

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

SHEILA MARIONE UHLMANN WILLANI

**(IM)POSSIBILIDADE DA ADEQUAÇÃO DO DIREITO PARA A
INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DO
DIREITO COMPARADO INTERNACIONAL E OS EXEMPLOS AGREGADOS NA
TEORIA E NA PRÁTICA DA MEDIAÇÃO BRASILEIRA**

SÃO LEOPOLDO

2019

Sheila Marione Uhlmann Willani

(Im)Possibilidade da Adequação do Direito para a Institucionalização da Mediação no Judiciário: uma análise do direito comparado internacional e os exemplos agregados na teoria e na prática da mediação brasileira

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito público

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

São Leopoldo

2019

W689i Willani, Sheila Marione Uhlmann
(Im)possibilidade da adequação do direito para a institucionalização da mediação no judiciário: uma análise do direito comparado internacional e os exemplos agregados na teoria e na prática da mediação brasileira. / Sheila Marione Uhlmann Willani -- 2019.
295 f. ; il. ; 30cm.
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

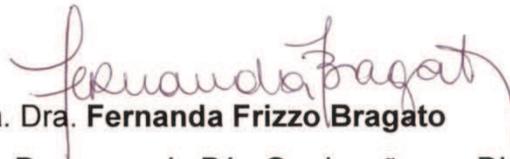
Orientador: Dr. Leonel Severo Rocha.
1. Mediação - Conflito. 2. Direito comparado. 3. Institucionalização - Mediação. 3. Princípio - Mediação - Conflito. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 347.925

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “(IM)POSSIBILIDADE DA ADEQUAÇÃO DO DIREITO PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO JUDICIÁRIO: Uma análise do direito comparado internacional e os exemplos agregados na teoria e na prática da mediação brasileira”, elaborada pela doutoranda **Sheila Marione Uhlmann Willani**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

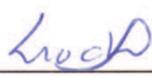
São Leopoldo, 16 de janeiro de 2019.



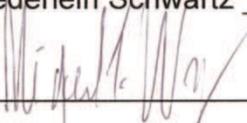
Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha  _____

Coorientador: Dr. Germano André Doederlein Schwartz  _____

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy  _____

Membro: Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto  _____

Membro: Dr. Enrique Zuleta Puceiro _____ *(Participação por Webconfência)*

Dedico essa tese aos meus filhos: Gabriel e Miguel.

Meus passarinhos.

AGRADECIMENTOS

Os meus agradecimentos:

Ao meu ilustríssimo orientador de tese, Dr. Leonel Severo Rocha, cientista modelar do Direito, pelas valiosas conversas, diretrizes, por todo o apoio, paciência, carinho, respeito. Foste imprescindível para a concretização desta tese.

Ao meu ilustríssimo coorientador de tese, Dr. Germano Schwartz, também cientista modelar do Direito, obrigada pela valiosa colaboração na finalização desta tese, pelas sugestões e apontamentos, pelo apoio e paciência. Foste peça importante para a conclusão do trabalho.

Aos meus queridos professores, pelo enriquecimento de conhecimento, pela atenção, paciência e valiosas conversas durante os seminários de pesquisa. Wilson Engelmann, Lenio Luiz Streck, Sandra Martini e Vicente de Paulo Barreto, meus agradecimentos.

Aos contatos profícuos com doutos em Direito e Mediação: Dra. Michèle Hoffnung, muitíssimo obrigada por todo o apoio, bibliografia, textos e conversas no passeio em Paris! Gratidão também ao Dr. Enrique Puceiro pelas bibliografias indicadas e atenção para com o tema. Ao Professor Marcelo Rosadilla, o meu muitíssimo obrigada por tantas informações atuais e valiosas a respeito do seu trabalho na Universidade de Peperdine, nos EUA. Meus agradecimentos.

A minha colega de temática, pelo apoio, pela troca de bibliografias, pela cumplicidade, carinho e compreensão. Andressa Piuco, meu agradecimento.

A minha família, que esteve sempre ao meu lado quando precisei. Mãe, esposo e sogros. Muito obrigada.

“Em termos de autonomia, cidadania, democracia e Direitos Humanos, a mediação pode ser vista como sua melhor forma de realização.”¹

¹ WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1999. p. 5.

RESUMO

A tese elaborada tem como tema a mediação de conflitos no direito comparado. O objetivo é evidenciar as formas de mediação realizadas nos países pesquisados, e após esta análise observar suas características e peculiaridades, clarificando o objetivo principal da pesquisa que é: A mediação que vem sendo realizada institucionalmente e de modo privado em muitos países do mundo são diferentes?. Buscou-se evidenciar os rituais utilizados no Brasil, nos Estados Unidos, na França e na Argentina. Os países escolhidos tiveram prioridade por consequência do maior fluxo comunicativo entre a pesquisadora e mediadores, pesquisadores e doutores destes lugares, com troca de materiais bibliográficos, visitas, palestras e comunicação direta, via conversação por Skype. A análise realizada permite um melhor espectro dos exemplos que estamos agregando (de quais países estamos nos aproximamos no quesito realização e resultado) e utilizando de fato na prática da mediação extrajudicial e judicial brasileira, dando visibilidade do caminho que está sendo trilhado, podendo observar o seu desempenho, antevendo as problemáticas e quem sabe melhorá-las. É comum nesses países, a superação de uma questão conflituosa através da passagem para o código ternário, que é a base do conceito filosófico de mediação. Uma filosofia da complexidade dos fenômenos humanos resulta em uma certa filosofia de seus modos de conhecimento. O sentido da complexidade nas situações só podem ser entendidas colocando-as em um conjunto complexo. Isso nos permite entender que as tensões pessoais decorrem de múltiplas afiliações, conflitos internos entre papéis contraditórios mantidos por parceiros. A mediação não é perfeita, ela necessita da observação ternária para a descoberta da existência do real sentimento do outro. Os territórios/países pesquisados demonstram reações semelhantes das partes frente aos conflitos, corroborando com a ideia de que o código ternário é a base do conceito filosófico de mediação, demonstrando a importância de aperfeiçoar a sensibilidade, melhorando e ampliando a percepção de diversos pontos de vista. Foi empregado o método sistêmico e a análise comparada. Nesse sentido a definição da mediação se pauta nos princípios que ela se baseia e a forma na qual ela é realizada, pois somente através dessa rigorosa análise do seguimento da aplicação é que se poderá determinar o sucesso ou insucesso da mesma e da sua institucionalização no Brasil.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Direito comparado. Institucionalização da mediação. Princípios da Mediação de Conflitos. Definição internacional da mediação.

RESUMEN

La tesis elaborada tiene como tema la mediación de conflictos en el derecho comparado. El objetivo es evidenciar las formas de mediación realizadas en los países investigados, y después de este análisis observar sus características y peculiaridades, aclarando el objetivo principal de la investigación que es: La mediación que viene siendo realizada institucionalmente y de modo privado en muchos países del mundo son diferentes ?. Se buscó evidenciar los rituales utilizados en Brasil, Estados Unidos, Francia y Argentina. Los países elegidos tuvieron prioridad como consecuencia del mayor flujo comunicativo entre la investigadora y mediadores, investigadores y doctores de estos lugares, con intercambio de materiales bibliográficos, visitas, charlas y comunicación directa, vía conversación por Skype. El análisis realizado permite un mejor espectro de los ejemplos que estamos agregando (de qué países nos acercamos al logro y resultado) y utilizando de hecho en la práctica de la mediación extrajudicial y judicial brasileña, dando visibilidad del camino que está siendo trillado, su desempeño, anticipando las problemáticas y quién sabe mejorarlas. Es común en estos países, la superación de una cuestión conflictiva a través del paso al código ternario, que es la base del concepto filosófico de mediación. Una filosofía de la complejidad de los fenómenos humanos resulta en una cierta filosofía de sus modos de conocimiento. El sentido de la complejidad en las situaciones sólo puede ser entendida colocándolas en un conjunto complejo. Esto nos permite entender que las tensiones personales proceden de múltiples afiliaciones, conflictos internos entre papeles contradictorios mantenidos por socios. La mediación no es perfecta, ella necesita la observación ternaria para el descubrimiento de la existencia del verdadero sentimiento del otro. Los territorios / países encuestados demuestran reacciones similares de las partes frente a los conflictos, corroborando con la idea de que el código ternario es la base del concepto filosófico de mediación, demostrando la importancia de perfeccionar la sensibilidad, mejorando y ampliando la percepción de diversos puntos de vista . Se empleó el método sistémico y el análisis comparativo. En ese sentido la definición de la mediación se pauta en los principios que ella se basa y la forma en que se realiza, pues sólo a través de ese riguroso análisis del seguimiento de la aplicación es que se podrá determinar el éxito o fracaso de la misma y de su institucionalización en Brasil.

Palabras clave: Mediación de conflictos. Derecho comparado. Institucionalización de la mediación. Principios de la Mediación de Conflictos. Definición internacional de la mediación.

ABSTRACT

The elaborated thesis deals with the mediation of conflicts in comparative law. The objective is to highlight the forms of mediation carried out in the countries surveyed, and after this analysis observe their characteristics and peculiarities, clarifying the main objective of the research that is: The mediation that has been carried out institutionally and privately in many countries of the world are different ?. We sought to highlight the rituals used in Brazil, the United States, France and Argentina. The chosen countries had priority because of the greater communication flow between the researcher and mediators, researchers and doctors of these places, with exchange of bibliographical materials, visits, lectures and direct communication, via Skype conversation. The analysis carried out allows a better spectrum of the examples we are adding (of which countries we are approaching in the achievement and outcome) and actually using the practice of Brazilian extrajudicial and judicial mediation, giving visibility to the path that is being followed, being able to observe the their performance, anticipating the problems and who knows how to improve them. It is common in these countries to overcome a conflicting question through the passage to the ternary code, which is the basis of the philosophical concept of mediation. A philosophy of the complexity of human phenomena results in a certain philosophy of their modes of knowledge. The sense of complexity in situations can only be understood by putting them into a complex set. This allows us to understand that personal tensions arise from multiple affiliations, internal conflicts between contradictory roles held by partners. Mediation is not perfect, it requires ternary observation for the discovery of the existence of the real feeling of the other. The territories / countries surveyed demonstrate similar reactions from the parties to the conflicts, corroborating the idea that the ternary code is the basis of the philosophical concept of mediation, demonstrating the importance of improving sensitivity by improving and broadening the perception of different points of view . The systemic method and the comparative analysis were used. In this sense, the definition of mediation is based on the principles that it is based on and the way in which it is carried out, because only through this rigorous analysis of the follow-up of the application will it be possible to determine the success or failure of the same and its institutionalization in Brazil .

Keywords: Conflict mediation. Comparative law. Institutionalization of mediation. Principles of Conflict Mediation. International definition of mediation.

LISTA DE SIGLAS

ADR	Alternativos de resolução de disputas; Alternative Dispute Resolution
ANM	Association Nationale des Médiateurs; Associação Nacional dos Mediadores
APMF	Association Pour la Médiation Familiale; Associação para a Mediação Familiar
CEJUSCs	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CMAP	Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris; Centro de Mediação e Arbitragem de Paris
CNAF	Caisse nationale des allocations familiales; Caixa Nacional das Prestações Familiares
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNV	Comunicação Não Violenta
CONIMA	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CPC	Código de Processo Civil
DRASS	Direção Regional de Saúde e da Segurança Social
EEMM	Estados Membros da União Européia
EUA	Estados Unidos da América
FENAMEF	Fédération Nationale des Associations de Médiation Familiales; Federação Nacional das Associações de Medicação familiar
FMCML	Fédération des Médiateurs et Chargés de Mission libéraux; Federação dos Mediadores e Encarregados de Missão Independentes
FNCM	Fédération Nationale des Centres de Médiation; Federação Nacional dos Centros de Mediação
FONAME	Fórum Nacional de Mediação
IEAM	Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation; Instituto de Peritagem, Arbitragem e Mediação
IMAB	Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil
MEDIARE	Centro de Administração de Conflitos

NUPEMEC	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
PON	The program on negotiation
RAL	Resolução Alternativa de Litígios
UNISC	Universidade de Santa Cruz do Sul
URI	Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
WCCMP	Worcester Country Consumer Mediation Project

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
---------------------------	-----------

PRIMEIRA PARTE TEORIA DA MEDIAÇÃO

2 MEDIAÇÃO	22
2.1 Evolução da Mediação Brasileira e os seus Rituais	23
2.1.1 Definição e Características.....	45
2.1.2 Princípios da Mediação	52
2.1.3 O Processo de Mediação	56
2.1.4 A Comunicação na Mediação.....	65
2.2 O Tratamento do Conflito	72
2.2.1 A Teoria do Conflito Social	80
2.2.2 O Conflito na Mediação	85
2.2.3 O Conflito no Judiciário	90
2.3 Uma Nova Concepção de Direito	97
2.3.1 O Mediador Judicial.....	103
2.3.2 O Juiz	108
2.3.3 A Sensibilidade do Mediador.....	111
2.3.4 Como se Forma um Mediador.....	129

SEGUNDA PARTE DIREITO COMPARADO

3 PERSPECTIVA COM RELAÇÃO AO DIREITO COMPARADO	135
3.1 Mediação Judicial Brasileira	136
3.1.1 A Conjuntura da Crise do Poder Judiciário Brasileiro.....	141
3.1.2 Os Meios Autocompositivos: em Especial as Diferenças entre a Mediação, a Conciliação e a Negociação	144
3.1.3 O Papel dos Profissionais de Direito no Incentivo a Autocomposição de Conflitos	146
3.1.4 Regulamentação sobre a Mediação: avanços e desafios	148

3.2 Mediação Judicial nos Estados Unidos da Americana	158
3.2.1 A ADR nos EUA	160
3.2.2 Sistema Multiportas	162
3.2.3 Mediação e Administração do Processo	163
3.2.4 Da Regulamentação dos Meios Autocompositivos e o Gerenciamento dos Processos Burocráticos.....	166
3.3 Mediação Judicial Francesa	171
3.3.1 A Mediação Francesa.....	173
3.3.2 A Autocomposição na Europa.....	176
3.3.3 Da Regulamentação da Mediação Francesa	188
3.4 Comentários a Respeito da Mediação na Argentina	192

TERCEIRA PARTE

SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

4 DA (IN)POSSIBILIDADE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO	197
4.1 Entre o Institucional e o Comunitário	200
4.1.1 O Devido Processo Legal Mínimo na Mediação.....	202
4.1.2 Distinções entre os Meios Autocompositivos: mediação, conciliação e negociação	205
4.1.3 A Respeito das Técnicas Autocompositivas e Heterocompositivas no Mundo	208
4.1.4 Limites, Riscos e Vantagens da Mediação de Conflitos	209
4.2 O Direito Comparado como Mecanismo Alternativo de estabelecimento de uma Unificação de um Conceito de Mediação em Pról da Institucionalização	212
4.2.1 Uma Análise Internacional sobre a Acepção da Mediação de Conflitos	213
4.2.2 Escolas de Mediação	218
4.2.3 A Busca por uma Definição Global da Mediação	223
4.2.4 Definições dos Métodos de Solução de Conflitos Internacional	227
4.3 Prós e Contras da Institucionalização da Mediação no Brasil	229
4.3.1 Dos Riscos da Institucionalização	230
4.3.2 A Importância da Igualdade dos Princípios da Mediação Judicial e Extrajudicial	234
4.3.3 Estilo de Mediação Adotado para o Brasil.....	235

5 CONCLUSÃO	238
REFERENCIAS.....	243
ANEXO A - LEI DE MEDIAÇÃO BRASILEIRA	252
ANEXO B - LEI DE MEDIAÇÃO AMERICANA	266
ANEXO C - LEI DE MEDIAÇÃO DO PORTAL EUROPEU E FRANCES	267
ANEXO D - LEI DE MEDIAÇÃO ARGENTINA.....	279

1 INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica enfrenta os problemas sociais recorrendo a valores consagrados no passado que servem para guiar processos de tomada de decisão no presente. Deste modo, o Direito resolveria por meio da tradição e da própria lei, os conflitos sociais. Essa tese se filia a uma concepção diferente desta questão procurando uma alternativa mais ligada a uma comunicação afetiva. Para tanto, uma proposta que surgiu como perspectiva para a abertura do sistema do Direito em meados dos anos setenta, foi a análise da linguagem, como produto da pragmática social (semiologia jurídica), abordando a comunicação. No entanto, até hoje existem incertezas com relação a sua dependência da linguagem e da linguística, gerando dúvidas em relação a sua aplicabilidade. Luis Alberto Warat², em sua trajetória intelectual, percorreu esse caminho da semiologia chegando à conclusão de que a linguagem signo, desde autores como Roland Barthes, teria sentido graças ao denominado prazer do texto. O sentido estrutural dado por Saussure precisava abrir-se para o desejo, nesse sentido, para a linguagem (comunicação) da afetividade.

