se refere às características tanto do mediador quanto dos disputantes para criar um vínculo entre as partes; (ii) o institucional, que se refere a reputação da organização que emprega o mediador, transmitindo maior confiança às partes; e (iii) o processual, que se refere ao fato dos disputantes acreditarem que a proposta do mediador para a solução do conflito tem grande chance de êxito.

Cabe destacar ainda que o mediador poderá intervir na disputa em diferentes momentos, contudo, é preciso ter em mente que a intervenção logo ao início da disputa possibilita ao mediador evitar desentendimentos entre as partes ao tentarem solucionar o conflito por conta própria. Desse forma, caso o mediador opte por ingressar na disputa em momento posterior, isso pode permitir que as partes demonstrem seu poder de influência uma sobre a outra, além de possibilitar que as partes já tenham deixado evidente suas emoções e intenções, solicitando a intervenção do mediador apenas após terem esgotado suas fontes de negociação.

Portanto, diante do que foi demonstrado, fica evidente que não há um modelo pré-definido de mediação que se encaixe a todas as disputas. A estratégia a ser seguida deverá ser traçada a partir da análise dos interesses, postura e comprometimento das partes.

A partir então da análise dos interesses dos envolvidos, o mediador irá trabalhar em separado com cada uma das partes, de modo a direcionar a questão para um dos resultados possíveis, que podem ser de quatro tipos possíveis:

1. Resultado de vencedor-perdedor: ocorre quando uma das partes tem poder muito superior a outra, uma parte é mais passiva que a outra e não há cooperação entre as partes para buscar a satisfação dos interesses de ambas, fazendo com que uma parte tenha grande possibilidade de vencer, além de não haver a preocupação com o futuro da relação, utilizando-se de todos os meios possíveis para vencer a disputa;

2. Resultado de impasse: quando as partes não conseguem chegar a um acordo, evitam o conflito de todas as maneiras possíveis, não cooperam para satisfazer os interesses devido à falta de confiança no outro, havendo uma falha na comunicação e excesso de emoção, fazendo com que nenhuma das partes tenha poder suficiente para sair vencedora da disputa;

3. Resultado de compromisso: dá-se quando as partes cedem a alguns interesses para conseguir atingir outros mais relevantes, pois se preocupam em manter um bom relacionamento, havendo uma cooperação mútua, na qual as partes barganham, já que nenhuma delas detém o poder necessário para sair vencedora da disputa;

4. Resultado vencedor-vencedor: verifica-se quando os interesses de ambas as partes são satisfeitos, pois estão dispostas a cooperar para a resolução conjunta do conflito, garantindo um relacionamento futuro positivo.

No que tange a estratégia adotada para se obter a solução, temos cinco possibilidades: a competição, a evitação, a acomodação, o compromisso negociado e a negociação baseada nos interesses.

Na competição, os interesses de um dos envolvidos são muito restritos, fazendo com que se tenham poucas possibilidades de solução. Assim, a parte pode optar por adotar uma postura competitiva, incluindo litígio, arbitragem e atividades extralegais, visando obter um resultado vencedor-perdedor.

Na evitação, as partes tendem a manter uma postura de neutralidade, não apresentando uma posição definida sobre o conflito, que pode se dar por diferentes motivos: “[...] medo, falta de conhecimento dos processos de gerenciamento, ausência de interesses interdependentes, indiferença em relação às questões em disputa ou crença de que um acordo não é possível e o conflito não é desejável.”⁸

Já a acomodação se dá quando uma das partes abre mão dos seus interesses pessoais para satisfazer os da outra. Essa estratégia é normalmente utilizada quando as partes precisam manter um bom relacionamento e os interesses são totalmente divergentes, então uma das partes assume uma postura cooperativa.

No compromisso negociado, entende-se que⁹:

- As partes não percebem a possibilidade de uma situação de vencedor-

⁸ Ibidem. p. 100.

⁹ Ibidem. p. 101.

vencedor que possa satisfazer suas necessidades e decidem dividir e compartilhar o que consideram um recurso limitado.

- Os interesses não são considerados interdependentes ou compatíveis.
- As partes não confiam o bastante uma na outra para entrar em uma resolução conjunta de problemas para ganho mútuo.
- As partes têm um poder suficientemente equilibrado e, por isso, nenhuma delas pode impor a questão a seu favor.

Por fim, na negociação baseada nos interesses, o objetivo é encontrar a maior opção possível de alternativas para a solução do conflito, de modo que as partes se satisfaçam da melhor maneira. Portanto, é necessário que haja um certo grau de confiança entre as partes e que ambas estejam empenhadas em obter um resultado satisfatório para todos, além de manter um relacionamento futuro positivo.

Ocorre que, em alguns casos, as partes não conseguem se organizar para coordenar a solução do conflito. Assim, o mediador pode adotar as seguintes estratégias:

1. Se a coordenação dos esforços não tem vantagem para um disputante, o mediador pode encorajar as partes a seguir as abordagens que escolheram e informá-lhes que, se for vantajoso negociar ou mediar em um momento posterior, a opção permanece em aberto. Aconselhando as partes desta maneira, o mediador deve se referir aos custos e benefícios de seguir o curso de forma não-coordenada, já identificados pelo disputante.
2. O mediador pode negociar uma abordagem de procedimento para a disputa, em que as partes concordem em começar as negociações ao mesmo tempo em que conservam o seu direito de escolher outras abordagens ou âmbitos de resolução de disputa, incluindo a continuação das hostilidades.
3. O mediador pode iniciar as negociações com um número menor de participantes, na esperança de que as outras possam ser posteriormente convencidas a se unir a elas, ou sejam impelidas a se unir por um medo de que se chegue a um acordo sem a sua participação.
4. O mediador pode obter um compromisso experimental para explorar a negociação ou mediação através de uma conferência de pré-negociação. Esta conferência pode ter como seu objetivo o ajuste ou a barganha de um procedimento mútuo cooperativo de administração de conflitos.
5. O mediador pode continuar se esforçando para persuadir as partes a iniciarem as negociações.
6. O mediador pode procurar partes secundárias que possam conseguir encorajar os disputantes principais a experimentarem a negociação¹⁰.

Diante do exposto, deve-se destacar que é fundamental que o mediador faça a coleta de dados junto aos disputantes e analise o conflito para que seja então possível identificar os interesses relevantes e os desacordos, a fim de chegar na solução do conflito.

Assim, os métodos de coleta de dados mais utilizados são: (i) a observação direta, na

¹⁰ Ibidem. p. 106.

qual o mediador analisa o comportamento dos indivíduos em separado e dentro dos grupos com suas devidas interações; (ii) a consulta de fontes secundárias, que consiste na análise de materiais que forneçam informações sobre a disputa, sem haver a observação direta ou entrevistas; (iii) a entrevista, que pode ser usada apenas como uma forma de coletar informações relevantes ou para convencer as partes a adotar um determinado procedimento ou conseguir um resultado desejável.

Portanto, a postura do entrevistador será fundamental para obtenção de material necessário, buscando sempre uma identificação com as partes, seja pelo modo de se vestir, de se expressar ou pelo comportamento, fazendo com que esta sinta confiança suficiente para fornecer as informações relevantes.

No caso de haver um conflito com muitos disputantes, pode se fazer necessário identificar as pessoas com maior expressividade dentro da disputa para realizar a coleta de dados, sendo uma abordagem baseada nas posições, pois foca nas pessoas que ocupam posições-chave na disputa.

A abordagem baseada nas posições (Jennings, 1964; D'Antonio, Loomis, Form, Erickson, 1961), identifica as principais instituições ou organizações formais envolvidas e enfoca as pessoas que nelas ocupam posições-chave. O principal executivo de uma companhia, os membros de uma comissão municipal ou o presidente eleito de um grupo de interesse público ocupam posições de autoridade. O pressuposto dessa abordagem é de que as pessoas que ocupam posições-chaves formais de autoridade nas instituições ou organizações envolvidas em uma disputa são as que irão tomar decisões sobre como o conflito será tratado e resolvido. Em muitos casos, isto pode ser verdade, embora aqueles que detêm o poder devido à sua posição possam não ter autoridade para decidir qualquer questão. Os líderes formais de instituições sociais, econômicas e políticas podem não ser tão importantes quanto um indivíduo sem uma posição formal que seja capaz de mobilizar um grupo de simpatizantes, tomar uma decisão técnica ou iniciar um processo judicial.¹¹

Outra forma de identificação das pessoas importantes a serem entrevistadas é através de grupos de informantes confiáveis, que indicarão as pessoas que são peças-chaves, sendo esses nomes cruzados e os que mais se repetirem definirão as que serão entrevistadas, tendo, portanto, um método baseado na reputação.

Por fim, há a abordagem baseada na tomada de decisões, em que se analisa quem dentro de um determinado grupo tem sido responsável por tomar decisões importantes em casos

¹¹ Ibidem. p. 111-112.

parecidos com o do conflito. Assim, o mediador deverá analisar decisões anteriores e verificar as partes que estiveram envolvidas nelas para solucionar o conflito.

O pressuposto é de que algumas pessoas têm maior probabilidade de ser repetidamente envolvidas no mesmo tipo de problema. Este método depende da capacidade do mediador para rever decisões anteriores e identificar as pessoas que tomaram parte nelas. Concentra-se naqueles participantes do conflito, nos processos que usaram no passado para influenciar as decisões e no desenvolvimento que tiveram os relacionamentos em conflito no decorrer do tempo.¹²

Logo, após identificar os principais atores de cada disputa, o mediador deve desenvolver uma estratégia e sequência para entrevistar essas pessoas, visando garantir que seja obtida a maior quantidade de informação possível nas entrevistas.