Para Warat³, aparece facilmente nessa etapa a contribuição de Lacan, mais tarde de Foucault para a interpretação da alma humana. Freud iniciou a psicanálise recolocando o desejo, e a sexualidade, em seu devido lugar. Contudo, Lacan foi quem colocou a linguagem como condição de acesso ao inconsciente. Luis Alberto Warat percebe desde logo o delírio como condição de sentido superior à linguística para a compreensão do não-dito. Com o livro “O Anti-Édipo”, Guattari, auxiliado por Deleuze, motivou Luis Alberto Warat a colocar o corpo como complemento necessário, ou mesmo central para a construção de uma sociedade mais solidária. O texto da linguística adquire um novo olhar desde o simbólico: signo, significante, corpo⁴.

A sociedade tem nesta observação como constituinte relações e enfrentamentos entre corpos desejantes de poderes e afetos, fazendo com que hajam incompatibilidades comunicativas sem fim. No Direito, para Luis Alberto Warat, o procedimento para o tratamento destas questões poderia seguir o caminho da

² WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 37.

³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 46.

⁴ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, p. 111-130, 2014.

mediação, pelo fato de esse mecanismo restaurar a sensibilidade e transformar um conflito⁵. Assim, conforme Michèle Guillaume-Hofnung, a mediação é um processo voluntário de estabelecimento ou restabelecimento de laços sociais, de prevenção ou resolução de litígios, ocorrendo através de uma comunicação ética⁶.

Visto isso, percebe-se que a mediação não deve se restringir a uma tentativa de diminuição da quantidade de processos judiciais. A proposta de mediação que gostaríamos que se difundisse, seria a de um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica, onde a comunicação se originaria autopoieticamente desde a incorporação do outro em um “nós”. Parte-se assim da concepção de que o ofício do mediador é tornar visível o não-dito, que gerou a quebra do laço comunicativo. Assim, o mediador seria como um foco de luz para encontrar uma unidade escondida⁷.

Por outro lado, a sociedade caracteriza-se por uma grande complexidade que, para a sua redução, exige um processo de tomada de decisões. Nesta ótica, conforme o tipo de comunicação que se diferencia historicamente, surge códigos, inclusão-exclusão, que configuram diversos sistemas. A noção de sistema permite que a observação dessa amplitude problemática, organize comunicações que constroem possibilidades de sentido voltadas para cenários inesperados⁸.

Desde os sistemas, no caso o sistema do Direito, como escreve Niklas Luhmann, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora⁹. Algumas situações vistas como mediações individualizadas implicam em relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade é, ao mesmo tempo, individual e criada socialmente. Enfrentar problemas sem colocá-los dentro de um sistema, seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo com os outros. O sujeito ama ou odeia aquilo que lhe comunica o sistema como dotado de sentido. É necessário amar o amor para produzir esse tipo de comunicação. Em outras palavras uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito, não pode exigir de maneira

⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 99.

⁷ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, p. 111-130, 2014.

⁸ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, p. 111-130, 2014.

⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

simples, condutas pacifistas. Assim, o papel do mediador tem como objetivo principal a construção de uma cultura da paz.

Na ótica da investigação do tema, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que, durante o seu desenvolvimento, foram analisados dados de maneira lógica, experimental e de conhecimento da mediação no direito comparado: Brasil, França, Estados Unidos e Argentina. Contudo, no aspecto procedimental, os métodos históricos, tipológicos, funcionalistas e estruturalistas foram a base para desenvolver este trabalho.

A primeira parte (ponto número 2) trata-se da mediação brasileira e do tratamento de conflitos, abrindo caminho para uma narrativa a respeito de uma nova concepção de direito, coloca-se em evidência as diferenças entre o rito tradicional jurídico e a mediação de conflitos. Sobre a sensibilidade necessária a um mediador (que prioriza os sentimentos das partes e a satisfação de todos os participantes) e a insensibilidade necessária a um operador do direito (que prioriza a vitória da parte que lhe corresponde, devendo priorizar a codificação e o cumprimento desta).

Na segunda parte (ponto número 3) analisa-se a mediação de conflitos no direito comparado. Para tanto, ilustra-se por meio de uma pesquisa internacional, realizada em quatro países exemplares, para dar amplitude sobre essa prática nos países: EUA, França, Argentina e Brasil, para que sejam analisadas as diferenças e semelhanças entre os rituais, juntamente com os resultados da mediação de conflitos. Escolhi estes países por serem os modelos de mediação habitualmente mais citados nas bibliografias sobre mediação e também por consequência do maior fluxo comunicativo entre a pesquisadora e mediadores destes lugares: *André Gomma (um dos precursores de projetos sobre mediação, tendo formação em Columbia – NY, EUA) e Marcelo Rosadilla (Mediador/negociador e professor na maior universidade de Mediação dos EUA – Califórnia/Malibu); *Michèle Guillaume-Hoffnung (mediadora e professora, expoente em mediação de conflitos em Paris); *Luis Alberto Warat (autor do livro mais vendido sobre mediação de conflitos “Surfando na Pororoca”), e *Enrique Zuleta Pulceiro (pesquisador profícuo em mediação na Argentina).

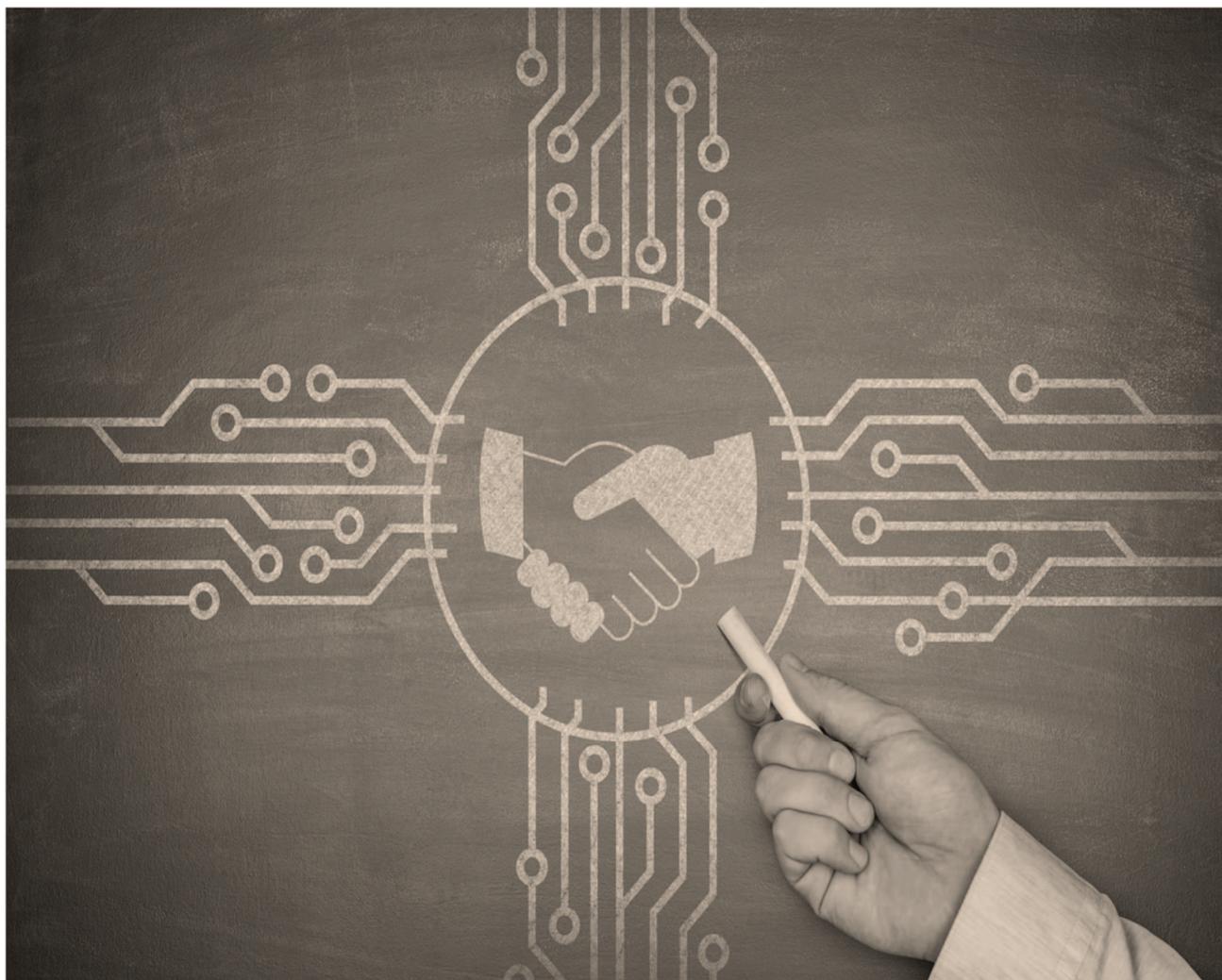
Na terceira parte (ponto 4), aprofundou-se a pesquisa da mediação sob a análise dos procedimentos internacionais acolhidos pelo Brasil e sobre a (im)possibilidade da adequação do direito para a institucionalização da mediação no judiciário. Buscou-se analisar com rigor quais os exemplos que estamos agregando para conseguirmos vislumbrar os caminhos que estamos trilhando. Dessa forma

podendo antever as problemáticas e falhas e corrigi-las/melhorá-las. O direito (positivo dogmático), assim como a mediação, não é perfeito e esse trabalho deseja mostrar que apesar das limitações de ambos, eles precisam coexistir, pois são tratamentos diferentes dados a um conflito, talvez tentar institucionalizar a mediação (adequar a mediação aos ritos tradicionais jurídicos), seria o mesmo que tentar adequar o direito (rito tradicional jurídico) a mediação.

Por fim, na tentativa de dar uma definição global da mediação, observam-se os princípios que regem a sua prática, pois as técnicas utilizadas garantem flexibilidade e abertura comunicativamente, evitando o engessamento do ritual (o direito sobrepõe esse efeito sobre a mediação), podendo ele se desenrolar conforme as partes se comportarem. Isso, pragmaticamente, portanto irá definir a mediação. Contudo, a definição global da mediação se dá através dos princípios seguidos pelos mediadores e pela condução que é dada independente do país, tribo, faixa etária ou classe social. Só isso evidenciará a diferenciação entre a mediação, outros meios consensuais de resolução de conflitos e a mediação institucional.

PRIMEIRA PARTE

TEORIA DA MEDIAÇÃO



2 MEDIAÇÃO

A linguagem enfatizando o ponto de vista da pragmática inspirou o desenvolvimento da prática da mediação. A iniciativa da mediação pertence tanto aos cidadãos que atuam individualmente ou em associações, quanto à profissionais: magistrados, psicólogos, assistentes sociais, funcionários públicos, entre outros¹⁰.

O procedimento de mediação privilegia e expõe a ausência de poderes, impondo como método a proibição de decidir coercitivamente, ou influenciar no acordo com o sistema binário. Esse procedimento se fundamenta na autonomia da vontade das pessoas implicadas, incluindo o mediador, e na responsabilidade de cada um. O pacto inicial de mediação imprime de forma decisiva um estilo de relacionamento entre os parceiros dos quais o mediador faz parte. Uma vez que o princípio da mediação é aceito, o mediador deve desenvolver sua estratégia caso a caso. Conforme Michèle Guillaume-Hofnung¹¹

A consistência leva à busca de correspondência entre a natureza de um fenômeno, sua definição e seu regime legal. O método indutivo, a partir da ampla observação de um fenômeno, permite isolar os recursos salientes e, assim, defini-lo. Aplicado a mediação, o método indutivo requer ir além da apresentação setorial da atividade social realizada na primeira parte. O estabelecimento de uma tipologia das variedades de mediações, combinado as observações da primeira parte, serve como base para uma definição de mediação, bem como uma suposição sobre sua natureza.

A síntese dos índices apresentados leva à hipótese da natureza convencional da mediação, uma questão que não deve ser confundida com as suas funções. A mediação é um serviço, ela e o contrato são atos que exigem a reunião de duas vontades. A natureza contratual corresponde bem ao dinamismo da mediação, ao seu caráter inovador, e oferece à ela um quadro jurídico coerente em todos os níveis necessários¹².

Contudo é necessário relativizar a distinção entre a mediação convencional e mediação judicial, pois ambas possuem as suas peculiaridades e o seu rito. Tendo em vista que o juiz não pode coordenar uma mediação nem impor às pessoas, a

¹⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 99.

¹¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 81.

¹² SALES, Lília Maia de Morais Sales. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 79-84.

mediação judicial se reduz ao intercâmbio de consentimentos, ou seja, à convenção. Como resultado, a chamada mediação judicial é uma mediação convencional com encaminhamento judicial.

2.1 Evolução da Mediação Brasileira e os seus Rituais

Por meio da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que atualizou o Código de Processo Civil, foi inserido no texto legal a prática da mediação de conflitos, a qual, juntamente com a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, classificada como a Lei da Mediação, começou a ganhar relevância na esfera dos tribunais por todo o Brasil. Junto a isso, encontra-se o fortalecimento da mediação judicial e da mediação privada¹³.

Figura 1 - A mediação no Brasil



Fonte: IBGE.¹⁴

¹³ PEREIRA, Ana Lúcia; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço; PASQUALIN, Roberto. O CONIMA e a mediação. In: MARODIN, M.; MOLINARI, F. (Org.). **Mediação de conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006. cap. 1, p. 23-24.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas do site**. Rio De Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/novo-portal-estatisticas-do-site.html>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

Acerca dessa questão, Ana Lúcia Pereira, Fernanda Levy e Roberto Pasqualin relatam¹⁵:

Pretendeu-se com esse novo instituto ampliar o universo dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, ainda pouco frequentes pelos governos, em avanço importante para aliviar juízes, desembargadores e ministros togados da hercúlea e desumana carga de trabalhos que suportam, na solidão de seus gabinetes, para dar conta de cerca de 100 milhões de processos judiciais em andamento nos fóruns e tribunais do país, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça.

Com base no que foi apresentado, é importante frisar, que a implementação do método consensual passou a ser incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125/2010, que determinou a implementação de centros judiciais para a resolução de conflitos. Dessa maneira, passou a ser recomendado aos tribunais brasileiros uma alternativa pacífica para solucionar as controvérsias existentes, antes mesmo da regulamentação legal¹⁶.

Assim, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB) e o Centro de Administração de Conflitos (MEDIARE), passaram a ser implementados pelos tribunais brasileiros, sendo responsáveis pela organização e seguimento das sessões de mediação e conciliação, somando-se a outros métodos consensuais que desenvolvam e estimulem à autocomposição¹⁷.

A Justiça brasileira, deve, portanto, ofertar dispositivos de acesso à justiça aos cidadãos, direcionados à pacificação social por meio da resolução de conflitos. Por esse motivo, alguns tribunais já têm instalados em suas dependências Centros de Mediação de Conflitos, os quais conquistaram muitos resultados exitosos, servindo assim, de modelo para outros tribunais que deverão implementá-los por imposição da Lei.

Segundo dado estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sobre a mediação que é feita no Brasil, 84% das pessoas entrevistadas

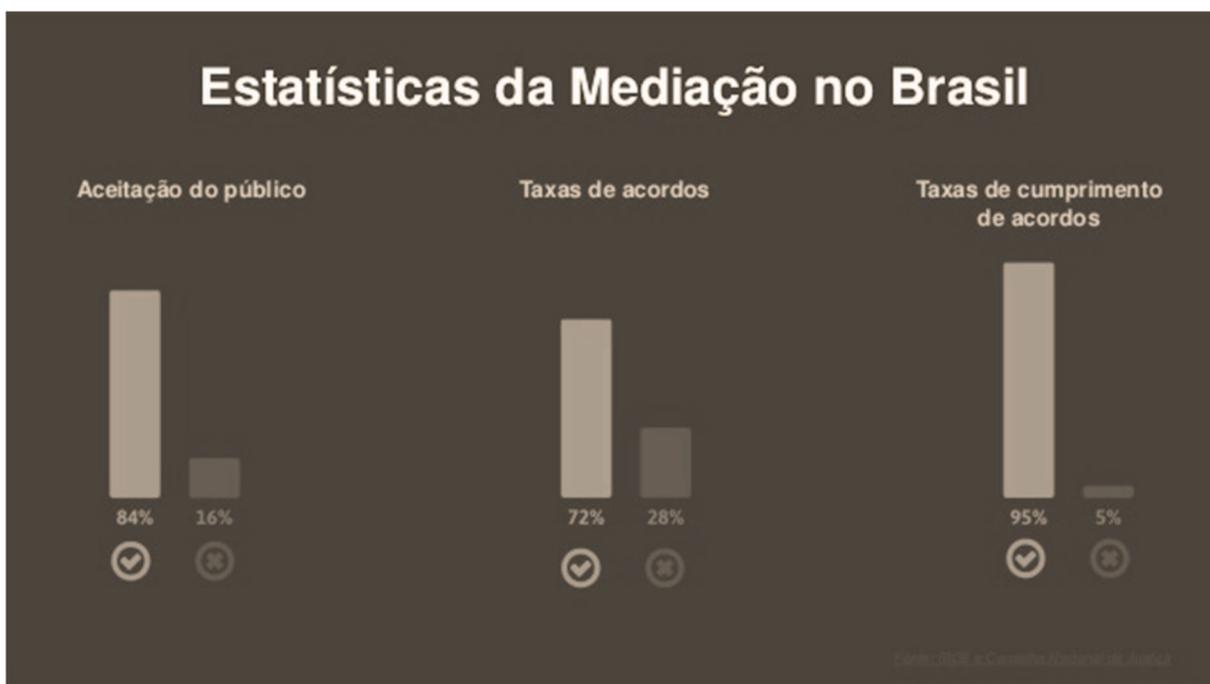
¹⁵ PEREIRA, Ana Lúcia; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço; PASQUALIN, Roberto. O CONIMA e a mediação. In: MARODIN, M.; MOLINARI, F. (Org.). **Mediação de conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006. cap. 1, p. 30-31.

¹⁶ PEREIRA, Ana Lúcia; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço; PASQUALIN, Roberto. O CONIMA e a mediação. In: MARODIN, M.; MOLINARI, F. (Org.). **Mediação de conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006. cap. 1, p. 30-34.

¹⁷ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 87.

aceitam a prática da mediação, 72% dos acordos são fechados com o uso dessas ferramentas e 95% dos acordos são cumpridos, como visto na imagem a seguir:

Figura 2 - Estatística da mediação no Brasil



Fonte: IBGE.¹⁸

Assim, juntamente com a atualização do Código de Processo Civil, a prática da mediação de conflitos ganhou um novo reconhecimento, fato esse, que Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgartten¹⁹ apresentam brevemente:

O Novo Código se preocupa com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 165 a 175. Em relação à mediação, a atenção é voltada exclusivamente à atividade praticada dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos, assim como a conciliação ou mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, o que será regulamentado por lei específica.

¹⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas do site**. Rio De Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/novo-portal-estatisticas-do-site.html>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

Analisando essas perspectivas, entre os tribunais que mais se destacam nessa categoria, está o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, disciplinarmente, através de um meio legal, a mediação judicial e extrajudicial foi proposta por diversos parlamentares do Congresso Nacional, sendo produzidos, portanto, distintos projetos de lei. Contudo, mesmo antes da formação dessas propostas, diversos processualistas do saber jurídico notório, debatiam e elaboravam anteprojetos, agregando positivamente na condução de projetos de lei até sua transformação em duas leis de grande impacto no ordenamento jurídico: a Lei da Mediação, nº 13.140 de junho de 2015 e a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que atualizou o Código de Processo Civil²⁰.

Atualmente, esse conjunto de normas, juntamente com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, formam um agrupamento normativo que disciplina e serve de norte para assuntos de mediação. Assim sendo, a conquista advinda dessas leis é indiscutível, pois os princípios norteadores para a condução de mediação estão claros e bem estruturados. Deles, são importantes citar: a aceitação quanto a autorregramento da vontade das partes; o domínio pleno do processo de mediação pelas partes; o processo legal adequado; em geral, a pleiteada confidencialidade; a diminuição das formalidades; a cooperação entre as partes; o consenso; além de outros princípios que transitam pelo Direito Processual Civil como regra, tais como a boa-fé e a isonomia²¹.

A autocomposição consensual de conflitos é um tópico tão expressivo que foi promovida a direito fundamental de acesso integral à Justiça pelo Novo Código de Processo Civil, como é o exemplo da mediação judicial. Acerca dessa questão, Petronio Calmon²² aduz:

A autocomposição é a solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito. Distingue-se da tutela jurisdicional porque enquanto esta é uma solução heterocompositiva exercida mediante a imposição de um terceiro imparcial, na autocomposição não há imposição e a solução é parcial. Distingue-se

²⁰ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 89.

²¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 46.

²² CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 48.

da autotutela porque enquanto esta é imposta por uma das partes, a autocomposição é fruto do consenso.

Percebe-se ainda, que a mediação judicial possibilita ao jurisdicionado acesso a construção, por si próprio, de uma solução possível e desejável no conflito em tela, através, apenas do auxílio de um terceiro facilitador, sem influenciar no conteúdo ou decidir pelos envolvidos. Essa questão é classificada como uma aquisição de extrema importância ao sistema multiportas do Poder Judiciário. Visto isso, é importante destacar que a falta de leis que rejam a mediação brasileira não é mais uma questão a ser levantada, pois há normas prontas acerca dessa questão, aprovadas e em vigência, conforme Silvana Yara de Castro Rodrigues²³ destaca:

A questão é tão relevante que o Código de Processo Civil de 2015 elevou a autocomposição consensual de conflitos a direito fundamental de acesso integral à Justiça, como é o caso da mediação judicial. A mediação judicial é mais uma agregação ao sistema multiportas do Judiciário, que permitirá aos jurisdicionados possibilidades de acesso, para, por si próprios, buscarem e construir uma solução positiva no conflito envolvido, com auxílio de um terceiro facilitador, sem qualquer poder decisório ou influência no conteúdo do problema. Portanto, resta superada a discussão por ausência de lei de mediação brasileira, tendo em vista que as normas estão prontas, foram elaboradas, aprovadas e estão vigentes.

A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas assentiram com o desenvolvimento, em 2014, de pesquisa direcionada à tese “boas práticas em Mediação no Brasil”, trazendo experiências do cotidiano com o implemento da mediação por tribunais de Justiça brasileiros, onde constam ainda projetos de tratamento de conflitos em andamento²⁴.

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), da Comarca de Jundiaí/SP, concebido antes da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, foi modelo para criação dos Centros de Mediação. Através da oferta por conciliação e mediação, o CEJUSC/Jundiaí instigava a seleção de conflitos. Assim, a triagem das demandas era uma etapa considerada de suma importância, pois tal filtragem permitia definir com maior precisão o caminho adequado a ser seguido. Além

²³ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 89-97.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; SADEK, Maria; Watanabe, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014. Disponível em: <<http://www.brundp.org/content/brazil/pt/home/paz/ongoing-projects.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

disso, levava-se em conta que tanto a mediação de conflitos como a conciliação, são munidas de particularidades próprias²⁵.

Por meio de dados apresentados, foi observado que, conseqüentemente, 65% dos conflitos se enquadravam à mediação de conflitos. Contudo, com o objetivo de aperfeiçoar a oferta do meio consensual, o CEJUSC ofereceu formulários de avaliação para medir o nível o nível de satisfação dos jurisdicionados ao que se refere os serviços de mediação prestados²⁶. Nestes mesmos moldes, Fabiana M. Spengler²⁷ informa:

Em face das crises que o Judiciário brasileiro atravessa atualmente é visível a necessidade de busca de alternativas que possam responder de forma célere e, principalmente, adequada ao contingente conflitivo atual. Assim, o presente projeto tem por objetivo criar um núcleo de mediação judicial incidental para fins de tratar os conflitos de maneira mais célere e adequada. Nesse ponto é que se vislumbra a possibilidade de contribuição social, almejando apontar a mediação como meio consensuado de tratar os conflitos levando em consideração as deficiências do modelo de jurisdição tradicional desenvolvido e operacionalizado a partir de uma perspectiva voltada ao paradigma formado pela dicotomia ganha x perde oposto daquela oferecida pelas práticas de mediação e que tem por pressuposto o ganha x ganha.

Explicando de modo simples, a mediação tem o intuito de criar uma esfera mais confortável, tranqüila e amistosa, dando um primeiro passo para que os participantes dela se sintam atraídos a criarem um acordo/solução. Diferente da audiência tradicional, o objetivo da mesma é propiciar um ambiente sem tensões, visto que ali não se busca disputar, mas acordar, com a finalidade de amigar ou pelo menos harmonizar a relação das partes²⁸.

²⁵ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3º Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 91, jan./jun., 2011.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; SADEK, Maria Tereza; WATANABE, Kazuo. **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014. Disponível em: <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Estudo-qualitativo-sobre-boas-praticas-em-mediacao-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

²⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da jurisdição e a cultura da paz**: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 5., 2011, Porto Alegre. **Anais eletrônicos...** Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Web/978-85-397-0173-5/Sumario/3.1.4.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2018.

²⁸ AZEVEDO, André Gomma de (Org.) **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 171.

A estrutura da sala de mediação deve ser posta de forma harmoniosa, com mesa redonda e três cadeiras dispostas em igual distanciamento em torno dela. Assim, juntam-se mesas formando uma espécie de círculo, deixando as partes do processo lado à lado. Se houverem convidados, estes sentarão em cadeiras colocadas próximas da mesa. Lá é deixado à disposição lenços de papel e também chás e balas de sabores suaves e tranquilizantes, como forma de descontrair o momento delicado, visto que a mediação trata dos sentimentos, coisa que o processo judicial não faz, deve-se ter o amparo necessário para os momentos de desabafo e “lavação de roupa suja”. Já sabendo que as partes devem manter o respeito e a baixa tonalidade de voz durante a sessão. Os lenços são para as emoções extravassadas, as balas para descontrair, os chás e as águas com ou sem açúcar são para acalmar. É possível que sejam colocadas decorções que auxiliem na inteiração e bem estar dos participantes, respeitando sempre o credo e os demais direitos individuais do ser humano. Podem participar se forem permitidos pelas mesmas, familiares, amigos e colegas. Tudo para que os deixem seguros e mais confiantes. O advogado deverá acompanhá-los, visto que servirá como consultoria e amparo legal. Contudo, neste procedimento quem dialoga são as partes que conflitam, restando ao advogado apenas aconselhar quando solicitado²⁹.

Na abertura dos trabalhos é feita a apresentação/explicação do procedimento para os presentes, acentuando que ali estão para resolver o conflito que os envolvem, cabendo a eles a opção de participar ou não. Sendo aceito o procedimento, é informado que o acordo será elaborado por eles, pois que é um meio autônomo e democrático de alcançar resultados, e que ninguém é obrigado a acordar com algo que não lhes aprover, sendo este um meio de harmonizar a relação dos mesmos. Acentua-se que o acordo será firmado a termo e assinado pelos participantes e seus advogados na sessão ocorrente (nos casos de acordo) e será homologado pelo juiz posteriormente em encontro já previamente estabelecido. No caso da não aceitação ou da impossibilidade da solução do conflito, o processo voltará para o judiciário, ocorrendo o rito processual tradicional. Isso dependerá exclusivamente da escolha das partes³⁰.

²⁹ AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4, p. 36.

³⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.) **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. 2013. p. 171.

Seguindo o tramite, o mediador confirma os nomes das partes, apresenta-se e também faz com que todos os participantes da sessão se apresentem. Para que não haja troca de nomes ou confusões, é disponibilizado folhas de ofício para os mediadores, e também para as partes, para que possam anotar o que acham importante mencionar no seu momento de fala. Após, são explicadas as normas e regras do rito, como: da organização e do tempo das falas de cada um dos participantes, dos tipos de expressões que não são aceitos durante a sessão e do respeito mútuo que deve existir em todo o desenvolver do trabalho, não sendo permitido qualquer troca de agressão física ou verbal. Explica-se também o papel do mediador, que é de facilitar/traduzir a conversação, auxiliando-os a esclarecer seus próprios objetivos e preferências, também trabalhando na auto-avaliação das suas opções, ajudando-os a tomar decisões eficientes fazendo-os considerar suas situações particulares, e ainda oferecer a oportunidade de compreender a visão do outro³¹.

Nesse contexto, deve o mediador exercer papel de imparcialidade total, devendo perceber se é próximo ou conhecido de alguma das partes e questioná-los se é da vontade de ambos que o mesmo seja o facilitador mesmo assim. Caso haja objeção (também por questões de etnia, sexo, credo, empatia...), deverá haver sempre um co-mediador presente no momento, que deverá tomar o papel, salvo não havendo também objeção. Caso ainda houver, busca-se substituto ou transfere-se a sessão para outra data em que haja mediador que se encaixe³².