Destaca-se ainda que os mediadores podem usar certas estratégias de motivação para obter informações, como¹³:

- Explicar a importância e o valor dos dados para o processo de mediação, de forma que o disputante sinta que pode dar uma contribuição genuína para uma mudança positiva.
- Enfatizar a necessidade de ouvir todas as opiniões, especialmente as do entrevistado.
- Explicar os benefícios da participação.
- Responder perguntas que possam diminuir a resistência à participação.
- Demonstrar um interesse pessoal positivo pelas preocupações, problemas ou pontos de vista do disputante.

Assim sendo, nas entrevistas de coleta de informações, o mediador poderá focar em determinados pontos que deseja obter mais detalhes, de acordo com os dados fornecidos pelas fontes secundárias ou então deixar que o entrevistado apresente seu ponto de vista da situação, ou seja, é uma entrevista exploratória que se torna mais específica a partir dessa explanação pessoal.

Vale ressaltar que existem vantagens e desvantagens sobre a realização de entrevistas com focos específicos, conforme demonstrado por Christopher W. Moore¹⁴:

As vantagens das entrevistas com focos específicos incluem:

- A capacidade do mediador para se concentrar em questões que são profundamente relevantes.

¹² Ibidem. p. 112.

¹³ Ibidem. p. 115.

¹⁴ Ibidem. p. 116.

- Maior facilidade para filtrar informações alheias ou irrelevantes.
- Capacidade para obter as informações mais úteis no menor espaço de tempo possível.

As maiores desvantagens são:

- O mediador pode distorcer a informação recebida, encorajando o disputante a dar as respostas que ele acredita que o entrevistador deseja.
- O mediador pode prender informações valiosas que o participante teria revelado se o questionamento tivesse sido mais abrangente.
- A concepção que o mediador tem do conflito – ao invés da do participante – pode se tornar o enquadre dominante para a definição da disputa.

Ressalta-se ainda que existem dois tipos de entrevistas para coletar dados relevantes para a disputa: (i) as estruturadas, nas quais são coletados os mesmos tipos de informação de cada uma das partes, permitindo comparar as respostas; e (ii) as não-estruturadas, nas quais não se faz necessário obter o mesmo tipo de informação dos disputantes e na qual a troca de informações é mais livre, mais aberta.

Nesse sentido, o entrevistador poderá utilizar-se de perguntas fechadas, nas quais o entrevistado responderá com sim ou não, direcionando o foco para um determinado aspecto, ou perguntas abertas, que permitem ao entrevistador obter uma gama maior de informações, como a percepção da parte sobre o assunto.

É fundamental também que o entrevistador tome nota das informações obtidas, de forma a garantir que em momento posterior, ao realizar essa leitura seja possível resgatar as emoções e interesses envolvidos. Porém, deve-se sempre solicitar autorização prévia da parte para registrar os dados fornecidos, em observância ao princípio da confidencialidade.

Vale destacar que nem sempre a coleta de dados será realizada por apenas um negociador, pois em alguns casos, devido à urgência da demanda ou ao grande número de pessoas envolvidas, se faz necessário que diversos negociadores atuem em conjunto.

Após coletar os dados, os mediadores passam para parte mais importante do processo, que é a interpretação dos dados. Nesta etapa, é preciso separar “as causas realistas” e “as irrealistas” do conflito elencadas abaixo:

As causas irrealistas de um conflito incluem:

- Emoções fortes não baseadas na realidade objetiva.
- Percepções erradas sobre as motivações das outras partes.
- Estereótipos.

- Erro na comunicação.
- Comportamento repetitivo improdutivo que afeta negativamente outra parte.
- Tentativas para forçar um acordo sobre valores quando essa concordância não é necessária.
- Confusão sobre os dados.
- Comportamento competitivo induzido por percepção errada de que os interesses são mutuamente excludentes.

As causas genuínas de um conflito incluem:

- Desacordos reais sobre que dados são importantes ou como eles são coletados ou avaliados.
- Interesses fundamentais, processuais e psicológicos realmente competitivos.
- Restrições estruturais das partes, tais como papéis em competição ou poder ou autoridade desiguais.
- Padrões de comportamento destrutivos causados por forças externas como restrições de tempo ou ambiente.
- Sistemas de valores diferentes difíceis de conciliar, mas que precisam ser tratados para se conseguir o acordo¹⁵.

Somente após a análise desses dados coletados, o mediador irá traçar a estratégia a ser adotada, ressaltando-se que, na maioria das vezes, os dados coletados não são compartilhados com as partes, mas pode ocorrer de o mediador apresentar um relatório conjunto, constando os pontos em que as partes concordam e aqueles que precisam ser superados.

Em seguida, é importante selecionar quem serão os participantes que farão parte da negociação, devendo-se considerar os seguintes critérios :

- Têm o poder ou a autoridade para tomar uma decisão.
- Têm a capacidade, se não estiverem envolvidos, de inverter ou prejudicar um acordo negociado.
- Conhecem e compreendem as questões em disputa.
- Têm habilidades para a negociação.
- Têm controle sobre suas emoções.
- São aceitos pelas outras partes.
- Têm demonstrado compromisso ou estão dispostos a se comprometer na barganha de boa-fé.
- Têm o respaldo e o apoio de seus constituintes.¹⁶

É possível também que as partes solicitem a presença de amigos, testemunhas e partes secundárias nas negociações, cabendo ao mediador aceitar ou não, de acordo com o tipo de disputa e interesses envolvidos. A vantagem na presença dessas pessoas é que elas podem ser utilizadas para criar alternativas à solução do conflito e até mesmo para garantir o reconhecimento do acordo e a sua implementação.

¹⁵ Ibidem. p. 126.

¹⁶ Ibidem. p. 131.

Ademais, é comum ainda que solicitem a presença de pessoas com habilidades especializadas para auxiliar nas negociações, como advogados, que podem ser usados como conselheiros, um estrategista ou mesmo um negociador substituto, e terapeutas para proporcionarem um apoio emocional aos disputantes.

Por conseguinte, antes de iniciar as negociações é fundamental definir o local em que os encontros serão realizados, devendo buscar, preferencialmente, um ambiente neutro, em que as partes não tenham qualquer identificação emocional ou influência de poder, ficando em condição de igualdade, além de ser local privado, de modo que se garanta o sigilo de tudo que é tratado com cada parte individualmente.

Assim, ao traçar um plano de mediação, é necessário que o mediador:

“[...] identifique questões e interesses com os quais os disputantes estão preocupados, o destaque ou a importância dessas questões e interesses, e as opções potenciais de acordo. Antecipar estes componentes de uma disputa permite ao mediador traçar um plano de procedimento efetivo, mas não um acordo de mediação específico.”¹⁷

Normalmente, uma das primeiras negociações a serem realizadas diz respeito às diretrizes comportamentais, que costumam ser propostas pelo mediador, mas precisam ser aceitas pelas partes para que não seja criada uma lógica de autoridade do mediador em relação aos disputantes. Essas diretrizes incluem:

- Acordo sobre a ordem em que as partes irão falar.
- Regras sobre como os desacordos sobre os dados serão tratados.
- Acordo sobre o uso do tempo para a sessão ou as sessões de negociação.
- Acordos sobre os observadores e as testemunhas.
- Regras que evitam acusações ou declarações caluniosas.
- Regras em relação a interrupções.
- Procedimentos para os intervalos.
- Procedimentos para iniciar as reuniões particulares ou encontros privados¹⁸.

A partir de então é criado um plano para as primeiras negociações conjuntas, no qual o mediador segue as seguintes etapas:

1. Reúne os itens mais relevantes da agenda dos disputantes;

¹⁷ Ibidem. p. 139.

¹⁸ Ibidem. p. 141.

2. Esclarece os resultados desejados pelas partes no que diz respeito a cada item, analisando quais precisam de troca de informação, discussão e os que requerem uma decisão;

3. Separa os itens por grau de prioridade, identificando aqueles que podem ser analisados em uma sessão posterior;

4. Estima o tempo médio em que o objetivo de cada item será atingido para que possa estabelecer os intervalos a serem realizados;

5. Organiza os itens de acordo com o seu grau de dificuldade de solução, analisando primeiro os de maior complexidade;

6. Trabalha primeiramente o item que o mediador prevê que não leve muito tempo para se chegar a um acordo, pois ao obter sucesso rapidamente no início das negociações aumenta a confiança e o interesse dos disputantes no processo de mediação;

7. A partir disso já pode abordar um tema mais complexo, que leve mais tempo para ser solucionado, visto que ao obter sucesso na resolução do primeiro item os disputantes se encontram mais preparados para trabalhar com as questões mais complexas;

8. Daí por diante os itens podem ser intercalados entre seus graus de complexidade, fazendo com que as partes tenham a sensação de estarem progredindo nas negociações;

9. Reserva-se algum tempo para analisar as questões que serão tratadas em um encontro futuro, bem como a forma com que as negociações serão conduzidas a partir de então.

Normalmente, as negociações são iniciadas a partir do enfoque nas questões essenciais da disputa, podendo ser feita a partir das seguintes combinações: focalização na história, na necessidade e na posição; focalização nas questões; focalização no mérito; focalização nos interesses; e focalização na posição não negociável.

Há ainda uma forma não tão comum de iniciar as negociações, que é através discussão acerca das medidas processuais a serem adotadas para solucionar o conflito, destacando

Christopher W. Moore¹⁹ as seguintes vantagens de iniciar a negociação com essa abordagem:

- Proporciona uma sequência conjuntamente desenvolvida para a negociação, com a qual todas as partes estão comprometidas.
- Permite que as partes pratiquem as tomadas de decisão como uma equipe.
- Proporciona informações sobre o comportamento, as atitudes e a confiabilidade das outras partes.
- Permite às partes praticar a realização de acordos sobre problemas que não são essencialmente importantes nem portadores de uma carga emocional tão grande quanto as questões em disputa.
- Proporciona uma oportunidade de construir “hábitos” de realização de acordos.
- Demonstra que o acordo é possível e que a situação não é sem esperança.

Entretanto, o tipo de abordagem para abertura da negociação irá depender de alguns fatores como:

“[...] tipo de disputa; da capacidade dos disputantes de concentrarem-se nas questões essenciais; do nível de intensidade emocional dos disputantes; do grau de controle que os disputantes deram ao mediador para planejar e regulamentar o processo de encontro; das pressões internas e externas colocadas sobre os negociadores para estabelecerem rapidamente o acordo.”²⁰.

Cabe ressaltar, que um importante componente da mediação, que auxilia o mediador a minimizar conflitos desnecessários e a construir um relacionamento psicológico positivo com as partes é a conciliação, definida como:

[...] uma tática psicológica aplicada que visa corrigir as percepções, reduzir medos irracionais e melhorar a comunicação a tal ponto que permita a ocorrência de uma discussão razoável e, na verdade, possibilita a negociação racional. A conciliação é o componente psicológico da mediação, em que a terceira parte tenta criar uma atmosfera de confiança e cooperação que promova relacionamentos positivos e conduza às negociações.²¹

Contudo, é possível que surjam cinco tipos de problemas que podem atrapalhar as negociações, que são: (i) as emoções fortes; (ii) as percepções erradas ou estereótipos empregados por uma ou mais partes em relação à outra ou sobre as questões em disputa; (iii) os problemas de legitimidade; (iv) a falta de confiança; e (v) a comunicação deficiente.

No que se refere às emoções fortes, “para um mediador ajudar as partes a alcançarem

¹⁹ Ibidem. p. 181.

²⁰ Ibidem. p. 183.

²¹ Ibidem. p. 145.

uma solução satisfatória para todos, ele deve trabalhar para pelo menos minimizar ou neutralizar os efeitos das emoções positivas e, se possível, criar sentimentos positivos entre os disputantes.”²²

Se após esse primeiro processo de comunicação entre o mediador e as partes restar satisfatório, deverá ser elaborada uma agenda com os assuntos a serem discutidos, normalmente baseada no interesse das partes, ocorrendo uma transição no estágio da negociação.

Contudo, nem sempre as partes conseguem identificar quais são os seus interesses que estão envolvidos na disputa, seja pela influência de pessoas externas, pela lei ou tradição.

Uma segunda razão dos interesses serem difíceis de identificar é que os negociadores em geral os ocultam intencionalmente. Esta estratégia é em geral usada pelas partes, com a expectativa de que possa resultar em maiores ganhos ou melhores resultados nas negociações. As partes muitas vezes veem os interesses, e o grau em que são satisfeitos, em termos de posições ao longo de um contínuo de opções. Alguns resultados particulares são mais satisfatórios ou satisfazem mais necessidades do que outros. Por isso, cada parte oculta seus interesses reais no contínuo de possíveis opções de acordo como um meio de estimular o maior número de concessões por parte de um oponente. Nenhuma parte deseja publicamente apresentar seus reais interesses ou o ponto específico no contínuo da barganha em que ele está disposto a realizar o acordo, por temer receber menos do que poderia se suas necessidades reais permanecessem desconhecidas²³.

Outra razão que justifica a dificuldade de identificar os interesses é que, quando as partes estão em uma disputa muito acirrada, elas tendem a associar a satisfação de um interesse com uma determinada posição na disputa, gerando um grande desafio para o mediador conseguir obter uma solução para o conflito.

Por fim, pode-se destacar a falta de conhecimento acerca do que realmente são os interesses, ou seja, as partes não estão habituadas a pensar sobre esse procedimento, então tem certa dificuldade para identificá-los e discutir sobre eles.

Desse modo, os mediadores poderão utilizar-se de procedimentos diretos e indiretos para identificar os interesses das partes em conflito, nos quais os procedimentos indiretos são mais discretos, normalmente adotados quando as partes apresentam uma abordagem baseada nas

²² Ibidem. p. 146.

²³ Ibidem. p. 204.

posições, quando assumem uma posição rígida no conflito ou ainda quando as partes não têm segurança suficiente sobre os seus interesses. Já os procedimentos diretos são aplicados para tentar evitar que as partes adotem a barganha baseada nas posições.

Além disso, é fundamental que os mediadores desenvolvam juntamente com as partes disputantes diversas opções de acordo, com o objetivo de obter uma solução favorável para ambas, sendo quatro os procedimentos para gerar opções de acordo, conforme abaixo listado:

1. Desenvolvimento de uma consciência de necessidade de buscar opções: normalmente, as partes iniciam as negociações com a ideia de que já sabem a melhor solução para o conflito, tentando convencer ou até coagir a outra parte a concordar com essa opção, devendo o mediador buscar juntamente com as partes acordos a partir do estímulo a uma consciência de que é necessário haver múltiplas opções até que se defina a solução final.

2. Desligamento das partes de posições inaceitáveis: aqui os mediadores devem analisar a melhor forma de incentivar a parte a aceitar outras opções, podendo valer-se de meios psicológicos, processuais ou estimulando a redução do compromisso com a posição assumida.

3. Estratégias para a geração de opções

O foco do procedimento de geração de opções depende da maneira como a questão é definida, do tipo de solução desejada e da maneira como a geração de opções se adapta à estratégia geral para se chegar a um acordo. As opções de acordo podem ser geradas com respeito a uma questão específica que é meramente um componente de uma questão mais ampla, ou em relação a um princípio geral²⁴.

4. Procedimentos gerais para geração de opções: aqui o mediador irá gerar opções para as partes, podendo valer-se de duas formas gerais de abordagem, que é a barganha baseada nas posições e contraposições ou a barganha baseada no interesse das partes.

No que se refere à identificação de um campo de acordo aceitável pelas partes, o autor traz o seguinte entendimento:

[...] os mediadores devem tentar conscientizar as partes de que elas alcançaram uma extensão do acordo, questionando-as indiretamente sobre até que ponto seus

²⁴ Ibidem. p. 217.

interesses ou necessidades podem ser satisfeitos pelas soluções disponíveis. Os mediadores podem também perguntar em reuniões privadas se uma parte está disposta a perder uma das opções disponíveis em consequência de um impasse. Se a parte responde que não está disposta a correr o risco do impasse, o mediador sabe que a parte chegou a um ponto igual ou melhor do que o seu ponto de resistência. A parte deslocou-se para uma extensão de opções aceitável. O mesmo procedimento é então repetido com as outras partes, em geral em reuniões privadas. Uma vez que o mediador identifica que foi alcançada uma extensão de acordo aceitável, ele pode privadamente – ou, às vezes, publicamente – anunciar às partes que há condições de acordo.²⁵

Partindo para a negociação final, existem quatro tipos de barganha que o mediador pode se utilizar para solucionar o conflito, listadas abaixo:

1. A convergência incremental, na qual as partes fazem concessões porporcionais de barganha até atingirem uma posição de compromisso satisfatório para ambas, podendo ainda concentrar as concessões a uma única questão ou vincular as questões a um equilíbrio entre as perdas e benefícios;

2. Um adiamento no acordo e depois avançar diretamente para um acordo em pacote, que ocorre quando os negociadores buscam uma estratégia mais rígida para instruir um oponente sobre um princípio ou os negociadores valem-se da pressão em relação ao prazo para forçar um acordo ou todas as opções são igualmente aceitáveis (ou inaceitáveis) e nenhuma proposta tem mérito superior;

3. O desenvolvimento de uma fórmula consensual, na qual o negociador desenvolve vários pacotes que vão aperfeiçoando e modificando as propostas;

4. Procedimentos para se conseguir realizar acordos, nos quais as partes tomam decisões sem resolver diretamente a disputa.

Para isso, é fundamental que os mediadores estabeleçam prazos, o que normalmente melhora o resultado da negociação. Esses prazos podem ser definidos pelas partes ou estabelecidos por partes interessadas, autoridades ou acontecimentos externos, ressaltando que deve ser estebelecido pelo mediador o limite de tempo para cada negociação.

²⁵ Ibidem. p. 242.

Desse modo, ao chegar ao estágio final da mediação, é relevante que os disputantes formalizem o acordo, por meio de um documento, prevendo todas as condições do acordo de forma bem clara, sendo possível até mesmo estabelecer sanção para a hipótese de descumprimento de qualquer item e também que planejem um procedimento de implementação e monitoração.

Salienta-se que a implementação refere-se aos passos processuais realizados pelos disputantes ou mediadores para operacionalizar um acordo e encerrar uma disputa, levando-se em consideração os seguintes fatores:

1. Um acordo consensual sobre critérios usados para avaliar um cumprimento bem-sucedido.
2. Os passos gerais e específicos requeridos para se implementar a decisão.
3. Identificação das pessoas que têm poder para influenciar as mudanças necessárias.
4. Uma estrutura organizacional (se for o caso) para implementar o acordo.
5. Cláusulas que irão acomodar tanto as futuras mudanças nos termos do acordo quanto as mudanças nas próprias partes disputantes.
6. Procedimentos para lidar com problemas inesperados ou imprevistos, ou violação do acordo que podem surgir durante a implementação.
7. Métodos para monitorar o cumprimento, assim como a identidade do monitor (ou monitores).
8. Determinação do papel do monitor (por exemplo, denunciador ou disciplinador).²⁶

Insta ressaltar que é de suma importância uma implementação eficiente no que se refere aos seus custos, a simplicidade e detalhamento para ser facilmente compreendida e evitar lacunas, além de ser realista em suas exigências ou em suas expectativas em relação às partes.