Seguindo sem objeções, é citado o princípio da confidencialidade. Isso significa que no acordo homologado ficam escritos apenas os pontos combinados entre eles e nada mais. Assim, os sentimentos e as intimidades mencionadas ficarão em sigilo. Nota-se ainda, sobre a postura do mediador nas sessões devem manter comportamento tranquilo, equilibrado e firme, pois assim dava sustentabilidade, respeito e estabilidade à sessão. A partir disso, o decorrer dos trabalhos ainda ampara muitas outras peculiaridades que se dão a cada caso em singularidade. Pois o andamento da mesma varia conforme os fatos vão se desenvolvendo. Para isso há

³¹ AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4, p. 19.

³² FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Ovivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. p. 120-137.

diversas técnicas e procedimentos a serem adotadas para que se possa dar total amparo a todas e quaisquer eventualidades ou surpresas.

Ao final da mediação, havendo o acordo, parcial ou total (pois é aceita a resolução de acordos de forma parcial pelo corpo julgador) é dada uma folha de ofício onde devem constar dados como: nome completo, data de nascimento, endereço e telefone, que ficará no cadastro dos mediados. Em seguida é entregue uma outra folha, esta com questões acerca do trabalho feito, perguntando como se sentiram, se houve imparcialidade, se gostaram do trabalho realizado, se gostariam de participar novamente da mediação caso houvesse outra lide, pedindo ainda uma nota de 5 a 10 para o procedimento e ao final, abrindo espaço para críticas e sugestões. Neste questionário a identificação é opcional³³.

Além disso, é necessário analisar as formas de conduzir o diálogo, juntamente com os estágios da mediação e os métodos utilizados. As técnicas elaboradas para a conversação das partes na sessão de mediação, são instrumentos propiciadores de uma reestruturação na relação dos participantes do conflito. Através da comunicação, da argumentação e da exposição dos sentimentos será alcançado o tratamento necessário para o caso conflituoso, resgatando o bom relacionamento ou criando a partir daí uma relação harmoniosa e fraterna. Toda essa comunicação é realizada por meio de um rito/procedimento amparado por técnicas.

Utiliza-se como parâmetro de análise e de trabalho os pressupostos da argumentação e da contra-argumentação como meio de conseguir amparar e estruturar esse momento. Ilustrando uma nova forma de compor os conflitos sociais. De começo a mediação, por ser um meio “alternativo” de solucionar e tratar os conflitos, traz toda uma bagagem cultural diferente do que se está acostumado. Iniciando pela disposição dos móveis na sala. A colocação dos móveis na sala de mediação é toda voltada para auxiliar no bom *animus* dos participantes. Ela deve ser montada sempre de forma a unir as partes, dispondo uma mesa redonda, com cadeiras. A mesa redonda dá a impressão de que ali estão todos na mesma posição, e ainda melhor, não tendo lados separadores. Estarão todos de um mesmo lado, aproximados, de lado e de frente. O mediador estará junto, na mesma mesa.

É bom ter sobre a mesa ou próximo, numa outra mesa, lenços de papel, balas, chás de aroma tranquilizante, açúcar, adoçante e água. Visto que a mediação trata

³³ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 175.

dos sentimentos, coisa que o processo judicial não faz, deve-se ter o amparo necessário para os momentos de “desabafo” e “lavação de roupa suja”. Já sabendo as partes que devem sempre manter o respeito e a baixa tonalidade de voz durante a sessão. Os lenços são para as emoções extravasadas, as balas para descontrair, os chás e a água com ou sem açúcar são para acalmar. Podem ainda ser colocadas decorações que auxiliem na inteiração e bem-estar dos participantes, respeitando sempre o credo e os demais direitos individuais do ser humano.

A mediação deverá instaurar uma sensação de liberdade, de tranquilidade, e de confiabilidade. A liberdade tornará a conversação mais aberta, dando margem à expressão dos sentimentos, deixando os participantes à vontade, anulando o desconforto ou a desconfiança, melhorando a qualidade da comunicação dos participantes. Isso facilitará os encontros, onde o mediador fará a apresentação do rito colocando as regras e a ordem dos acontecimentos. A apresentação é feita de forma simples, mas com profundo conteúdo explicativo. O (a) mediador (a) se apresentará e dirá que está ali para auxiliá-los a conversar, e que será através dessa conversa que eles poderão formular a solução para o conflito que os trouxeram ali. Ele irá conduzir a conversa, auxiliando-os a compreender melhor o que aconteceu, aclarando a situação. Questiona-se se já ouviram falar deste rito, e da opinião deles sobre (se já conhecerem), e da vontade de participarem. Havendo a concordância, o mediador passa então a colocação das regras³⁴.

As regras são as seguintes: 1 - não utilizar as palavras como meio de agressão ou confronto; 2 - manter um padrão de voz bom aos ouvidos, sem grandes alterações; 3 - ser educado: enquanto um fala, o outro escuta, sem interromper ou corromper as palavras do outro; 4 - cada um terá seu momento, sendo que terão o mesmo espaço de tempo para falar, não havendo dê/favorecimentos; 5 - é disponibilizada uma folha de ofício a cada uma das partes para que possam anotar o que forem recordando enquanto o outro fala, assim não ficarão ansiosos temendo esquecer o assunto e auxiliará na não interrupção; 6 – falar que é importante colocarem em palavras o que realmente desejam, o que precisam e o que é possível fazer para resolverem o conflito³⁵.

³⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 210-211.

³⁵ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 79-108, jan./jun., 2011.

Na abertura é bom ainda colocar palavras de pacificação, atraindo a tranquilidade e a harmonia ao ambiente, como por exemplo: - “Aqui nós não vamos lutar contra ninguém, mas a favor de alguém, que são vocês. Por isso seria positivo tentarmos ver o ponto de vista do outro, tentando identificar as qualidades existentes, propiciando um futuro de bons momentos que poderão ser desfrutados numa relação harmoniosa”. Além disso, é interessante colocar também que a intenção da mediação não é a aceitação dos fatos ou a passividade das partes (que significa o fechamento involuntário dos olhos diante de uma situação injusta), pelo contrário, a intenção da mediação é da pacificação, onde os olhos se abrem para buscar o tratamento e a solução mais justa para o conflito.

Deve-se ainda mencionar a confidencialidade. Explicando às partes que tudo o que for falado na sessão, não será comentado ou contado a ninguém, sendo tudo um segredo partilhado somente pelos presentes, não podendo ser utilizado nem em processo judicial. Apenas o acordo será publicado. Nos casos em que o conflito já estiver “judicializado”, o processo deverá vir para as mãos do mediador, para que o mesmo possa ler o conteúdo brevemente podendo ter ideia do assunto. Abre-se espaço, mesmo assim, para que os participantes expliquem o fato ocorrido³⁶.

Sendo prévia a mediação – antes da distribuição do processo – serão feitas perguntas para ambas as partes a respeito do ocorrido que os trouxe ali. A intenção não será de saber quem está certo ou errado perante os fatos, mas sim do que se deve ser trabalhando e resolvido. Assim que ambas as partes encerrarem suas colocações o mediador deve, de forma sempre positiva, fazer um resumo da história narrada. É importantíssimo que se de uma visão positiva da história para atenuar os sentimentos, fazendo com que sintam que nada de grave houve e que o caso tem solução. Dessa forma as partes se sentirão estimulados a continuar a conversa e a formular um acordo³⁷.

A importância do resumo se faz também porque ali se identificará mais claramente as questões, os interesses e os sentimentos. E será em torno disso que a conversa se fará. Após a abertura dos trabalhos e as colocações das partes, deve-se fazer um primeiro resumo. O resumo deve acontecer também no decorrer da

³⁶ AZEVEDO, André Gomma de (Org.) **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 199.

³⁷ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. WARAT: de Kelsen á mediação. In: LOIS, Cecilia Caballero; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Org.). **Da teoria da norma á teoria do ordenamento: o positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 1, p. 185-194.

conversação, como por exemplo: 1 – sempre que surgirem trocas de informações relevantes; 2 – depois de alguma sugestão ou ideia de uma possível solução à controvérsia; 3 – para resgatar os motivos principais de estarem ali (para que os possíveis conflitos subjacentes não se tornem o foco do diálogo, cansando e onerando a proximidade com a solução), filtrando as informações e trabalhando para afastar qualquer aspecto negativo que possa vir a atrapalhar a mediação, como por exemplo: a agressividade na apresentação das questões; 4 – acentuar as palavras positivas, ressaltando os bons momentos da conversa, trazendo os participantes mais para perto da solução, tornando assim a conversa mais produtiva³⁸.

Ao finalizar o resumo, deve-se sempre questionar aos participantes se a síntese feita dos fatos mencionados está correta, abrindo espaço para correções e acréscimos. Há ainda meios de colocação das palavras nas frases, como por exemplo: - “Deixe-me ver se entendi bem o que vocês disseram”. Contudo, existem momentos em que surgem questões controvertidas que aparentam não dar saídas ao caso. Neste momento, cabe iniciar as sessões individuais, assim o mediador poderá trabalhar com as partes individualmente, no mesmo espaço de tempo, a questão delicada, desmanchando este pequeno nó para auxiliar no nó maior. Além disso, nas sessões individuais que pode ser feita a validação de sentimentos, deixando transparecer que isso está sendo bem reconhecido e valorizado. A validação deve ser feita somente nas sessões individuais, nas conjuntas só será bem-vinda se ambas as partes compartilharem de tal sentimento. Ainda na sessão privada, cabe a inversão de papéis, fazendo com que se coloquem um no lugar do outro, auxiliando na compreensão dos fatos e dos sentimentos³⁹.

A despolarização do conflito é outra técnica necessária a fazer (não necessariamente em individual), pois mostra que ambas as partes estão ali porque têm interesse na resolução do conflito e que esta partirá deles mesmos. Ainda, que estão ali também porque houve uma falha na comunicação, sendo utilizado este método para aclarar auxiliando-os a compreender melhor a situação.

Um ponto de extrema valia é a prática da escuta ativa. O mediador deve sempre ouvir mais do que falar, pois será assim que conseguirá ler nas entrelinhas o que realmente está por detrás do ocorrido. Tanto nas palavras quanto na expressão

³⁸ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 200-207.

³⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 208-231.

corporal o ser humano demonstra seus desconfortos e animosidades. Fazendo isso o mediador conseguirá conduzir a conversa para áreas de conforto, transformando o ambiente em algo mais tranquilo e harmonioso.

Há três aspectos importantes para o decorrer da construção do acordo/solução: 1 - Conforme já mencionado, o mediador deve estar sempre entre as partes, nunca a cima e nem a baixo e isso deve ser sentido, sem necessidade de estar mencionando a imparcialidade, até porque se isso ocorrer é porque já há o sentimento da falta dela, podendo arruínas a sessão; 2 - Os *animus*/sensações dos participantes é sempre o mais significativo na mediação. Por isso é bom utilizar sempre termos e expressões coerentes, que deem o sentido objetivo da palavra, não dando brecha para má interpretação ou não compreensão do que se está falando. Crer no que se diz é fundamental para dar as palavras um sentido mais sincero e verdadeiro; 3 – Dar as partes liberdade para expressar suas atitudes, desejos e necessidades, sem se sentirem coagidos ou amedrontados⁴⁰.

Visto que todos os três aspectos entram no tramite da mediação, percebe-se que antes mesmo de intitular-se com o referido nome, ela já era planejada e gestada, ou seja, mesmo ainda não sendo a dita “mediação”, a intenção da existência já existia anteriormente. Assim, para estimular as partes a construírem um acordo, utiliza-se a técnica do afago⁴¹, desta forma, a cada ideia dada, vede-se valorizar e resumir o que a parte disse, instigando a outra parte a participar, dar uma contraproposta. Deve-se levar em conta ainda que nada deve ser forçado, o melhor é sempre deixar as partes à vontade para falarem ou não.

Para que o acordo tenha eficácia, deve-se prestar atenção a três pontos que podem ser obstáculos: 1 – buscar notar se há alguma necessidade ou preocupação que não foi atendida; 2 – perguntar se os familiares envolvidos concordarão com o acordado, visto que a sessão pode ser remarçada para dar tempo desta averiguação; 3 – ainda que ambas as partes cheguem a um acordo, é preciso sentir se o que estão combinando será realmente cumprido, que realmente é da vontade deles aquele combinado⁴².

Notados e revistos estes pontos (que podem notar antecipadamente o sucesso ou insucesso da sessão), prevê-se o encerramento do processo de

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. I y II. 4. ed. España: Taurus, 2003. p. 67.

⁴¹ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 43.

⁴² LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Edições Veja, 2001. p. 47.

mediação. Será então elaborada a redação do acordo, almejando pela escolha da simplicidade nas palavras e construções gramaticais. Após a elaboração, lê-se o termo para os participantes e questiona-se se isso que está no papel é exatamente o que eles colocaram durante as conversas e o que eles esperam que seja feito dali para frente, perguntando se ainda desejam alterar, acrescentar ou melhorar algo. Assim, imprimem-se duas vias, uma para cada participante, para que não haja problema de esquecimento de horários, valores e dias acertados. Assinam o termo as partes e caso estejam presentes, os seus advogados também, podendo depois validá-lo em cartório. Na mediação o Advogado pouco interfere, na verdade ele atua mais como um consultor do que propriamente um representante (como no rito processual tradicional).

Tendo finalizado a sessão, cabe ainda questionar às partes e aos seus advogados, o que acharam da mediação, como avaliam e o que esperam disso. Se gostariam de participar novamente caso venha a surgir um novo conflito. Estes dados podem ser anotados para que ao fim de cada mês posasse ter uma ideia da aceitação e do que pode ser melhorado. A mediação cumpre um papel fundamental, de disseminar a responsabilização das soluções de seus conflitos, visto que o acordo é sempre formado pelas partes⁴³.

Concluindo, ela é rito com técnicas não mais complicadas do que qualquer outro, nem mais que o tradicional ao qual estamos tão acostumados. Na verdade, crê-se que o rito tradicional requer bem mais técnicas, português rebuscado e termos introspectivos do que qualquer outro rito, dificultando o entendimento e compreensão da sentença. Assim, como alternativa ao Poder Judiciário, a mediação vem para simplificar e tratar o que realmente é necessário - o sentimento, pois é ele que dá vida aos conflitos/litígios e é por ele também que se resgatam, tratam-se e salvam-se as relações familiares/sociais⁴⁴.

Cabe ainda ressaltar, pontualmente, as ferramentas e técnicas utilizadas para a realização da mediação, como por exemplo o **raport**, que significa que você deve deixar os envolvidos no conflito, à vontade e tranquilos com a sua presença, para que

⁴³ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupo de Pesquisa, 2004. v. 4, p. 47.

⁴⁴ GAGLIETTI, Mauro; WILANI, Sheila Uhlmann; COSTA, Thaise Nara Graziottion. A mediação de conflitos diante da sociedade conjugal: pressupostos da teoria do discurso de Habermas. In: GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália Formagini. **Direito contemporâneo em pauta**. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: EDIURI, 2012. p. 82.

a conversa flua mais harmoniosamente. Enquanto isso, o **coach** significa que você deverá ser o “coordenador” da conversa, o que mantém a organização e estrutura.