Deve-se apontar ainda que os mediadores podem utilizar-se de diferentes formas de influência para direcionar as partes a chegarem ao acordo, como: a condução do processo de mediação; a forma de comunicação entre as partes; o ambiente físico e as negociações; o tempo das negociações; as informações trocadas entre os envolvidos; a inclusão de associados das partes, especialistas e autoridade; os hábitos dos disputantes; as dúvidas das partes; as recompensas ou benefícios e o uso influência coercitiva.

Outro ponto a ser destacado é a possibilidade de existência de relações de poderes entre as partes, que podem ocorrer de duas formas: simétrica, quando estão em igual nível de

²⁶ Ibidem. p. 265.

influência, sendo mais cooperativas e estando mais sensíveis à mediação, ou assimétrica, quando uma parte possui mais influência e poder que a outra.

Assim, quando os disputantes escolhem uma equipe de negociação, é necessário que o mediador analise e avalie cuidadosamente a dinâmica fundamental do grupo, os interesses individuais e coletivos, os padrões de comportamento pessoal e a forma de tomar decisão em equipe.

Em razão disso, existem três tipos de negociações de equipe: (i) a negociação bilateral, que ocorre quando há dois lados e a comunicação ocorre entre os porta-vozes dos dois grupos; (ii) a negociação conciliatória unilateral, que é iniciada por um membro de uma equipe que tem algum interesse comum ou vínculo com um membro de outra equipe, objetivando encontrar uma solução que satisfaça ambas as partes; e (iii) a negociação unilateral investida de interesse, que é motivada por uma intenção de ganho pessoal por parte do negociador.

Superada essa etapa de detalhamento da atuação do mediador, suas ações e os procedimentos a serem seguidos, é importante evidenciar que há um código de ética²⁷ adotado pelos mediadores, destacando as seguintes responsabilidades em relação às partes:

1. Uma obrigação de permanecer imparcial e manter-se “livre de favoritismo ou inclinação por palavras ou ações, e um compromisso de servir todas as partes e não apenas uma parte”.
2. Garantia de que o consentimento foi informado, assegurando que os participantes compreenderam a “natureza do processo, os procedimentos, o papel específico da pessoa neutra e o relacionamento das partes com a pessoa neutra”.
3. Revelação dos limites de confidencialidade e um compromisso de manter as confidências já reveladas.
4. Evitar o conflito de interesses ou seu surgimento.
5. Implementação do processo de uma maneira adequada
6. Ajuda na condução de um processo e um acordo que as partes considerarão como seus, e em que a pessoa neutra “não tem interesse investido”.

Além disso, destaca-se que há todo um preparo dos mediadores, através de uma metodologia de ensino especializada para que estes estejam aptos a desenvolverem sua função, por meio de:

[...]conferências sobre vários tópicos, exercícios de análise de conflitos para desenvolver a capacidade para compreender as causas e a dinâmica das disputas, simulações de negociação para ensinar a dinâmica e os procedimentos da defesa, demonstrações de mediação por treinadores para exemplificar abordagens e

²⁷ Ibidem. p. 306.

habilidades, sessões de planejamento de estratégia para mostrar como as intervenções são planejadas e implementadas, sessões de demonstrações e prática sobre o processo das reuniões privadas, apresentações de estudo de caso por treinadores e iniciantes para explorar a dinâmica da ampliação e da resolução do conflito, apresentações e sessões práticas de exercícios de co-mediação, discussões para explorar as formas e exercitar a influência e poder das partes e dos mediadores, problemas de decisão rápida ou role-plays para ajudar os iniciantes a aprenderem a pensarem sozinhos e responderem a problemas imprevistos; várias simulações de duas partes e de muitas partes (se for o caso), discussões e apresentação de problemas éticos no suposto campo de prática.²⁸

Diante de todo o exposto, podemos concluir que para a mediação ser adotada de forma mais ampla é necessário que o público tenha mais informação sobre a disponibilidade da mediação e a sua capacidade de lidar com problemas recorrentes do dia-a-dia.

Ademais, reforçamos o entendimento sobre a necessidade de realizar mais pesquisas sobre os formatos, procedimentos, estratégias e técnicas de mediação, de modo a tornar o procedimento cada vez mais eficiente.

Por fim, ressalta-se ser fundamental que haja o desenvolvimento de recursos que promovam o crescimento das organizações e agências de mediação tanto no setor privado quanto no público, possibilitando que a mediação se torne cada vez mais acessível a toda população, tendo como consequência a redução da judicialização.

Assim, apresentada a teoria da mediação sob a perspectiva de Christopher W. Moore, iniciaremos a análise do conceito, características, técnicas de aplicação, contexto histórico e a base normativa atual do referido instituto no Direito Brasileiro.

²⁸ Ibidem. p. 312.

2. A MEDIAÇÃO NO BRASIL

2.1. Conceito de mediação

Não se tem aqui, nos limites deste trabalho, a investigação de como foram os debates e os estudos para a elaboração relativa a mediação de conflitos no chamado “novo código de processo civil. Embora o velho código de processo civil, já incentivasse mecanismos de autocomposição e incentivasse que as partes pudessem fazer acordo em qualquer momento processual, foi só recentemente que uma lei infraconstitucional com a envergadura do CPC assimilou, timidamente, a lógica da mediação mais ou menos resumida no capítulo anterior. A dogmática de processo civil, acostumada ao processo jurisdicional tradicional, parece não aprofundar o tema para além da descrição normativa.

Nota-se que a Lei 13.140/2015, em seu art. 1º, parágrafo único²⁹, define a mediação da seguinte forma:

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.

A lei processual parece ter absorvido a ideia que Christopher W. Moore apresenta acima de valorizar o “mediador independente” em detrimento dos “mediadores de rede social” ou com autoridade investida em si mesmo. Entretanto, como ilustração de que a dogmática de direito processual se limita a descrever o conceito normativo sem questionar o que a ele subjaz, pode-se reproduzir na afirmação de Daniel Amorim Assunção Neves, na qual a mediação é a “forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício das partes, o que é suficiente para ser considerada espécie de forma consensual de conflito”³⁰.

Entretanto, há *insights* de alguns autores do campo da processualística e prática jurídica que já vinculam o processo da mediação como algo que vai além de um alternativo meio de solução de controvérsias de interesses. Assume-se que se trata de um método que busca o consenso através do diálogo e da facilitação das potencialidades comunicativas entre as partes.

²⁹ Lei n. 13.140/2015, art. 1º, § único.

³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil: Volume único - 9. ed. Editora Juspodivm:2017, p. 64.

Note-se como o entendimento de Fernanda Tartuce³¹ já avança um pouco mais em relação a uma mera descrição normativa, *in verbis*:

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

Observa-se que, embora já intua as questões relativas a uma necessidade de ampliação dos horizontes em relação à “situação controvertida” e se posicione sobre o processo de mediação como constituinte de “saídas produtivas” para os próprios impasses. Aqui parece evitar a palavra conflito e não se alcança, como na obra de Christopher W. Moore, a importância que a negociação tem para este método.

Por outro lado, destaca ainda Águida Arruda Barbosa³², ampliando o sentido da própria norma ao ver a mediação como método, teoricamente embasado, e não como mera técnica, não tem receio de associar o processo de mediação ao universo de “transformação” do conflito e diz que a mediação constitui:

[...] um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos.

Nota-se também que o autor não compreende a “negociação” como um componente catalizador do processo de mediação. Voltemos a descrição normativa, pois são raras as posições na doutrina processual tradicional que ultrapassam este horizonte descritivo.

Mas a lei brasileira não estava totalmente alienada do “papel do mediador”. Em termos de mediação, parece optar pelo mediador independente com capacidade de comunicação e capaz de apostar no jogo ganhador-ganhador capaz de gerar benefícios para ambas as partes. Mais uma vez a negociação não aparece de modo expresso, mas se insinua implicitamente como “transação” de interesses. Senão vejamos o que diz o parágrafo 3º, do art. 165 do Código de Processo Civil, dispõe sobre a atuação do mediador:

³¹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 203.

³² BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar, cit., p. 54.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.³³

Insta salientar, que de acordo com a disposição do artigo 3º da Lei 13.140/2015³⁴, a mediação só poderá ser adotada quando os conflitos versem sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação. Note-se, também, que não se fala de “método alternativo” ou “solução alternativa”, mas sim “soluções consensuais”.

O parágrafo segundo do dispositivo acima mencionado destaca ainda a necessidade de homologação em juízo, quando firmado o consenso entre as partes que envolverem direitos indisponíveis, porém transigíveis, exigindo-se que haja a oitiva do Ministério Público.

Portanto, a mediação será pautada na atuação de um terceiro imparcial, o mediador, que irá adotar as técnicas necessárias para proporcionar o diálogo entre as partes em disputa, de modo que estas consigam, por si só e de forma voluntária, solucionar o conflito ou, pelo menos, garantir uma relação futura positiva.

Cabe destacar que o mediador não tem o papel de sugerir, decidir ou julgar o caso em questão, ele atuará apenas como um facilitador da comunicação entre partes, que serão as responsáveis por construir de forma conjunta a melhor solução para o conflito.

Assim, é fundamental que o mediador seja totalmente isento e devidamente capacitado para promover o diálogo entre os disputantes, de modo que os próprios envolvidos na disputa consigam conduzir a questão.

Além disso, a preservação do relacionamento entre as partes é crucial, pois a ocorrência de uma experiência anterior de mediação bem-sucedida possibilita que em divergências que possam vir a ocorrer posteriormente as partes já disponham de uma boa comunicação, que facilitará o entendimento.