A **liderança por credibilidade** significa que você deve se portar com imparcialidade, dando sempre a mesma importância para os sentimentos de ambas as partes, valorando o que há de positivo num e no outro, conquistando-os. Deve ainda liderar, mas transparecendo que todos ali presentes tem o mesmo status. Assim, nas **múltiplas variáveis** cria-se um ambiente mais propício para a paz, a harmonia e a tranquilidade. Na mediação (onde participei) colocavam-se chás com aromas relaxantes e balas para descontraírem o momento. Também tinham lenços à disposição. Havia uma mesa redonda com cadeiras dispostas proximamente, criando uma proximidade quase que inconsciente. Ornamentos e decorações também cabem; tudo vai da criatividade que cada pessoa tem⁴⁵.

A **técnica do resumo** serve para dar foco à conversa, e cabe ser feita na abertura da conversação e em todo o momento em que houver colocações que devem ser, mas amplamente expostas para que não haja dúvidas de interpretação. Já, a **paráfrase** serve para dar início aos resumos de forma humilde e amistosa. As formas estão descritas nos slides anexos.

Assim, a **identificação de questões, interesses e sentimentos** é o momento em que o filem do mediador faz diferença. É o momento em que se identifica a real questão do conflito. Pois que por vezes por de traz de um tapa ou puxão de cabelo, se revela o motivo do conflito. Assim como por de traz de um pedido de alimentos (pensão alimentícia) de esconde a mágoa ou um amor não correspondido ainda latente, e que deve ser tratado suavemente.

A **validação de sentimentos** é sempre de grande utilidade a validação dos sentimentos, indicando aos envolvidos que o mediador identificou, em um tom normalizador, o sentimento gerado pelo conflito. A validação de sentimentos somente deve ocorrer em sessões conjuntas se as duas pessoas compartilham o mesmo sentimento (por exemplo: “-imagino que ambos devem estar bastante aborrecidos e até frustrados com o esforço que fizeram para serem bem compreendidos e ainda ter ocorrido esta série de falhas de comunicação”). Em regra, a validação de sentimentos

⁴⁵ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 200-207.

ocorre em sessões individuais. Desse modo, devem ser utilizadas expressões delicadas⁴⁶.

A **resolução de questões** são um dos principais obstáculos que impedem os conflitantes de chegar ao acordo poderão ser de três ordens: a) talvez exista alguma necessidade ou preocupação não atendida; b) mesmo que, pessoalmente, os conflitos se disponham a concordar, talvez se preocupem com a opinião de outras pessoas cuja aprovação lhe seja necessária ou desejável; c) ainda que ambos digam sim à proposta, talvez esse sim não seja duradouro.

A técnica da **despolarização do conflito** demonstra a necessidade de mostrar às pessoas que ambas têm interesse na resolução da disputa e que a solução partirá delas mesmas. Tudo isso se dá porque, o ser humano tende a polarizar suas relações conflituosas, acreditando que, para que um possua êxito o outro necessariamente precisará abrir mão de suas posições/pretenções. Aqui, entra a função do mediador que sem qualquer forma de pressão demonstrará que na maioria dos casos os interesses reais da pessoa são congruentes e conexos entre si e isso só não foi verificado antes porque ocorreram falhas na comunicação⁴⁷.

A técnica do **afago**, também conhecida como reforço positivo, consiste em dar uma resposta positiva por parte do mediador a uma iniciativa elogiosa, eficiente e positiva da parte ou do seu advogado. Assim, o afago é um meio de estimular essa iniciativa/comportamento. O afago pode consistir numa frase como: “-Interessante essa sua proposta. Parece-me que podemos começar por ela para buscar o acordo na presente ação”. Mas o afago também pode consistir em uma expressão facial ou de linguagem corporal. Enquanto isso, a técnica do **silêncio** é muito poderosa. Muitas vezes as pessoas precisam ponderar antes de responder e por isso, geralmente, ficam em silêncio. O mediador deve considerar o silêncio como aliado no aprofundamento das respostas. É importante, nesse caso, evitar a realização de perguntas ou a sua complementação nesse momento. O silêncio breve deve ser considerado um aliado do mediador nesses momentos⁴⁸.

⁴⁶ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupo de Pesquisa, 2004. v. 4, p. 49.

⁴⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 55.

⁴⁸ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 200-220.

Na **inversão de papéis**, pretende-se estimular a empatia por intermédio de orientação para que cada um perceba o contexto também sob a ótica do outro. Deve ser usada prioritariamente em sessões privadas e aplicá-la. O mediador explica que se trata de uma técnica de mediação e que tal procedimento também será realizado com o outro em sessão também individual. As pessoas sentem constrangimento pelo fato de estarem em juízo e tendem a imputar culpa ou responsabilidade pelo fato de se encontrarem em disputa.

A **escuta ativa** é a técnica por meio da qual, o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não verbais (postura corporal), percebendo assim, informações ocultas contidas na comunicação. A escuta ativa permite obter informações concernentes a elementos essenciais no processo de resolução de disputa, tais como, credibilidade e interesse em resolver a questão. Através dessa técnica o mediador garante a quem fala que ela está sendo escutada, demonstra aceitação das emoções, permite que as explore, esclarecendo o que realmente sente e o porquê, além de fisiologicamente estimular a liberação de tensão, deixando-a expressar-se emocionalmente⁴⁹.

Essas definições encontram-se, com mais ou menos detalhes, em livros e manuais de mediação extra-judicial ou judicial, Direito de Família e mediação familiar e tais dimensionamentos estão diretamente relacionados à identificação e controle dos chamados vieses, bias ou erros de aferição do que se pretende avaliar⁵⁰.

Conforme o que foi analisado, Fabiana Marion Spengler⁵¹ ensina:

[...] é nessa linha que a mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador.

Do ponto de vista da construção de um indicador, é ressaltada a importância das propriedades de seus componentes, muitas vezes restringidos a numeradores e denominadores, que devem ser bem quantificados, registrados e processados, conformando-se em sistemas precisos de informação e gerando diferentes

⁴⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 222.

⁵⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 204.

⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 209.

"estatísticas", "coeficientes" (taxas, proporções, razões e outros). Ainda na perspectiva de definição dos indicadores, também importam critérios de qualidade historicamente agrupados em sete aspectos englobados como simplicidade, validade, disponibilidade, robustez, sinteticidade, discriminabilidade e poder de cobertura⁵².

Além dessas dimensões que asseguram a qualidade de um indicador e de uma avaliação objetiva, tendo por base dados válidos e confiáveis, o TJ do RS ressalta outros atributos atrelados à finalidade dos indicadores – devem ser capazes de representar e responder a prioridades em mediação, sendo ferramenta fundamental para a gestão e avaliação, sua utilização deve estimular o fortalecimento da capacidade analítica das equipes de mediação. Assim, enfatizando a informação como instrumento de planejamento e de gestão, chama a atenção para a finalidade central dos indicadores – de avaliar – e a perspectiva de juízo de valor sempre presente nesse ato. Alerta, então, que o indicador seria "a quantificação da realidade a fim de planejar um modo de interferir nessa própria realidade", porém, ressaltando que a "quantidade mede somente um aspecto da qualidade (realidade concreta)" e que "isso faz com que o conhecimento retirado dos números, muitas vezes, mascare aspectos importantes da realidade". E, ainda, que os indicadores refletem o 'sistema de valores' do profissional que os constrói, o que implica em que formule certas hipóteses e perguntas e não outras⁵³.

Com as pontuações feitas até aqui sobre a concepção de um indicador, são apresentados os rigorosos critérios postos como legitimadores da sua definição e utilização, mas também recupera-se o alargamento do olhar que se propõe para o manuseio crítico de indicadores, destacando sua finalidade e contexto como aspectos centrais que devem nortear os demais atributos de qualidade e de sua aplicabilidade. Nesse sentido, abre-se campo para pensar os indicadores em mediação de conflitos na perspectiva da definição de informação, entendendo que informação é a representação de fatos da realidade com base em determinada visão de mundo, mediante regras da simbologia⁵⁴.

Também destaca que informar é um processo dinâmico e complexo, envolvendo componentes tecnológicos, econômicos, políticos, conceituais e

⁵² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

⁵³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207.

⁵⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 120.

ideológicos, associados a um referencial explicativo sistemático. Em última análise, escolher este ou aquele indicador, quantificar esta ou aquela variável pressupõe, antes de se constituir uma questão estatística, a explicitação da concepção, dos objetivos e metas a serem atingidos pela mediação. No manuseio e análise do indicador/informação, deverão necessariamente ser incorporadas as reflexões acerca do contexto, historicamente determinado, que propiciou as condições para que o objeto específico se desenvolvesse. Percebe-se, dessa maneira, que esses são os referenciais que devem abrigar a discussão de indicadores no âmbito da humanização. Interessa-nos reforçar que o seguimento de critérios não significa o enquadramento em processos rígidos e descontextualizados de avaliação⁵⁵.

Alguns tópicos são levantados no ponto de vista do mediador, sendo importante citar: a obrigação de esclarecer o que é mediação e suas normas gerais durante o procedimento; a forma de auxílio prestado aos usuários com a finalidade de possibilitar o diálogo; o estímulo aos advogados pelo mediador para participarem ativamente da sessão; e a boa conduta e cordialidade esperada do mediador, contudo, desde o começo do processo de mediação, o mediador deverá esclarecer às partes o significado de mediação, bem como informar sobre as normas gerais que deverão ser obedecidas ao longo do procedimento desse método. Por isso, torna-se óbvia a posição notória e indispensável que o mediador de conflitos possui, sendo figura central para prática sadia da mediação judicial⁵⁶.

Atualmente, nessa senda, os nortes seguidos pelos mediadores do CEJUSC/Jundiaí vão ao encontro das normas e princípios vigentes sobre mediação, requerendo apenas o seu aprimoramento conforme os termos do CPC/2015, da Lei de Mediação e da Resolução nº 125/2010 do CNJ, na atual versão, que exige manter plenamente informado o jurisdicionado quanto aos seus direitos e o contexto fático que está inserido⁵⁷.

Da mesma maneira, vislumbra-se satisfação dos usuários do CEJUSC/Jundiaí, referente à possibilidade do mediador ajudá-los no processo comunicativo, tendo 79% dos mediados declarado excelente. A prática utilizada – é

⁵⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 109-115.

⁵⁶ AZEVEDO, André Gomma de (Org.) **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 189.

⁵⁷ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 90.

importante frisar – coaduna-se com o dispositivo de normas vigentes sobre mediação de conflitos, visto que estas exigem do mediador a participação em curso de capacitação, de forma que, somado a outras técnicas a serem estudadas, lhe seja permitido conhecer e compreender as de comunicação, tendo por finalidade promover tais técnicas durante o processo de mediação, para amparar as partes no diálogo⁵⁸.

Referente ao nível de compreensão; de como as partes jurisdicionadas perceberam o outro, houve uma sensação positiva de 75% dos serviços de mediação avaliados do CEJUSC/Jundiaí. Aferir esse fato resulta, certamente, na identificação de êxito no processo. Porque permite a mudança de um paradigma; mudando a cultura que prega um ganhador sobre um perdedor, para vislumbrar a possibilidade das duas partes saírem ganhando. Compatível com o sistema vigente e de mesmo sentido com o sistema vigorante, a mediação busca como fim principal a paz social. Para tal, é imprescindível, durante todo o procedimento de mediação, a conversação empática entre os mediandos. Finalmente, o diálogo deve desenvolver uma modelação positiva do conflito. As técnicas operacionais utilizadas pelo mediador devem permitir, para isso, o trabalho de reconhecimento e entendimento da parte adversa⁵⁹.

Constituído em 2011⁶⁰, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Mato Grosso do Sul é destaque após a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça pela experiência exitosa da mediação. Nesse Núcleo, os conflitos são triados pelos Juízes, que escolhem casos que se adequem ao meio da mediação, usando um critério de necessidade-utilidade. No prisma processual da mediação, a satisfação dos mediandos pelo NUPEMEC – MS foi unânime ao que tange à autonomia de manifestação, oportunizando a parte ser ouvida durante todo o processo, desenvolvendo a construção de um diálogo proveitoso e suficiente para findar o conflito, sem a necessidade de pressão para realizar o acordo. Tanto a informalidade das sessões de mediação quanto a

⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. WARAT: de Kelsen á mediação. In: LOIS, Cecilia Caballero; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Org.). **Da teoria da norma á teoria do ordenamento: o positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 1, p. 185-194.

⁵⁹ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 90.

⁶⁰ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD no Brasil). **Estudo qualitativo sobre boas pratica em mediação no Brasil**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/recrutamento/20140428_1130.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

imparcialidade do mediador foram considerados pontos positivos pelos jurisdicionados do NUPEMEC – MS⁶¹.

O cumprimento da informalidade nas sessões de mediação é um ponto tão latente, vale ressaltar, que o Código de Processo Civil, bem como a Lei de Mediação estabeleceram-no como um dos princípios norteadores do processo de mediação como um todo. O contentamento trazido aos mediados pelas sessões de mediação do NUPEMEC – MS que resultaram em acordo é notável, de forma que muitos voltariam a procurar o meio consensual para resolver conflitos futuros, além de possivelmente indica-lo para outras pessoas.

As notórias experiências do NUPEMEC (TJ/MS) e do CEJUSC/Jundiaí (TJ/SP) confirmam a mediação judicial como caminho para possibilitar o diálogo empático entre partes de uma disputa, utilizando o amparo do mediador para chegar a um acordo favorável a todos, atingindo uma humanização do processo.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul chama atenção como referência histórica na aplicação da mediação, aplicando-a desde 1997 e produzindo resultados além do satisfatório desde então. Desse instituto, é clamado como pioneiro. Sua contribuição é tão relevante que as experiências favoráveis da mediação estudadas por esse Tribunal foram levadas a VIII Conferência Foro Mundiais de Mediación realizada em Valencia, Espanha, no ano de 2012, por doutrinadores brasileiros que palestraram no evento. Assim, através do citado Tribunal, no ano de 2009, foi instituído por meio da Resolução nº 780/2009 – COMAG, em 1ª grau, a Central Judicial de Mediação, com a finalidade de regular os procedimentos da mediação. No entanto, o ingresso à mediação coincidia com o público-alvo de acesso ao JEC, à Defensoria-Pública e a entidades parceiras similares.

As normas da mediação judicial foram alinhadas à Resolução nº 125/2010 do CNJ mais tarde, formando o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, anteriormente a mediação na esfera do 2º grau. Através disso, a mediação no Tribunal de Justiça do RS progride, investindo em aperfeiçoamento de cursos, informações, programas, em benefício mútuo aos jurisdicionados e os operadores do direito que compõem o TJ/RS⁶².

⁶¹ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3º Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 79-108, jan./jun., 2011. p. 76.

⁶² RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 96.

Seguindo o exemplo do NUPEMEC – MS e CEJUSC/Jundiaí, o Núcleo de Mediação do TJ/RS realiza avaliações dos resultados da mediação, através de consulta aos mediandos. Tal atitude positiva, somada a história da casa, leva o TJ/RS ao topo da lista dos tribunais brasileiros mais bem sucedidos e com menos taxa de congestionamento de processos no 2º grau de todo país, representando apenas 26%. Os princípios adotados na postura de mediação de conflitos adotada pelos NUPMEC – MS, CEJUSC/Jundiaí e Núcleo de Mediação Brasileira do TJ/RS, ainda que muito parecido ao ordenamento legal vigente em objeto de mediação judicial, necessita de aperfeiçoamentos e ajustes naquilo que contrariar as normas legais, bem como à Resolução nº 125/2010 do CNJ, em sua versão mais atual⁶³.