³³ Lei n. 13.105/2015, art. 165, § 3º.

³⁴ Lei 13.140/2015, art. 3º: “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.”

Por isso é tão importante que as partes solucionem o conflito de forma conjunta, através do diálogo, pois assim conseguem atingir uma solução satisfatória para ambas.

Desse modo, o processo de mediação dar-se-á em duas diferentes modalidades: judicial ou extrajudicial, ficando sempre a critério das partes disputantes decidir qual a via mais adequada para o solucionar o conflito em questão.

A mediação extrajudicial é aquela realizada por instituições especializadas no assunto ou por mediadores independentes, ou seja, sem que seus componentes façam parte de quadros jurisdicionais, sendo uma alternativa para a redução de custos e tempo na solução dos conflitos.

Cabe ressaltar que a mediação extrajudicial pode ser realizada por qualquer pessoa de confiança das partes, que não possua qualquer vínculo com uma entidade mediadora, sendo, portanto, chamada de mediação independente.

A Lei de Mediação³⁵, em seu artigo 9º, detalha quem pode ser mediador extrajudicial:

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Por outro lado, as partes podem optar por realizar a mediação institucional, que será realizada em um centro ou associação mediadora, onde o mediador será pessoa devidamente capacitada para atuar junto às partes na solução do conflito.

Importante ressaltar que para atuar como mediador extrajudicial são necessários três requisitos essenciais, quais sejam: a capacidade de direito, a confiança das partes e a capacitação para atuar em mediação.

No âmbito da mediação extrajudicial, destaca-se ainda a existência da mediação comunitária (que é uma forma de mediação realizada através de mediador por rede social nos termos de Christopher W. Moore), por meio da qual se pretende levar aos bairros periféricos

³⁵ Lei n. 13.140/2015, art. 9º.

a conscientização sobre os direitos que possuem e possibilitar a solução de conflitos, utilizando-se de um viés participativo da comunidade e valendo-se da oralidade, de forma bem simples e informal, com o objetivo de aproximar o cidadão da justiça. Fernanda Tartuce³⁶ pontua que a “mediação comunitária no Brasil costuma ser realizada por instituições e mediadores autônomos; eventual acordo ali entabulado pode ser configurado de forma tal a receber o caráter de título executivo extrajudicial ou mesmo ser homologado em juízo para constituir título executivo judicial.”.

Por outro lado, conforme previsão expressa no artigo 10 da Lei 13.140/15³⁷, as partes têm a faculdade de serem assistidas por advogados ou defensores públicos. Contudo, se apenas uma das partes comparecer acompanhada de advogado ou defensor público, a sessão será suspensa pelo mediador até que todas as partes se encontrem devidamente assistida.

No que se refere à mediação na modalidade judicial, esta dar-se-á quando for realizada no curso de uma demanda, por mediador judicial devidamente habilitado e cadastrado no Tribunal em que a causa está sendo processada, a ser designado pelo juiz da causa ou indicado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

O artigo 11 da Lei 13.140/15³⁸ estabelece os requisitos para atuar como mediador judicial, *in verbis*:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM - ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Observa-se que, diferentemente da mediação extrajudicial, aqui é preciso que o mediador seja graduado em qualquer área pelo período mínimo de dois anos, bem como ter realizado a capacitação para atuar como mediador em órgão reconhecido e estar devidamente

³⁶ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 314.

³⁷ Lei n. 13.140/2015, art. 10: “As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.”.

³⁸ Lei n. 13.140/2015, art. 11.

cadastrado para desempenhar a função.

Nota-se que é necessário haver um cadastro duplo do mediador, de acordo com o artigo 12 da Lei de Mediação³⁹, sendo um nacional e o outro local, juntamente ao Tribunal ou Câmara da localidade onde o mediador pretende atuar.

Importante ressaltar ainda que o mediador para o pleno exercício da sua função “deve ser paciente, sensível, despido de preconceitos e hábil para formular perguntas pertinentes aos envolvidos no conflito de modo a proporcionar espaço para a reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições.”⁴⁰

Além disso, é possível ainda que haja a mediação, ou seja, a atuação de mais de um mediador em uma mesma demanda, que, segundo André Gomma de Azevedo⁴¹ tem por objetivo:

- i) permitir que as habilidades e experiência de dois ou mais mediadores sejam canalizadas para a realização dos propósitos da mediação, entre as quais a resolução da disputa; ii) oferecer mediadores com perfis culturais ou gêneros distintos, de modo que as partes sintam menor probabilidade de parcialidade e interpretações tendenciosas por parte dos terceiros neutros; iii) treinamento supervisionado de mediadores aprendizes.

A adoção da mediação poderá ser sugerida pelo juiz da causa ou pelo coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, por desejo das partes ou ainda por solicitação do mediador que está atuando no conflito.

O artigo 167, § 3º do Código de Processo Civil⁴² prevê ainda a necessidade de constarem no cadastro dos mediadores os seguintes dados: número de causas que atuou, se a atuação resultou em sucesso ou insucesso, sobre qual a matéria da disputa e qualquer outra informação que o Tribunal ou Câmara julgar de relevante importância.

³⁹ Lei n. 13.140/2015, art. 12: “Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial. § 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação. § 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.”

⁴⁰ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 302.

⁴¹ AZEVEDO, André Gomma de (org.). Manual de mediação judicial. 5. ed. Brasília/DF: CNJ, 2015, p. 136.

⁴² Lei n. 13.105/2015, art. 167, § 3º: “§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.”

O parágrafo seguinte⁴³ do mesmo artigo estabelece a determinação de que os Tribunais ou Câmaras publiquem e classifiquem pelo menos uma vez ao ano os dados relacionados à atuação dos mediadores, visando dar publicidade à população e também para possibilitar que sejam feitas estatísticas e avaliações sobre os procedimentos realizados.

No que tange à remuneração a ser recebida pelo mediador, na mediação privada será realizada a partir da contabilização das horas trabalhadas, acrescida de uma taxa de manutenção da câmara de mediação onde serão realizadas as sessões, devendo este valor ser desembolsados pelas partes.

Cabe destacar que como há a preocupação em atender também as demandas dos hipossuficientes econômicos, as câmaras privadas atuam de forma gratuita em alguns casos, conforme previsão do artigo 169, § 2º do CPC⁴⁴:

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6o, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

[...]

§ 2o Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

O *caput* do artigo acima mencionado prevê que os mediadores judiciais serão remunerados de acordo com a tabela fixa do Tribunal no qual estejam cadastrados, sendo custeado também pelas partes e assegurando a gratuidade do procedimento para os beneficiários da justiça gratuita.

Destaca-se ainda a vedação prevista no Código de Processo Civil do mediador, quando for advogado, exercer a advocacia no juízo em que atue, de acordo com o artigo 167, § 5º:

⁴³ Lei n. 13.105/2015, art. 167, § 4º: § 4o Os dados colhidos na forma do § 3o serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores..

⁴⁴ Lei n. 13.105/2015, art. 169, §2º.

§ 5o Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Esta previsão tem como objetivo evitar que o advogado se valha de informações privilegiadas obtidas na condição de mediador para obter êxito no litígio ou que se utilize da sua condição para adquirir novos clientes.

Portanto, o mediador somente poderá atuar como assessor, representante ou patrono de qualquer um dos litigantes após transcorrido o período de um ano, contados a partir da última sessão de mediação que atuou com qualquer das partes, de modo a preservar sua imparcialidade.

Porém, tal dispositivo foi criticado pelo fato de acabar por gerar o desinteresse por parte de advogados para atuar como mediadores em determinadas comarcas, pois a sua atuação como mediadores os impediria de atuarem como advogados, que é sua principal função.

Ademais, Ada Pellegrini⁴⁵ criticou duramente a presunção de que o advogado iria aliciar clientes que participassem da mediação:

Isso parece absolutamente insensato, pois a regulamentação da conduta ética e das sanções que podem ser impostas ao terceiro facilitador é mais que suficiente para desencorajar qualquer iniciativa nesse sentido. Parece, também, insultuoso para a classe dos advogados. Desencoraja os advogados a exercerem as funções de conciliador/mediador. E é de duvidosa aplicabilidade, pois o Estatuto da OAB não prevê o impedimento. Cumpre notar que no âmbito dos Juizados Especiais a mesma regra não vem sendo aplicada quando o trabalho do conciliador é voluntário.

Cabe ressaltar que, na mediação judicial, caso as partes não entrem em consenso sobre a escolha de mediador cadastrado, este será escolhido por meio de sorteio, não cabendo as partes questionar a escolha.

Feitos os esclarecimentos acerca do conceito de mediação e as suas modalidades, passamos a analisar as características da mediação do ponto de vista normativo e dogmático.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf> . Acesso em: 01 de outubro de 2018.

2.2. Características da mediação

Pode-se destacar como as principais características da mediação, a confidencialidade, a voluntariedade, o processo colaborativo e consensual e a informalidade, conforme dispõe a Cartilha da OAB/BA⁴⁶:

Confidencialidade: salvaguarda o sigilo do assunto tratado, para propiciar a produção de um diálogo aberto e a conservação da intimidade e imagem das partes.

Voluntariedade: considera a livre vontade dos envolvidos para participar do processo e aceitar as soluções. Processo participativo: enseja a participação direta dos conflitantes, promovendo a inclusão, responsabilização e democratização.

Processo colaborativo e consensual: afasta-se da percepção de “ganha-perde”, comum em processos judiciais, para se aproximar da concepção “ganha-ganha”, comum em negociações assistidas.