A mediação judicial on-line foi criada para acompanhar os avanços da pós-modernidade, era da tecnologia; e em respeito aos princípios da maior celeridade processual e livre acesso à ordem jurídica igualitária pelos cidadãos. Apoiada tanto no CPC/15 quanto na Lei de Mediação, significa acentuado progresso no direito interno brasileiro. Essa categoria configura mais um impulso às políticas internas de tratamento adequado de conflitos no Brasil, entende André Gomma de Azevedo, alcançando até grandes litigantes, como o é o exemplo das áreas de seguros, consumo e processos tributários, tais quais as execuções fiscais⁶⁴.

Feita sob a luz da Diretiva nº 11/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, seguindo a doutrina, a mediação digital prevista se debruça sobre a resolução alternativa de questões de direito do consumidor, com uma plataforma online criada para proporcionar às partes resolverem litígios advindos dessa atividade. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Emenda nº 2, de 8 de março de 2016, instituiu a implantação dessa categoria de maneira imediata, por esse motivo. A Criação do Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou à distância para prática pré-processual de litígios é competência do órgão CNJ; que, inclusive, deve disponibilizar ao público o serviço digital de mediação judicial, em deus devidos termos⁶⁵.

⁶³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de justiça em números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programaseacoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 04 nov. 2018.

⁶⁴ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça. 2013. p. 171.

⁶⁵ O fundamento da Diretiva foi “a crescente importância do comércio eletrônico e, em especial, do comércio transfronteiriço enquanto pilares da atividade econômica da União, é necessária uma infraestrutura de RAL para litígio de consumo que funcione eficazmente e um quadro de resolução de litígios em linha (RLL) devidamente integrado para litígios de consumo resultantes de transações em linha, a fim de alcançar o objetivo do Ato para o Mercado Único consistente em fomentar a confiança dos cidadãos no mercado interno”. PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de**

Os processos já em curso no Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal ficarão sujeitos à adesão formal de sua unidade. Assim, a mediação eletrônica é representada por uma plataforma única atualmente, nomeada “Escritório Digital”, podendo unir a totalidade dos sistemas judiciais em apenas uma janela on-line. Dando os primeiros passos, com o funcionamento bem recente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região fez uso do projeto-piloto que protagonizou a mediação digital na plataforma, gerando resultados satisfatórios⁶⁶.

Inaugurando a plataforma, Termo de Cooperação Técnica com o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 foi firmado pelo CNJ com a finalidade de solucionar conflitos gerados durante os jogos olímpicos de forma rápida e pacífica. O emprego do Sistema Nacional de Mediação Digital possibilitará uma troca mais dinâmica, trazendo proximidade virtual que permite a rápida resposta ao potencial conflito pelos pactuantes⁶⁷.

O sistema on-line une, também, jurisdição de diferentes localidades, permitindo que a questão seja debatida e chegue a uma conclusão de maneira civilizada e ponderada. Portanto, a conclusão chegada é que a aplicação da mediação judicial já se tornou realidade institucional e normativa, tendo diversos incentivos à sua expansão. O futuro com uma corrente dominante pacífica não será idealista e tão pouco utópico, mas será criado através do esforço conjunto da sociedade e do Estado, superando a cultura litigiosa de vez. O crescimento e a valorização da mediação é palpavelmente sentida na sociedade brasileira. No entanto, visando o desenvolvimento positivo da mediação no Brasil, muitos desafios não de ser vencidos.

2.1.1 Definição e Características

Levando-se em consideração o marco do imaginário comum dos juristas a mediação poderia ser definida como uma primeira aproximação das partes, um procedimento indisciplinado de autocomposição assistida (ou terceirizada) entre as partes conflitivas em diversas modalidades. É um procedimento que responde a determinados rituais e técnicas, princípios e estratégias que farão as partes

2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32013L0011>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁶⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 171.

⁶⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 234.

observarem o conflito por outro enfoque, revisitando os sentimentos de forma psicosemiótica, visando a descoberta de caminhos que poderão dar diferentes e novas respostas as questões que geraram o desentendimento⁶⁸. Acerca disso, Luis Alberto Warat⁶⁹ destaca:

A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

Desta forma a mediação é composta inicialmente por duas formas básicas: a voluntária e a mandatória. A primeira é definida pelas partes, onde na existência do conflito estas decidem de comum acordo buscarem auxílio na mediação. A mandatória decorre por determinação legal ou também pela vontade previamente definida em contrato pelas mesmas, não podendo ser imposta a nenhuma delas, visto que o acordo depende da vontade de elaborar e formar uma solução própria⁷⁰.

Existem ainda dois tipos de mediação: a institucional e a autônoma. Nas duas se busca o mesmo fim, a paz no convívio social, mas de formas bastante diferenciadas. A mediação institucional foi chamada pelo Poder Judiciário a servir a instituição e aos clientes desta, tendo instituído mediadores que trabalhassem para atenuar o congestionamento dos tribunais ao fazer com que estes processos não cheguem até eles, a partir do momento em que são previamente regulados sob o controle do mediador⁷¹.

Já a mediação autônoma é bem diferente, pois é composta por mediadores cidadãos, que são aqueles que naturalmente amparam e conduzem um conflito à sua solução. São gerados pela sociedade e estes têm com naturalidade a sensibilidade

⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 57.

⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 60.

⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 23-25.

⁷¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 222.

de lidar com as desarmonias sociais, levando a pacificação a todos que a desejam. As origens diferenciadas são bastante significantes, pois modificam a conduta e a maneira de agir de um e de outro mediador, diferindo assim na forma da aplicação da mesma. Os mediadores institucionais são em sua essência especialistas formados para atender a um problema específico, exprimindo um poder de condução e trazendo respostas aos problemas evidenciados⁷².

Nesse diapasão, os mediadores cidadãos são levados a constatar os conflitos somente por meio de sua sensibilidade. É importante que sejam verdadeiramente um terceiro elemento que se colocará entre as partes, tomando cuidado para não exagerar com o peso do seu poder e cuidando para não influenciar, visto que, muitas vezes, residem na mesma comunidade das mesmas. Luis Alberto Warat⁷³ exemplifica o potencial transformador de um conflito:

A mediação, baseada em pressupostos psicológicos e psicoterapêuticos, fundamenta-se em uma teoria do conflito que não o vê como algo maligno ou prejudicial. A mediação mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, o conflito como uma diferença energética, não prejudicial como um potencial construtivo. A vida como um dever construtivo que tem que ser vitalmente gerenciado.

Uma das características da mediação é a privacidade, uma vez que o processo é desenvolvido somente com as partes pertencentes ao conflito e em local secreto que será divulgado somente se for da vontade das mesmas. O mediador precisa manter esse compromisso e deve também manter todos os assuntos em sigilo, zelando pelo bom desenvolvimento dos trabalhos. A privacidade somente será quebrada quando houver interesse público que se sobreponha ao das partes, ou seja, quando for determinado por decisão legal ou judicial ou então uma atitude de política pública⁷⁴.

Outra característica da mediação é a oralidade, uma vez que se trata de um processo informal no qual as partes encontram um momento para conversar sobre os conflitos que as envolvem, abrindo caminhos e possibilidades. A oralidade tem como

⁷² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas de jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45.

⁷³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 62.

⁷⁴ VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e prática – guia para utilizadores e profissionais. 2. ed. Lisboa: Agora Comunicações, 2005. p. 25.

propósito aproximar as partes através de um diálogo pacífico, visto que é intuito da mediação tratar e sanar os conflitos através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos. A partir do consenso advém a autonomia de formular a solução, feita por ambas as partes por vontade própria, o que evitará uma futura procura por homologação do Judiciário⁷⁵. Junto a essa liberdade de escolha, encontra-se quesitos que vinculam o princípio da dignidade, princípio esse que é apresentado por Fernanda Tartuce⁷⁶:

A mediação, enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino, está fundamentada na dignidade humana em seu sentido mais amplo. Afinal, permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia, resgate a sua responsabilidade e protagonize uma saída consensual para o conflito, o que o inclui como importante ator na configuração da solução da lide, valorizando sua percepção e considerando seu senso de justiça.

É necessário fazer constar a economia financeira e de tempo que a mediação proporciona. Processos que no rito judicial convencional levariam anos para se resolver, podem levar apenas o tempo de uma “audiência” de mediação. Isso ocorre muitas vezes porque é o único momento onde as partes falam por elas mesmas, de forma organizada e preparada para isso, podendo expor seus sentimentos e escutando os do outro também. Entretanto, se for produzida uma decisão injusta ou imoral é porque alguma falha ocorreu no processo da mediação. Não cabe ao mediador oferecer meios de solução, porém é de sua competência a orientação e manutenção da mesma⁷⁷. Assim, referente a esse posicionamento do mediador e da liberdade de escolha dos mediados, João Roberto da Silva⁷⁸ destaca brevemente:

Não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistando com sua atuação e imparcialidade. Não é um negociador que toma parte na negociação,

⁷⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 210-211.

⁷⁷ “Audiência”: geralmente são encontradas nos livros relacionados à mediação as chamadas *sessões* de mediação, que seriam dadas ao rito diferenciado, visto que em uma audiência tradicional há a imposição de posicionamentos e de certo formalidade para com as autoridades, enquanto que na “audiência alternativa” (sessão de mediação), o posicionamento das partes e do mediador se dão de forma diferente, colocando-se na mesma altura e na mesma mesa, pois busca-se a aproximação das partes, colocando-os de igual para igual, e a única formalidade pedida é o respeito mútuo, dando ao tratamento um sentimento de igualdade e imparcialidade, tornando o ambiente mais harmonioso e equilibrado, extraíndo o nervosismo e ansiedade.

⁷⁸ SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004. p. 109.

com interesse direto nos resultados. Dependerá das partes a conclusão das partes a conclusão da mediação como um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo ou decisão. Um mediador, ainda que seja um experto no tema tratado, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão. Ele cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes.

Sendo assim, torna-se a mediação a realização, numa pluralidade de formas, do fim que o Direito (na sua generalidade) parece negar ao ser na sua individualidade: a chance da decisão, da escolha pela melhor solução (feita pelos participantes) do conflito, visto que a organização estatal age sempre de forma invasiva e juridificada, tirando a oportunidade de uma decisão democrática e autônoma⁷⁹.

Mas como o intuito é de paz e de sempre somar esforços pelo bem da sociedade, aliar-se aos instrumentos de um e de outro (processo tradicional e mediação) torna-se imprescindível para se obter resultados mais céleres, benéficos e eficientes. Pelo fato da mediação ainda não ser amplamente implantada, ela deve respeitar certas normas e regras que não a são inerentes, mas que permitem que ela se coloque a disposição da sociedade de forma válida e reconhecida pelo poder judiciário, tendo validade perante o Estado.

Nesse sentido, traça-se caminho para que a mediação aos poucos se torne cultural e venha futuramente a ser implantada e sempre efetuada antes, durante ou até mesmo depois do processo jurídico. Dessa maneira, a mediação se adequa ao ser social e ao Poder Judiciário de forma homogênea, pois objetiva sempre a busca pela aplicação mais harmoniosa e justa das leis, traduzindo os sentimentos e as necessidades de ambos para que corresponda a criação e aplicação de regras/soluções eficazes. Assim, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten⁸⁰ agregam:

Em relação à mediação, a atenção é voltada exclusivamente à atividade praticada dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos, assim como a conciliação ou mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos

⁷⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 23-25.

⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, o que será regulamentado por lei específica.

Graças à teoria de Habermas, fica evidenciado que essa ideia nasceu muito antes do modelo nomeado como justiça alternativa, pois nasceu do desejo de uma democracia deliberativa, que inclui e dá face aos processos. Com efeito, todos os aspectos anteriormente mencionados tornam-se parâmetro para um desfecho feliz tanto na teoria de Habermas, que projetava uma política democrática autossustentável, quanto na prática de uma categoria jurídico/alternativa, desenhando um futuro que salienta mais os anseios e desejos (o que realmente está por de trás do pedido feito nos autos do processo)⁸¹. Assim, desmaterializa-se o engessamento dos sentimentos e trata-se do que realmente importa: o conflito/sentimento desarmônico, alcançando e incluindo até mesmo familiares e pessoas interligadas ao mesmo. Nesse sentido, Gunter Teubner⁸² também defende que:

É ainda uma questão em aberto a de saber se o direito se deve confinar a uma função de conciliação ou compatibilização dos conflitos intersistêmicos, ou se poderá ir mais longe, introduzindo o interesse social global no processo de mediação.

Deste modo, Gunter Teubner⁸³ ainda destaca a importância da autonomia para a concretização desta ideia afirmando:

A evolução sócio-jurídica é assim caracterizada pela interação entre aquela evolução 'endógena' do sistema jurídico, por um lado, esta evolução 'exógena' da envolvente social, por outro. Na realidade, a evolução endógena do direito é influenciada pelos desenvolvimentos exógenos, na medida em que determinados princípios da organização social ora aumentam, ora diminuem, a importância relativa dos mecanismos evolutivos endógenos (normas, processos, dogmática), influenciando em qualquer caso a partir do exterior a dinâmica interna do sistema jurídico.

Sendo assim, consideram-se os métodos não adversariais de resolução de conflitos uma nova e positiva opção para o Poder Judiciário e para a sociedade (conflitos judiciais e extrajudiciais) de transformarem seus conflitos em entendimento,

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 78.

⁸² TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 223.

⁸³ TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 110.

de aclarar situações nubladas e de atrair para todos um sentimento recíproco de harmonia.

Na mesma linha de raciocínio, a comunicação não-violenta, pregada por Mahatma Ghandi, também trata da mesma forma de atitude, de reflexão e geração de autonomia e liberdade para resolver ou tratar os conflitos sociais. O que se buscava e ainda se busca incessantemente é a paz, a fraternidade, a comunicação que garanta estes sentimentos geradores de uma vida plena e feliz⁸⁴. Todo o segredo que envolve a mediação é brevemente apresentado por Luis Alberto Warat⁸⁵:

O grande segredo, da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo para tentarmos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajuda-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.

Neste sentido faz-se mister procurar uma nova forma de senso de justiça, onde o sentido da palavra “fraternidade”, na sua acepção mais profunda e irrestrita, seja colocada em prática nos campos onde há conflitos familiares (seara onde os sentimentos de amor, carinho e afeto podem ser bem trabalhados). Nessa seara, encontra-se a mediação familiar, a qual é analisada por Haim Grunspun⁸⁶:

A mediação familiar representa uma convergência de intenções projetadas no futuro e não necessariamente a vontade, os interesses ou as expectativas dos casais participantes. Os participantes comumente chegam a apoiar o mesmo arranjo ou acordo por várias razões diferentes. A resolução de conflitos não resolve necessariamente as tensões entre as partes. A resolução do conflito

⁸⁴ GANDHI, Mohandas Karamchand. **A roca e o calmo pensar**. São Paulo: Palas Athena, 1991. p. 87.

⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 26.

⁸⁶ GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar, o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 20.

pela mediação familiar pode simplesmente e de forma suficiente alinhar os assuntos de tal forma que os participantes façam progressos suficientes para as suas finalidades, na maioria das vezes centralizando os filhos e preferindo chegar a uma declaração de acordo do que se manter na situação de incerteza e estresse por uma declaração de desacordo.