Informalidade: pautado na oralidade. Apesar de informal, a mediação possui etapas estruturadas, aplicadas sem rigidez ou hierarquia, que permitem o êxito da sessão. São estas: declaração de abertura do mediador, exposição das partes, resumo, geração de opções com aplicação de técnicas de comunicação, conferência da viabilidade das propostas, conclusão e redação do termo.

Portanto, é de suma importância que todos os assuntos tratados durante as sessões de mediação, sejam elas individuais ou em grupo sejam mantidos em sigilo, a menos que as partes autorizem expressamente o uso de determinadas informações.

Quanto à voluntariedade, esta se faz necessária por entender-se que, se a parte for obrigada a participar do processo de mediação, ela não estará tão disposta ao diálogo, dificultando, assim, que se obtenha o sucesso na solução do problema.

É compreendido por ser colaborativo e consensual por visar que todas as partes envolvidas no conflito possam obter resultados satisfatórios por meio das negociações.

Por fim, é informal por priorizar a oralidade, não apresentando processos rígidos a serem seguidos ou a posição de hierarquia do mediador em relação às partes, sendo conduzido de acordo com o interesse destas, que acabam por ficar mais à vontade para tratar dos assuntos, facilitando, assim, a chegada a um consenso.

⁴⁶ Disponível em: http://www.oab-ba.org.br/fileadmin/user_upload/Mediacao/mediacao_cartilhafinalizada_1.pdf. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

Tomando por base as características acima mencionadas, o artigo 2º da Lei 13.140/15⁴⁷ dispôs sobre os princípios orientadores da mediação:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

Nas palavras de Fernanda Tartuce⁴⁸ “o terceiro imparcial deve ser completamente estranho aos interesses em jogo, não sendo ligado às partes por especiais relações pessoais: tal abstenção é fundamental para o reconhecimento de sua credibilidade em relação aos litigantes e à opinião pública pela certeza de sua independência.”.

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça⁴⁹ prevê ainda a imparcialidade como “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.”.

Essa independência do mediador em relação às partes é tão importante que o legislador entendeu por bem aplicar a este as hipóteses de impedimento e suspeição que incidem aos magistrados, conforme previsão do artigo 148, II do CPC⁵⁰ e artigo 5ª da Lei 13.140/2015⁵¹.

Portanto, ocorrendo qualquer das hipóteses de impedimento, o mediador deverá comunicar imediatamente ao juiz da causa ou ao coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos para que haja uma redistribuição da demanda, de acordo com o artigo 170 do

⁴⁷ Lei n. 13.140/2015, art. 2º.

⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 226.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> . Acesso em: 01 de outubro de 2018.

⁵⁰ Lei n. 13.105/2015, art. 148, II: “Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: II - aos auxiliares da justiça;”.

⁵¹ Lei n. 13.140/2015, art. 5º: “Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.”.

CPC⁵²:

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

No que se refere à isonomia das partes, caberá ao mediador proporcionar, aos envolvidos na disputa, igualdade de condições para manifestarem-se ao longo do procedimento, evitando que uma das partes se coloque em posição de superioridade em relação à outra.

Já o princípio da oralidade está relacionado ao fato de as sessões de mediação serem desenvolvidas por meio de conversas entre as partes e mediador, de modo que este diálogo e interação entre as partes possibilite o entendimento mútuo, garantindo assim a solução do impasse.

É essencial que as partes tenham espaço para expor seu ponto de vista sobre a situação e sejam devidamente ouvidas pelo outro, onde o papel do mediador será apenas facilitar este diálogo, aplicando a melhor técnica de acordo com cada caso.

Por isso, ficará a critério das partes decidirem se, ao final da sessão, será ou não elaborado um termo de mediação, bem como o conteúdo que será contemplado neste.

Havendo o acordo e sendo lavrado o termo ao final da mediação, este constituirá um título executivo extrajudicial, que caso seja homologado em juízo se tornará um título executivo judicial, conforme disposição no artigo 20 da Lei de Mediação⁵³.

Cabe destacar que o princípio da oralidade está diretamente ligado ao princípio da informalidade, pois o diálogo entre as partes ocorre de forma livre, sem regras fixas, de modo

⁵² Lei n. 13.105/2015, art. 170.

⁵³ Lei n. 13.140/2015, art. 20: "O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial."

que as partes estejam o mais confortável possível e, assim, fiquem mais abertas a um acordo.

Essa informalidade também possibilita maior liberdade ao mediador de atuar sem pressões internas ou externas, conduzindo a situação de acordo com a manifestação de vontade das partes, que são o foco principal da demanda.

O princípio da autonomia da vontade representa justamente essa necessidade de ser respeitado o interesse das partes, pois elas são as responsáveis por ditar os rumos das negociações, já que aceitaram participar de forma voluntária do processo de mediação.

Segundo Fernanda Tartuce⁵⁴:

A mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade.

Portanto, as partes envolvidas na mediação, através da autonomia de vontade buscarão o consenso no conflito em questão.

A busca do consenso nada mais é do que o compromisso que as partes assumem em tentar resolver a questão de forma que todos os envolvidos fiquem satisfeitos com o resultado. Verifica-se uma postura cooperativa entre as partes e não de embate como comumente ocorre nos processos judiciais.

Destaca-se que o consenso configura o sucesso da mediação, mas que não necessariamente está relacionado à celebração de um acordo, pois, segundo André Gomma Azevedo:

[...] a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidade do usuário. Pode-se, portanto, considerar “bem-sucedida” a mediação quando o “sucesso” está diretamente relacionado à satisfação da parte.⁵⁵

⁵⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 214.

⁵⁵ AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

Seguindo para o princípio da confidencialidade, o Conselho Nacional de Justiça⁵⁶ em sua Resolução 125/2010, Anexo III, art. 1º, I, apresenta o seguinte entendimento:

I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

A importância da confidencialidade para o processo de mediação é tão grande, que a Lei 13.140/2015⁵⁷ disponibilizou uma seção exclusiva para tratar do tema, conforme abaixo:

Seção IV

Da 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;

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.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

Portanto, a confidencialidade permite que as partes se sintam confiantes de agir de forma transparente, por terem a certeza de que nada do que foi relatado durante a mediação será usado entre ela em momento posterior, conforme disposto no artigo 166, §§ 1º e 2º do CPC⁵⁸.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> . Acesso em: 01 de outubro de 2018.

⁵⁷ Lei n. 13.140/2015, art. 30 e 31.

⁵⁸ Lei n. 13.105/2015, 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. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento,

Cabe destacar que a confidencialidade será aplicada a todos os envolvidos na mediação e não somente às partes, incluindo o mediador, prepostos, advogados, assessores técnicos e quaisquer outras pessoas que tenham participado do processo.

Insta salientar que o Código de Processo Civil⁵⁹ prevê grave sanção ao mediador que desrespeitar o princípio da confidencialidade, que é a exclusão do cadastro de mediadores.

Por último, tem-se o princípio da decisão informada, que é definido pelo Conselho Nacional de Justiça como o “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”⁶⁰.

Portanto, para que a mediação possa restar satisfatória é fundamental que todos os envolvidos estejam plenamente informados e conscientes sobre seus direitos e deveres.

A Resolução 125/2010 traz ainda alguns outros princípios a serem observados pelos mediadores, como: (i) a competência, que significa possuir a qualificação necessária para exercer a função; (ii) o respeito à ordem pública e às leis vigentes; (iii) o empoderamento, que é estimular aos envolvidos a aprenderem com a experiência da mediação a lidar sozinhas com possíveis conflitos futuros; e (iv) a validação, que é gerar nas partes o respeito mútuo para conceder a atenção necessária a solução da controvérsia.

Após essa análise dos princípios norteadores da mediação, passaremos a avaliar as técnicas de mediação existentes e como elas devem ser aplicadas em cada caso.

2.3. Etapas e técnicas de mediação

Durante muito tempo no Brasil, a mediação era realizada pelos juízes e seus auxiliares, que normalmente eram estudantes ou estagiários, sem que houvesse qualquer tipo de treinamento específico para guiar o 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.”.

⁵⁹ Lei n. 13.105/2015, art. 173, I: “Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;”.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> . Acesso em: 01 de outubro de 2018.

Nesse contexto, era então considerado um bom mediador aquele que apresentava vocação para fazê-lo, pois apresentava certa facilidade com o diálogo entre as partes, possibilitando que estas chegassem a um acordo.

Destaca-se que o sistema jurídico brasileiro é ainda pautado na diretriz binária, ou seja, utiliza a lógica do “ganhador-perdedor”, tornando os meios de solução de conflitos muito rígidos, pois reduzem-se as alternativas ao problema em questão.

Desse modo, com a adoção da mediação, passamos a ter uma diretriz ternária, que possibilita ao terceiro interventor adotar infinitas medidas possíveis para solucionar o conflito, aumentando a probabilidade de satisfação de ambas as partes.

Passaremos então a explicar de forma mais detalhada como ocorre a mediação, quais as técnicas a serem utilizadas e suas etapas.

A sessão de abertura da mediação é o ponto mais importante do processo, pois é ali que se estabelece o primeiro contato do terceiro interventor com as partes, sendo relevante obter informações que levem a entender de que forma as partes chegaram até ali.

Em alguns casos, antes dessa sessão de abertura ocorre uma sessão chamada de pré-mediação, que tem por objetivo apenas esclarecer para as partes o funcionamento do procedimento, reforçando o intuito da mediação de reestabelecer a comunicação entre os envolvidos, garantindo uma boa relação presente e futura.

É importante que o mediador, num primeiro contato, comunique-se de forma mais cerimoniosa, de modo a garantir a confiança das partes, além de ter sempre cautela ao se expressar, inserir ou interromper uma temática, posto que em razão da sua função será o exemplo de comunicação para os disputantes.

Por isso, em determinados tipos de mediação pode se fazer necessário que, durante a apresentação, estabeleçam-se regras de comunicação, tais como: evitar interrupções, respeitar a fala da outra parte, não adotar falas desrespeitosas, dentre outras.

De forma geral, o comum é que nesse primeiro encontro sejam definidas apenas as diretrizes a serem seguidas, com o estabelecimento de uma agenda e a assinatura de termos de confidencialidade. Contudo, sendo de interesse das partes, pode-se já dar início ao processo, através do relato de fatos relevantes para a situação.

Durante o processo, é essencial que haja uma escuta ativa das partes, pois “permite à pessoa perceber que ela é objeto de atenção, mostrando-se o interlocutor interessado em seus pensamentos e em suas opiniões; é também conhecida como reciprocidade, já que as duas pessoas estão comprometidas no processo de ouvir ativamente e trocar informações”⁶¹.

O Ministério Público do Ceará⁶² detalha algumas técnicas de escuta ativa:

Eis algumas técnicas inerentes à escuta ativa: manter postura relaxada, mas atenta; participar ativamente da conversa, mostrando-se receptivo e disponível para escutar; evitar escutar e digitar/escrever ao mesmo tempo; usar incentivos verbais como “Fale mais”, “Verdade?”; reduzir ao máximo gestos que possam distrair o interlocutor (como brincar com uma caneta, estalar os dedos...); manter um contato visual eficiente, procurando evitar desviar o olhar; fugir à tentação de interromper a pessoa no meio de sua fala; fazer perguntas para checar o que foi dito; usar a empatia e ser compreensivo.

Destaca-se também ser necessário que o mediador esteja sempre atento à interação das partes, para que esteja apto a captar os sinais de entendimento, direcionando os envolvidos para a solução do conflito.

Cabe ressaltar, que o terceiro interventor pode adotar três diferentes meios de mediação: o transformativo, o afirmativo e o interrogativo, a ser definido pelo mediador de acordo com o comportamento das partes.

No modelo transformativo, o mediador logo de início irá demonstrar as partes o seu objetivo de ajudá-las a resolver o problema por conta própria, através das conversas para esclarecerem sua visão, objetivos e preferências, sempre levando em consideração as perspectivas da outra parte.

⁶¹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 255.

⁶² MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. A escuta ativa e a mediação.

No modelo afirmativo, o mediador irá valer-se de técnicas como: separar as partes do problema existente, compartilhar as percepções que tem em relação às partes e ao problema, utilizando-se de palavras de cunho positivo para estimular os envolvidos, focando sempre na relação futura a ser construída.

Diferentemente do que ocorre no modelo transformativo, aqui o mediador irá estimular as partes a expressarem sentimentos, visando sempre que com essa exposição seja possível revelar os pontos que as partes têm dificuldade de lidar, auxiliando-as a tratar desses pontos sensíveis de maneira mais clara e direta.

Nesse modelo, é necessário que o mediador esteja sempre confirmando com as partes aquilo que foi dito, para que o interlocutor da mensagem possa ter plena noção daquilo que expressou e ter a oportunidade de corrigir, se for o caso, além de confirmar que o mediador realmente está realizando uma escuta ativa.

Contudo, ao realizar essa verificação de informações, o mediador deve ter muita cautela para não distorcer informações ou incluir qualquer tipo de juízo de valor que possa atrapalhar a condução das negociações, por colocar em xeque sua imparcialidade.

Por fim, tem-se o modelo interrogativo, que é considerado o melhor meio de manter a imparcialidade do mediador, pois adota-se uma postura investigativa e não aconselhadora ou de assessoramento.

Assim, o mediador costuma realizar diversos questionamentos sobre situações do passado das partes, incentivando-as a repensarem seu posicionamento sobre tais questões, de modo que possa olhar para a outra parte de forma mais sensível, facilitando a troca de reconhecimento em relação ao presente.

Independente do modelo de mediação a ser seguido, o mediador poderá valer-se de diversas técnicas para gerar uma maior aproximação das partes, deixá-las mais confortáveis e confiantes em relação ao procedimento, possibilitando, assim, que se obtenha um resultado positivo.

Por isso, muito mediadores se valem do humor e da flexibilidade para criar um clima mais leve e favorável, mas sempre seguindo sua intuição para decidir se deve utilizá-lo ou não e qual o melhor momento para tal.

Poderá também realizar sessões conjuntas ou individuais, de acordo com cada caso. Normalmente, as sessões individuais são realizadas com o intuito de obter novas informações que possibilitem ao mediador ter uma outra perspectiva da situação, posto que se estivesse diante dos demais envolvidos tais informações não seriam reveladas.

Segundo André Gomma de Azevedo⁶³, as sessões individuais são recomendadas quando:

1. Há um elevado grau de animosidade entre as partes;
2. Há dificuldade (de uma ou ambas) de se comunicar ou expressar adequadamente quanto a interesses e questões presentes no conflito;
3. O mediador percebe que há particularidades importantes que só serão obtidas por meio de uma comunicação reservada;
4. Há necessidade de uma conversa com as partes sobre suas expectativas quanto ao resultado, por exemplo, de eventual sentença judicial.

Para o mediador realizar sessões individuais é necessário que tenha a seu dispor uma estrutura minimamente adequada, com pelo menos dois ambientes, para que enquanto uma parte esteja em conversa com o mediador a outra tenha um ambiente disponível para aguardar.

No que se refere às etapas da mediação, a divisão ocorre em sete etapas: a pré-mediação, a abertura das sessões, a investigação, a elaboração da agenda, a criação de opções de solução, a escolha das opções a serem seguidas, até finalmente chegar a solução do conflito.

A pré-mediação tem início com o encaminhamento das partes em conflito ao mediador, para que sejam esclarecidas as funções de cada um no procedimento, bem como a forma que o este será conduzido, tendo por objetivo “eliminar a contenciosidade, informar as partes sobre sua responsabilidade pelo processo, promover cooperação e respeito mútuo, escutar atentamente o que cada um deseja e fomentar a confiança entre os indivíduos.”⁶⁴

Em seguida, tem-se a abertura da mediação, onde o mediador apresentará às partes qual é o seu papel, o que é o processo de mediação, como também os possíveis resultados a serem

⁶³ AZEVEDO, André Gomma de (org.). Manual de mediação judicial, cit., p. 144.

⁶⁴ VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação: teoria e prática, cit., p. 92.

obtidos. Caberá ainda ao mediador reforçar a necessidade de serem observados os princípios norteadores da mediação, posicionar-se como o condutor do procedimento, buscando inspirar a confiança das partes para que a mediação flua da melhor maneira possível.

Após isso, a palavra será dada aos envolvidos, para que cada um tenha o seu momento de expressar sua visão sobre o conflito, sendo de suma relevância para que as partes possam perceber uma a outra, havendo uma identificação das questões e interesses em jogo, possibilitando o esclarecimento de questões controvertidas.

Encerrada essa etapa de exposição de fatos pelas partes, estas já se encontram aptas a identificar quais são os interesses envolvidos no conflito, os quais serão listados para que sejam então trabalhados um a um, de acordo com a sua relevância ou facilidade de solução.

Dando seguimento, o mediador irá trabalhar em conjunto com as partes para que se atinja a solução do conflito, através da criação de opções criativas e eficientes, mas sempre realistas.

E, finalmente, encerrando o procedimento, as partes assumirão compromissos ou celebrarão um acordo, que deverão ser respeitados, concluindo então a mediação.

Finalizada a apresentação das técnicas de mediação existentes, sua aplicação em cada caso e as etapas a serem seguidas, iniciaremos a análise da mediação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, apresentando o seu contexto histórico e a base normativa adotada atualmente.

3. A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. Histórico da mediação no Direito Brasileiro

A solução de conflitos através de meios consensuais, em especial a mediação, passou a contar com ampla previsão normativa a partir do ano de 2015, com a promulgação da Lei 13.140/2015.

Antes dessa previsão legal, a mediação era realizada da seguinte forma:

“[...] a) por programas de acesso à justiça desenvolvidos por tribunais (que promoviam mediação judicial); b) por entidades não governamentais (realizadoras de mediação comunitária); c) por câmaras de mediação e arbitragem (prestadoras de serviços privados de mediação); e d) por mediadores privados independentes (profissionais prestadores de serviços atuantes em áreas diversas como familiar, cível e empresarial).”⁶⁵.

Os mediadores até então contavam apenas com a regulamentação prevista na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que era voltada especificamente aos mediadores judiciais, enquanto que para os mediadores privados não havia qualquer previsão legal.

Apenas no ano de 2014 que o tema começou a ser amplamente abordado e explorado devido à crise enfrentada pelo judiciário, em razão do considerável aumento no número de demandas ajuizadas.

Assim, no ano de 2015 o cenário começou a apresentar importantes mudanças, com a mediação sendo reconhecida de forma expressa no Novo Código de Processo Civil e logo após alguns meses, no mesmo ano, foi promulgada a Lei de Mediação.

A mediação foi abordada de forma inicial na área trabalhista, através das negociações de conflitos individuais e de sindicatos. A partir de então, em razão da escassa previsão legal sobre a mediação, os tribunais de determinadas localidades passaram a realizar programas internos de mediação de conflitos, contando com o apoio de diversos magistrados.

⁶⁵ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018, p. 285.

Em observância a este comportamento, o Conselho Nacional de Justiça divulgou a Resolução 125/2010, passando a reconhecer e regulamentar a mediação de conflitos, que segundo Cezar Peluso⁶⁶ tinha dois objetivos:

1. “Firmar, entre os profissionais do Direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas”;
2. “Oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.