Portanto, a mediação familiar necessita do enfoque fraterno para tratar e dar a oportunidade que a sociedade necessita, oportunidade esta que propicia a uma conversação que restaura, que reestrutura os vínculos das relações afetivas humanas, dando a toda a sociedade uma nova visão e sentimento sobre conflito.

2.1.2 Princípios da Mediação

É muito importante destacar, que os princípios norteadores da mediação brasileira devem ser respeitados tanto no âmbito da mediação judicial, quanto na mediação extrajudicial. Os princípios da mediação estão disciplinados pelo Código de Processo Civil Brasileiro⁸⁷, que são os seguintes: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada⁸⁸.

Em uma sessão de mediação, inicialmente, deverá ser realizada a apresentação dos mediados e dos mediadores. Assim, após isso, deverão ser anotados os nomes das partes para uma utilização futura. Após isso, o mediador deverá explicar o seu papel, questão essa que é relatada por Luis Alberto Warat⁸⁹:

A mediação também caracteriza-se pelo terceiro que ajuda. Esse tem que ser imparcial; isto é, um sujeito que unicamente tem poder de ajuda, não tem poder para decidir o conflito. O poder do mediador é para criar espaços transacionais (um 'entre nós' afetivo – informativo que facilita às partes a tomarem decisões). A função do mediador não é a função do poder (decisório), é um discurso amoroso destinado a inscrever as pulsões no registro de Eros. O mediador não decide, unicamente ajuda a realizar a reconstrução simbólica que permitirá uma eventual resolução (transformação do conflito) efetuada pelas partes.

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil brasileiro: Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174276278/lei-13105-15#art-165>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁸⁸ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 117.

⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 65.

Observa-se que o mediador não possui um poder de decisão, pois ele não é um juiz. Assim, ele deve manter a sua postura imparcial e de facilitador, ajudando os participantes a examinar e a expressar as suas metas e os seus interesses. Após isso, é necessário descrever para os mediandos como funciona o processo de mediação, enfatizando a sua autonomia, juntamente com a informalidade da técnica e a possibilidade de participação de todas as partes bem como dos seus advogados (contudo, a presença dos advogados é essencial nos casos judiciais)⁹⁰. Acerca dessa autonomia das partes, Silvana Rodrigues⁹¹ destaca:

Por meio dessa autonomia, os mediandos podem ter liberdade para decidir se participam ou não do procedimento da mediação, recusar o mediador judicial designado por distribuição do Juízo, salvo se não houver acordo expresse de recusa de ambos. Partindo dessa premissa, pode-se concluir que, os princípios do pleno domínio do processo pelas partes, o da autonomia da vontade das partes e o do respeito ao autorregramento da vontade das partes se encontram entrelaçados, indissociáveis, para fins de uma melhor aplicabilidade prática da mediação.

Além disso, a mediação de conflitos é uma ótima oportunidade para as partes envolvidas em determinado conflito conversarem. Assim, é possibilitado uma sessão de mediação privada ou individual. Cabe ressaltar, que todas as sessões de mediações são extremamente confidenciais e não podem servir como provas em um processo judicial. A forma com que o mediador vai conduzir a mediação é extremamente importante e deve ser realizada de uma forma delicada, onde ele deve sempre escutar as preocupações e as perspectivas das partes, para assim, resolverem juntos determinado conflito. Tudo isso tem como foco principal a busca pelo consenso das partes, o que é exemplificado por Silvana Rodrigues⁹²:

É importante destacar que o princípio da busca pelo consenso dependerá, também, do espírito cooperativo dos sujeitos envolvidos. Nessa seara, o princípio da cooperação é inerente àquele, de forma que os interesses sejam reconhecidos por cada um, como forma de se chegar a um mútuo acordo. Logo, deve transformar o ambiente de

⁹⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 174.

⁹¹ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 69.

⁹² ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. **Mediação em Warat: releitura sistêmica da ecologia do desejo**. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4, p. 59-74.

mediação em uma verdadeira comunidade de trabalho, para isso, indispensável o compromisso sério do mediador no que se refere ao trabalho de conscientização dos mediados nesse processo cooperativo.

Além disso, é necessário revelar algumas informações que são extremamente relevantes para as outras partes, como por exemplo, o papel dos advogados, o processo a ser seguido, o tempo de duração das sessões de mediação, a logística que será utilizada, as regras básicas para condução do processo, a possibilidade de sessões privadas ou individuais e o recebimento de perguntas.

Nestes termos, serve como exemplo prático de abertura da mediação o seguinte ensaio: “Boa tarde, meu nome é _____ (caso tenha mais de um mediador, todos devem se apresentar). Vocês podem me (ou nos) chamar pelo primeiro nome mesmo. Gostaria de dar as boas-vindas à mediação (apresente todos os demais presentes na sala de mediação e peça permissão para a presença de todos).

Confirmando os nomes: A Sra. Se chama _____ e o Sr _____, correto? Como gostariam de ser chamados?

Alguns de vocês já participou de uma mediação? Apesar de já terem participado de uma mediação antes, gostaria de explicar qual o nosso modo de trabalho, pois mediadores adotam métodos de trabalho distintos.

Vamos tomar alguns minutos para explicar o processo de mediação e os papéis de todos os envolvidos. (Co-facilitadores)⁹³ e eu, temos formação e experiência na área de mediação. Estamos aqui por nossa livre vontade porque acreditamos que a mediação é geralmente o melhor meio de resolver diferenças. A mediação é um processo no qual nós, mediadores, trabalharemos com vocês (ou senhores, como eles preferirem ser chamados) para ajudá-los a resolver a situação que os trouxe até aqui. Cada um de vocês terá a oportunidade para expor suas preocupações para nós e para as demais partes. Nós queremos ajudá-los a esclarecer seus próprios objetivos e preferências; trabalhar com vocês na avaliação de opções; ajudá-los a tomar decisões eficientes considerando suas situações particulares e oferecer a oportunidade para compreender o ponto de vista da outra parte.

Gostaria de assegurá-los de que nós não nos reunimos previamente com qualquer um de vocês antes desse nosso encontro. Sabemos muito pouco acerca da

⁹³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 24.

situação que os trouxe até aqui. Permaneceremos imparciais ao longo de todo o processo. Nosso trabalho não PE decidir quem está certo ou errado, mas sim entender suas preocupações e auxiliá-los a desenvolver soluções que atendam adequadamente seus interesses. Não somos juízes. Não estamos aqui para decidir por vocês ou pressioná-los a chegar a alguma conclusão ou alcançar algum acordo se vocês não estiverem preparados para tanto⁹⁴.

Uma vez que cada um de vocês tenha tido a oportunidade de explicar sua posição, trabalharemos de modo a ajudá-los a decidir o que fazer em relação às questões enfrentadas nesse nosso encontro. Um acordo formal é apenas um dos desfechos possíveis da mediação. Os resultados dessa sessão dependem de vocês.

A nossa experiência tem mostrado que a forma mais produtiva de estruturar nosso trabalho é, primeiramente, ouvir cada um de vocês sobre a situação que os trouxe até aqui. Faremos perguntas para que passemos melhor compreender suas preocupações. A partir de então, iremos sugerir que vocês se concentrem no futuro para resolver a situação pendente e para estabelecermos maneiras pelas quais vocês irão interagir futuramente. Se vocês alcançarem um acordo, nós podemos, se desejarem, firmá-los a termo para que assinem. Parece-lhes que o modo de condução da mediação aqui esboçado atende suas necessidades?

Existem algumas diretrizes que nos auxiliam a trabalhar de maneira efetiva com vocês. Durante a mediação, cada um de vocês terá oportunidade para falar. Como temos aproximadamente 40 minutos para cada mediação pedimos que tentem apresentar suas perspectivas em aproximadamente 5 a 10 minutos. Acreditamos ser útil que cada parte ouça atentamente a outra, de modo que cada um possa falar tudo que tem a dizer sem ser interrompido. Vocês concordam em evitar interromper o outro enquanto ele estiver falando? Nós fornecemos papel e caneta para que vocês tomem notas enquanto ouvem a outra parte. Em regra, pedimos às partes que anotem especialmente dois tipos de dados – os fatos novos que tenham tido conhecimento somente aqui na mediação e os fatos que vocês acreditam que a outra parte ainda não compreendeu ou que foram objeto de uma falha de comunicação.

Nossa segunda diretriz diz respeito à confidencialidade. Garantimos que não comentaremos com qualquer pessoa de fora do processo de mediação sobre o que for dito durante o procedimento. Portanto, sintam-se à vontade para falar abertamente

⁹⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 26.

acerca de suas preocupações. Durante o processo, podemos considerar falar com vocês individualmente – chamamos isto de sessão privada ou sessão individual - e se desejarem falar conosco em particular, por favor, avisem-nos. Caso nos reunamos com vocês individualmente, qualquer coisa que nos contem – e que vocês não querem que seja compartilhado com a outra parte – será mantido em sigilo.

Alguma questão sobre o processo?

_____, você propôs a demanda? Geralmente, começamos com a pessoa que solicitou a mediação. Desta forma, _____, ouviremos a _____ primeiro e, em segundo, você terá oportunidade de falar. Certo? _____, você poderia, por gentileza, contar-nos o que a trouxe até aqui.

Desta forma, recomenda-se que o mediador mantenha um comportamento tranquilo, equilibrado, firme e sereno⁹⁵.

2.1.3 O Processo de Mediação

Dando espaço a considerações quanto a utilização da mediação para tratar dos conflitos sociais e judiciais à luz do imaginário de Luiz Alberto Warat, se faz mister no embasamento dos assuntos pertinentes as formas de comunicação e inteiração com o outro e com o meio social como um todo. O Brasil, entre outros países adeptos ao sistema da *Civil Law*, defende a legislação como principal fonte do Direito. Isso porque Portugal deixou de herança para o povo brasileiro, vários elementos positivos nas diversas áreas da cultura humana e do conhecimento, fazendo com que a sociedade acreditasse apenas no poder do Estado para solucionar seus conflitos⁹⁶.

Dentre os métodos que vêm sendo bastante utilizado pelos países europeus e norte-americanos, tem-se a Mediação de conflitos, a qual, é exemplificada por Luis Alberto Warat⁹⁷:

Entendo a mediação no direito, em uma primeira aproximação, como um procedimento indisciplinado de auto-composição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades. É um procedimento, na medida em que responde a determinados rituais, técnicas, princípios e estratégias que em nome

⁹⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 27.

⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.60.

⁹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.57.

da produção de um acordo tenta revisar, psicosemioticamente, os conflitos para introduzir uma novidade nos mesmos. Essa espécie de movimento enlouquecido, impensado, impulsivo que, muitas vezes, as pessoas realizam em meio de encruzilhadas da vida, povoada de frustrações, que as conduzem a situações crescentemente piores, deve ser substituída (com a ajuda do mediador) por uma ação ordenada que inclua planos práticos, antecipações reflexivas de como atuar, sempre na linha de uma nova disposição para entender o mundo e nossos vínculos nele.

Assim, a mediação de conflitos busca a obtenção de um acordo favorável entre as partes litigantes, através da aproximação dos conflitantes, porém o seu objetivo maior é o de reconstruir o vínculo entre aqueles que estavam em conflito, fazendo com que os mesmos consigam manter um bom relacionamento após o processo de mediação. Essa questão é destacada por Águda Arruda Barbosa⁹⁸:

Mediação é comunicação, é um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual, uma terceira pessoa imparcial e especialmente formada para este mister, ensina os mediandos, por meio de um comportamento adequado no qual verbalizam, tomam a palavra – tornando-se capazes de volver os olhos para o futuro – em lugar de aprisionar o olhar no passado – e, assim, passam a narrar os projetos para uma nova fase da vida daquele núcleo familiar, despertando os recursos pessoais adormecidos

Tal é a valia da capacidade geradora da mediação, nos problemas em discussão; essa capacidade geradora da mediação cria possibilidades não antecipadas, nem pensadas, transforma potencialidades em novas realidades existenciais e outorga à experiência da mediação em algo do caráter aberto e sempre incompleto da aprendizagem e da criatividade. Além disso, Haim Grunspum⁹⁹ destaca:

Mediação é um processo no qual uma terceira pessoa, neutra, o mediador, facilita a resolução de uma controvérsia ou disputa entre duas partes. É um processo informal, sem litígio, que tem por objetivo ajudar as partes em controvérsia ou disputa a alcançar a aceitação mútua e concordância voluntária. Na mediação as tomadas de decisões e a autoridade ficam inteiramente com as partes. O mediador age como facilitador, orientando as partes na identificação dos temas, engajando as partes na solução dos problemas em conjunto e explorando as possibilidades de acordos alternativos.

⁹⁸ BARBOSA, Águda Arruda. Mediação familiar: Instrumento para a reforma do judiciário. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Morreira (Coord.). **Leituras complementares: direito das famílias**. Salvador: JusPODIVM, 2010. cap. 23, p. 386.

⁹⁹ GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar, o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 13.

Luis Alberto Warat, escreveu sobre seu "Reencontro com Kelsen" que foi a maneira que ele encontrou para apresentar a sua tese e, ao mesmo tempo, retomar esse debate. Uma das coisas que nós pensamos na época e depois Warat conseguiu realizar, foi fazer o "Kelsen em quadrinhos". A partir daí, começou em Florianópolis, um movimento que já existia na Europa, mas ali se tornou muito forte, assentado numa ideia de crítica do Direito.

Já, em 2013, Pierre Rosanvallon, escreveu "A Sociedade dos Ingovernáveis". Um texto que procura mostrar o desejo profundo das pessoas comuns tornarem-se protagonistas de um mundo onde os direitos humanos pertencem apenas aos políticos. Por isso a linguagem deve ser elaborada a partir de metáforas que permitem a abertura significativa para uma inclusão do outro.

Estamos em um tempo onde o rude e a rispidez já não colaboram com o desenvolvimento das relações, seja de amizade, de trabalho ou de amor. O "Nosso Tempo", como bem observou Eligio Resta¹⁰⁰, solicita que sejam expostos e colocados em prática os Direitos Humanos, conforme refere:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos conflitantes estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar 'comum', somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem encontrar vigor, também, aqui, senão graças à própria humanidade. Bastaria para tanto, escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como 'ser homem' e 'ter humanidade'.

Na última expressão supra citada, onde o autor menciona a diferenciação da definição de valores que deve ser feita entre "ser homem" e "ter humanidade", é percebida uma ligação de pensamentos entre Ele e o autor Paulo Freire. Do mesmo modo, é apresentada a importância de um Brasil onde a brasilidade e a cordialidade seriam construídas no contato com as diferentes culturas existentes. Parece, assim, que a decisão do despertar de consciência para a realidade de uma nova

¹⁰⁰ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 13.

comunicação, sendo ela mais afável, aberta, receptiva e observadora, depende unicamente e exclusivamente da boa vontade do ser humano em tornar-se humano¹⁰¹.