Até se chegar ao cenário normativo atual, foram propostos diversos projetos de lei a fim de contemplar a mediação em nosso ordenamento jurídico. Mais especificamente ao final de década de 1990, foi proposto o Projeto de Lei n. 4.827/1998, que continha um conteúdo simples de apenas sete artigos buscando trazer uma previsão legal do instituto da mediação, de modo que ela passasse a ser adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, baseando-se no modelo europeu de mediação.

Após isto, a Associação dos Magistrados Brasileiros e o Instituto Brasileiro de Direito Processual, inspirando-se no modelo argentino de mediação, orientaram um segundo projeto de lei institucionalizando e traçando as diretrizes da mediação, de modo a aproximá-la das diretrizes da conciliação.

No ano de 2011 foi apresentado o Projeto de Lei n. 517, que tinha como objetivo regulamentar a mediação tanto judicial quanto extrajudicial, já em consonância com o Novo Código de Processo Civil que estava sendo projetado e a Resolução 125/2010 do CNJ, porém não conseguiu obter a aprovação necessária.

Já no ano de 2013 o assunto voltou à tona e foram criadas duas comissões para tratarem do tema: uma no Senado para alterar a Lei de Arbitragem de modo a abarcar a mediação privada e outra no Ministério da Justiça para versar sobre a mediação em seu âmbito judicial e

⁶⁶ PELUSO, Cezar. Mediação e conciliação. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 30, p. 16, jul.-set. 2011.

também privado.

Assim, os projetos propostos por ambas as comissões foram incluídos no Projeto de Lei n. 517, que já havia sido apresentado anteriormente, que acabou por resultar no Projeto n. 7.169/2014, tratando sobre “a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”. Após amplos debates sobre o projeto, este acabou por culminar na promulgação da Lei n. 13.140/2015, chamada de Lei de Mediação.

Encerrada a contextualização histórica do instituto da mediação, através da apresentação dos caminhos percorridos até que o instituto constasse com a devida previsão legal, faremos uma análise da base normativa adota atualmente.

3.2. Base normativa atual

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, por ter sido o primeiro ato normativo a regulamentar a mediação, é na atualidade um dos principais norteadores do instituto.

O referido ato normativo consagrou a necessidade de haver políticas públicas de incentivo à solução consensual de conflitos, como meio de possibilitar um maior entendimento entre as partes, evitando assim novos conflitos e o excesso de demandas ajuizadas.

Assim, a Resolução 125/2010 passou a organizar, uniformizar e aprimorar o processo de mediação já existente em muitos tribunais pelo país, garantindo, portanto, uma maior eficácia da sua aplicação.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, pode-se destacar que houve uma preocupação em abrir o Judiciário não apenas para os julgamentos, mas também pela solução consensual de conflitos.

O instituto foi tão bem recebido pelo ordenamento jurídico que passou a constar em 39 dispositivos no CPC, que se encontram espalhados ao longo da legislação, demonstrando que

a mediação tem aptidão para solucionar conflitos não apenas no início de sua abordagem, mas a qualquer momento, de acordo com previsão do artigo 3º, § 3º⁶⁷:

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

[...]

§ 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.

Assim, restou clara a capacidade do Poder Judiciário de buscar soluções consensuais sempre que possível, evitando-se, dessa forma, a via litigiosa.

No que se refere à Lei de Mediação, conforme anteriormente explicado, esta ganhou forma após dez anos de tramitação no Congresso Nacional, sendo composta por 48 artigos, que foram divididos em três capítulos.

Apesar da Lei de Mediação ser considerada lei nova em relação ao Novo Código de Processo Civil, apresentando disposições gerais e especiais diversas das previstas no CPC, ela não teve por objetivo revogar ou modificar as disposições deste, servindo apenas para complementá-lo.

Portanto, podemos concluir que, atualmente no Brasil, o processo de mediação está fortemente regulamentado na Lei n. 13.140/2015, chamada de Lei de Mediação, na Lei n. 13.105/2015, também conhecida como Código de Processo Civil/2015, e na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Esclarecidos todos os principais pontos relevantes sobre a mediação no cenário jurídico brasileiro, será realizado um breve resumo de todo o assunto abordado neste trabalho, bem como a apresentação de pontos a serem aprimorados, tomando a teoria de Christopher W. Moore como referencial, de modo a garantir uma maior efetividade ao procedimento.

⁶⁷ Lei n. 13.105/2015, art. 3º, § 3º.

CONCLUSÃO

Após a breve apresentação sobre o conceito e objetivos da adoção dos meios consensuais de solução de conflitos, através do detalhamento dos caminhos percorridos até que a mediação passasse a ser devidamente regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo vista como uma forma bastante eficaz de solucionar conflitos por ser pautada no diálogo entre os disputantes, possibilitando o desenvolvimento de uma relação positiva.

Para melhor compreensão do instituto, foi apresentada a teoria de Christopher W. Moore sobre mediação, que é entendida como um “manual”, de modo a identificar como deve ser a atuação do mediador, as etapas a serem percorridas, os resultados possíveis, bem como os obstáculos enfrentados para que se obtenha a solução do conflito.

A partir disso, foi demonstrado como é o processo de mediação aqui no Brasil, através da análise da legislação atual, bem como da evolução histórica do instituto no ordenamento jurídico pátrio, detalhando seu conceito, características e etapas de processamento, demonstrando a forte influência da teoria de Christopher W. Moore.

Assim, foi possível concluir que apesar da mediação ser um processo de resolução de conflitos relativamente novo no Brasil, tendo sua lei sido regulamentada apenas no ano 2015, ele se apresenta como uma alternativa real à crise vivida no Poder Judiciário decorrente da sobrecarga de processo ajuizados.

Devido a seu caráter informal, porém bem estruturado, a mediação surge como alternativa de acesso a um processo mais ágil, menos burocrático e que pode auxiliar na redução da demanda excessiva recebida pelo Poder judiciário.

Um fator relevante a se destacar é o potencial da mediação como forma de alternativa à percepção de “ganha-perde”, comum em processos judiciais, sendo a mediação mais próxima de uma relação “ganha-ganha” em que ambas as partes podem chegar a um acordo que reste satisfatório para a ambas.

Em razão disso, têm-se as partes como responsáveis pela solução do conflito, tornando,

de uma forma geral, as decisões mais justas no atendimento dos interesses dos envolvidos na disputa.

Desse modo, a mediação pode ser compreendida como um instrumento de pacificação social, por gerar soluções mais satisfatórias, através do entendimento entre as partes, garantindo, assim, que estas possam desenvolver um relacionamento futuro positivo, evitando, portanto, novos conflitos.

Contudo, como todo processo novo, é importante que a divulgação seja feita de forma abrangente para alcançar o público que o desconhece, pois algumas causas mais simples que são pleiteadas na esfera judiciária poderiam ser plenamente resolvidas através de um mediador imparcial e competente, dentro dos critérios explicados ao longo deste trabalho, para auxiliar as partes a chegarem a um acordo, sem a necessidade da atuação do juiz.

Portanto, diante de tudo o que foi exposto, pode-se compreender que ainda existem algumas barreiras que prejudicam o fortalecimento da mediação no Brasil, como a falta de informação acerca da existência dos meios consensuais de solução de conflitos, a deficiência na formação dos operadores do Direito para atuarem como mediadores e incentivarem a opção pela via consensual e, por fim, o receio das instituições tradicionais de perderem seu poder e autoridade em razão da redução das demandas contenciosas.

Entretanto, deve-se ter em mente que os meios consensuais de solução de conflitos tem a função de complementar a atividade jurisdicional e não substituí-la. O objetivo é retirar do judiciário demandas de menor complexidade, para que este possa atuar de forma mais eficiente e rápida, garantindo assim resultados mais justos.

Desse modo, seria muito mais satisfatório para as partes adotarem o meio consensual para solucionar suas controvérsias, pois seria possível obter resultados mais rápidos, confiáveis, com menor custo e com diversas opções de solução, além de possibilitar o relacionamento positivo entre os envolvidos, de forma que sejam evitados novos conflitos.

Porém, para que isso seja efetivado, é fundamental e urgente que haja maior divulgação e incentivo à população para adoção dos meios consensuais, como também o estímulo para que

os operadores do Direito atuem como mediadores, além de haver mais locais que ofereçam cursos de capacitação de mediadores, tornando os profisisonais mais qualificados.

Para tanto, é importante que sejam realizados cada vez mais estudos sobre a mediação, visando avaliar melhor a sua efetividade para que suas técnicas sejam aperfeiçoadas, tornando o procedimento mais acessível e satisfatório para a população em geral.

Por fim, destaca-se a necessidade de ampliar os espaços de mediação tanto público quanto privados, possibilitando que todas as camadas da sociedade possam ter acesso a esse procedimento, desfrutando de seus benefícios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOORE, Christopher W. O processo de mediação: Estratégias práticas para a solução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Editora Artmed, 1998.

PELUSO, Cezar. Mediação e conciliação. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 30, 2011.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis - 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação: teoria e prática.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro, 2ª edição. Atlas, 03/2016. VitalBook file, São Paulo.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 17ª edição, 2015, juspodium, Salvador.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil, 20ª edição, 2017, Atlas, São Paulo, *ebook*.

AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de Mediação Judicial. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. A escuta ativa e a mediação.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – BAHIA. Disponível em: < http://www.oab-ba.org.br/fileadmin/user_upload/Mediacao/mediacao_cartilhafinalizada_1.pdf >. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. Disponível em: < <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf> >. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: Volume único - 9. ed. Editora Juspodivm: 2017.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar interdisciplinar. Editora Atlas: 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 01 de outubro de 2018.

Lei 13.140/2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm >. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

Lei 13.105/2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 01 de outubro de 2018.