É possível sim, que a mediação possa auxiliar neste despertar, pois ensina a passos lentos como direcionar as palavras, como identificar os sentimentos e ainda como expressá-los. Portanto, a mediação corresponde a um reaprender a se comunicar¹⁰², dando a oportunidade de todo cidadão da nossa sociedade, de conhecer e se auto compreender dentro de uma nova perspectiva, mais saudável, que lhes fará sentir-se melhor, não só pela reflexão, mas pela autonomia, pelo empoderamento gerado de resolver seus conflitos¹⁰³. Assim, Luis Alberto Warat¹⁰⁴ frisa que:

A mediação que realiza a sensibilidade é uma forma de atingir a simplicidade do conflito. Tenta que as partes do conflito se transformem descobrindo a simplicidade da realidade. A mediação com sensibilidade é uma procura da simplicidade.

A mediação como forma ecológica¹⁰⁵ de negociação, conforme Luis Alberto Warat, traz aos participantes do conflito/litígio uma transformação na percepção do seu mundo e ao redor, colocando em prática o princípio da alteridade e da responsabilidade. Isso modifica radicalmente todo um sistema de soluções já previstas e que tornam a reconciliação algo saturado e desinteressante para as partes. Inicia-se então uma nova era, onde para novos tempos exigem-se novas proteções contra as “tormentas”¹⁰⁶. Assim, Luis Alberto Warat¹⁰⁷ destaca:

[...] a mediação como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e critério epistêmico de sentido. É a mediação a melhor formula até agora encontrada para superar o imaginário do normativo jurídico, para a realização do feminino no Direito. Estou falando da permanente busca, de ir sempre mais além dos desejos, que é a característica mais específica do feminino.

¹⁰¹ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 13.

¹⁰² LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. Lisboa: Edições Veja, 2001. p. 67.

¹⁰³ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 16.

¹⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 31.

¹⁰⁵ **Ecológica**: nesse artigo deseja-se expressar o sentido da palavra ecológica como intenção e desejo de algo saudável. Algo que traz benefícios e que gera uma melhora no relacionamento entre os participantes de um conflito/litígio.

¹⁰⁶ WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1999. p. 2.

¹⁰⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 87.

Graças à mediação abrem-se caminhos antes pouco evidenciados, que é do tratamento e da valoração dos sentimentos. Desde os primórdios, a justiça trata do fato ocorrido, encaixando a lei correspondente, deixando os sentimentos que motivaram o acontecido desconhecidos e desvalorizados. Dessa forma nota-se que, assim como uma erva daninha, o que se faz com o litígio é ceifar o caule, deixando as raízes ainda todas na terra, restando possibilidades para que se refaçam novos brotes¹⁰⁸.

Ainda que o conflito tenha uma solução justa aos olhos da lei e da sociedade (não menosprezando as decisões do Poder Judiciário), há sempre um participante do caso conflituoso que se sente prejudicado, pois a decisão formada é dada por um terceiro, o qual nem sempre consegue ter a real dimensão do processo existente. Por isso, não há melhor solução do que aquela elaborada por quem sente e vivencia a desarmonia impressa nos autos, que é interna e única, dados os valores que cada ser humano dá às peculiaridades existentes numa relação afetiva, econômica, social e tantas outras que envolvem o mínimo de sociabilidade. A mediação é, portanto, uma proposta jurídica de solução dos conflitos que escapa do normativo¹⁰⁹. Visto isso, Luis Alberto Warat¹¹⁰ relata:

Falar de alteridade ou de outriedade é dizer muito mais coisas que a referência a um procedimento cooperativo, solidário e de mutua autocomposição. Estamos falando de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, colocar-nos no lugar do outro para entendê-lo e entendermo-nos.

Dessa forma, o rito desempenhado pelas partes e pelo mediador torna-se uma composição perfeita, dando a assistência necessária e precisa para cada momento e sentimento colocado, garantindo mais segurança e contentamento ao acordo formado pelos participantes do conflito. Como anteriormente mencionado, o mediador desempenha papel de lisura, quase de transparência, apenas como foco de luz que traduz o que antes não se havia dado a correta interpretação. Ele também conduz o diálogo para que este não se perca nas subjacências do conflito, focando no motivo

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 91.

¹⁰⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 94.

¹¹⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 94.

principal, pois que, arrancado na raiz, o restante todo perde a importância anteriormente dada, sendo facilmente tratado e solucionado¹¹¹.

A partir de uma sessão de mediação, pode-se evidenciar, ainda, outras “raízes” (subjacentes ao conflito tratado) de importância semelhante ou maior do que a primeira, e que também podem ser acompanhadas e tratadas com o mesmo trâmite se for da vontade das partes, porém em outro momento, onde o foco seja desta outra. É por meio da mediação que os participantes colocam em prática o poder da autonomia e da democracia (de escolher o que creem ser o melhor), pois se investe neles a responsabilidade que tão comodamente aprenderam a “empurrar” ao Poder Judiciário. Essa responsabilidade proporciona uma melhora não só no conflito tratado, mas na vida íntima e em sociedade daquele que pratica os atos e os valores que configuram a mediação¹¹². Assim, todas as questões que envolvem os sentimentos dos conflitos são muito bem exemplificadas por Luis Alberto Warat¹¹³:

Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transforma; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas.

Transformando-se a mediação em cultura, transforma-se não somente o meio de tratar e solucionar os conflitos/litígios, mas traz-se à tona a evolução do ser humano e do ser social. A criança, que antes imatura se socorria ao pai para resolver seus desentendimentos, torna-se um adulto maduro e responsável que busca compreender as diferenças, compreender ao seu próximo e olhar para os conflitos com outros olhos, dando a eles perspectivas de novas respostas e soluções, saudáveis e construtivas¹¹⁴.

Apesar do Direito sempre ter lidado com conflitos, é recente o entendimento dos juristas de que esse é um objeto do qual merece reflexão. A história humana é repleta de situações onde a reflexão da nossa realidade não é tematizada; como

¹¹¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 126.

¹¹² FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Ovíde. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. p. 120-137.

¹¹³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 26.

¹¹⁴ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 32.

exemplo, menciona-se a escravidão e o direito a igualdade dos sexos: tais temas excluídos por longo período dos estudos sistemáticos que chamamos normalmente de ciência ou filosofia, deixando-se de acumular entendimento do processo evolutivo do ser humano. Porém, em um dado momento esses fatos passaram a ser entendidos como problemas, e por consequência indagados a receberem respostas. Assim se iniciaram os degraus de subida para o entendimento, para o conhecimento e para a evolução da sociedade¹¹⁵.

A partir do momento em que se identificou o problema ou o fato do qual não se encontrou resposta natural ou simples, iniciou-se uma caminhada em busca de uma nova alternativa, uma nova possibilidade de resolvê-lo. Isso se fez perceber que os métodos anteriormente utilizados para solucionar os conflitos não eram eficazes, instigando a buscar novas respostas e abrindo as portas para outros meios de solução, como por exemplo, o Tribunal Multiportas. Normalmente, os juristas viam o conflito como algo a ser combatido, algo negativo que deveria ser dominado e extinguido. Os conflitos são e sempre foram inevitáveis, em razão da existência de tantas diferenças sociais, econômicas, de interesses e de desejos, não havendo como anulá-los¹¹⁶. Assim, Carlos Eduardo de Vasconcelos¹¹⁷ cita:

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes das disputas tente a concentrar todo o raciocínio e elementos de provas na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os elementos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.

A organização do Poder Judiciário foi a de construir um saber dogmático que possuía respostas prontas para todo tipo de problema. Essa estratégia implicou na composição de juízes que deveriam decidir os conflitos mediante sua autoridade. Resumindo e simplificando, essa é uma descrição grosseira do Direito moderno, um breve relato do quão igualitário é o tratamento do individualismo pelo judiciário: onde

¹¹⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Textos Filosóficos, 1986. p. 98.

¹¹⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 57.

¹¹⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

as pessoas se compõem de diferentes motivos, esses interesses se conflitam com outros diferentes, e essa diferença precisa ser anulada mediante a aplicação de regras previamente definidas e aplicadas pelo juiz imparcial¹¹⁸.

A partir dessa percepção, há de se notar que o conflito impera como uma disfunção, como algo negativo a ser anulado. Assim, os juristas reuniram todas as tensões que ameaçavam a paz social no conceito de conflito, visto como algo a ser recusado, dominado ou anulado¹¹⁹. Na atualidade, essa visão encontra-se em crise, na medida em que se desnuda o desdobramento que o conceito da palavra conflito significa. Tal conceito vai muito além da percepção do impresso nos processos, pois abarca os mais variados tipos e origens e exige estratégias e meios muito mais flexíveis e diversos para o seu enfrentamento: decisão X violência. Assim, Maria de Nazareth Serpa coloca¹²⁰:

O conflito é instrumental da dialética natural. A energia de movimentação eterna dos opostos, do bem e do mal, do justo e do injusto, do certo e do errado, na busca de poder e de recursos. Longe de ser disfuncional, é elemento essencial na formação de grupos e manutenção desses grupos. O homem se agrega muito mais na guerra do que na paz.

Criou-se com isso a concepção de que haveria de ser feito um acordo entre as partes, que nem sempre poderia se encaixar no padrão das normas jurídicas. Nesse momento, há um reconhecimento dos limites da técnica jurídica imposta por normas gerais e uma valoração dos meios articulados e flexíveis que dão mais abertura as estratégias voltadas à criação autônoma e democrática de normas individuais para a solução do conflito. A partir daí entra-se na questão da identificação da raiz problemática, visto que o conflito não é verdadeiramente o problema, mas uma decorrência do problema. Ele não é algo a ser anulado, pois demonstra que algo de insatisfatório ou de mal interpretado, ou ainda, de que algo mal compreendido existe¹²¹.

¹¹⁸ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 18-19.

¹¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupo de Pesquisa, 2004. v. 4, p. 161-162.

¹²⁰ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 32.

¹²¹ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupo de Pesquisa, 2004. v. 4, p. 163.

Mais profundamente, faz-se necessário notar que há uma dimensão dissonante que integra o íntimo das pessoas conflitantes, podendo ainda não haver somente interesses e desejos opostos, mas também a percepção de mundo que os cercam diferente, e isso não pode ser anulado, pois violentaria o direito à identidade. Isso tudo se encaixa na análise da forma de expressão: sendo cada ser “um mundo à parte”, as necessidades são expressadas de formas diferentes, mesmo que por vezes sejam do igual objeto/objetivo. Ou seja, o verdadeiro e real interesse das partes pode ficar obscuro, dificultando uma ou a outra parte de contribuir com uma resposta criativa, abrindo-se um vão comunicativo entre elas¹²².

Então, cabe aos meios alternativos amparar e reestruturar essa base que se estremeceu e de reconstruir a ponte que permitirá a comunicação harmoniosa entre as partes novamente. Por nascerem dessa necessidade, os meios alternativos vêm sendo aperfeiçoados cada vez mais, em busca sempre de respostas mais eficientes e satisfatórias¹²³.

A mediação vem especificamente estruturada para comportar e amparar todo e qualquer tipo de conflito, tendo como primazia a reestruturação da comunicação. Metaforicamente, pode-se afirmar que ela trata a relação que se encontra enferma com os remédios necessários, abrindo espaço para a exposição de sentimentos e conversação tranquila, valorando o que sentem necessidade de expor e de melhorar. Assim, dá largos passos para uma resposta mais eficaz, transformando o conflito em algo construtivo. Visto isso, é extremamente importante o mediador ter consciência da sua importância, o que é destacado por Silvana Rodrigues¹²⁴:

O papel essencial do mediador é facilitar o processo de comunicação entre as partes diretamente. Sabe-se, também, que não é qualquer processo comunicativo que irá levar a um resultado positivo e benéfico para ambas as partes. Daí a necessidade de o mediador ter a consciência do seu ofício como facilitador do processo de diálogo.

Nessa linha de ideias, a proposta Waratiana seria mais limitada do que nosso intuito, visto que geralmente a ecologia do desejo se contextualiza em questões intersubjetivas e familiares, não chegando ao alcance epistemológico mais universal

¹²² SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36.

¹²³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.

¹²⁴ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 27.

pelo qual lutamos. Assim sendo, com esta intenção, pragmaticamente traça-se caminho para que aos poucos a mediação se torne algo cultural e de tal maneira naturalmente realizada e implantada antes, durante ou até mesmo depois do processo judicial. Assim, o sistema de mediação no Brasil, tem sido aplicada por meio de políticas públicas e por vínculos institucionais entre universidades e o judiciário¹²⁵.

De todo modo a mediação é necessária tendo em vista a crise da democracia contemporânea onde o princípio da igualdade é cada vez mais afastado por políticas econômicas que retrocedem a concessão de direitos. Isso transforma o sistema jurídico tradicional em um local de difícil tratamento dos conflitos, estimulando a criação de outras opções para garantia dos direitos¹²⁶.

2.1.4 A Comunicação na Mediação

Mediação é uma forma de comunicação que exige autenticidade. A forma de se comunicar determina o resultado daquilo que se pretende pedir ou combinar¹²⁷. Assim, o termo comunicação, na teoria, vai muito além do idioma e da escrita. Seguindo a trilha que aponta Luis Alberto Warat, suspeito da ciência e a censura por suas pomposas verdades, por sua ousadia de pretender refletir o mundo. É mais tolerável nomear a ciência como uma fala alcagueta, como o segredo do rei, de domínio dos poderosos, dos despotismos ilustrados, dos togados. Pois toda microfísica do poder-saber, assenta numa microfísica do segredo-medo, onde esconde uma intertextualidade de enigmas e angustias¹²⁸.

As ciências sociais têm dificuldades epistemológicas para a produção do conhecimento científico porque na atualidade existe uma grande exigência para a validação das descobertas teóricas, postulando-se comprovações empíricas e estatísticas bem rigorosas. Nesse sentido, quando se parte para pesquisas qualitativas surge um vazio de design que impede a configuração de modelos exatos. Essa dificuldade de definição conceitual e temática é sempre presente. Porém, isso é o que nos fascina e, justifica a entrada neste caminho existencialmente decisivo e

¹²⁵ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 79-108, jan./jun. 2011.

¹²⁶ ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**. [S.l.]: Seuil, 2011.

¹²⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013.

¹²⁸ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. 81.

marcante, que é o da pesquisa científica do direito e suas relações com a sociedade. Por isso, a mediação aparece como a guia para esse labirinto de emoções, ansiedades e desejos. Parece melhor caminhar na beira do abismo, como diria Nietzsche, uma tensão entre o humano e o nada, ou como diz Álvaro Pires, temos que optar pelo enfrentamento da problemática que a sociedade está nos colocando hoje, como, por exemplo, a questão da autenticidade, da autonomia social, da voz que roga pelo seu espaço, pelos seus anseios. Perante esse desafio: proponho um estudo da mediação comparada tentando satisfazer algumas curiosidades¹²⁹.

O ponto de partida para o conhecimento é vê-lo como ação efetiva. Por isso segundo Maturana e Varela a descrição dos fenômenos deve ser feita de maneira aceitável para a comunidade de observadores, gerando um sistema que permita a observação também de outros fenômenos¹³⁰.

A explicação do conhecimento conforme Humberto Maturana segue as seguintes etapas: I – Fenômeno a explicar: ação efetiva do ser vivo em seu meio ambiente. II – Hipótese explicativa: organização autônoma do ser vivo, deriva filogenética e ontogenética com conservação da adaptação (acoplamento estrutural). III – Dedução de outros fenômenos: coordenação das condutas nas interações entre seres vivos e coordenação das condutas recursivas sobre a coordenação das condutas. IV – Observações adicionais: fenômenos sociais, domínios linguísticos, linguagem e autoconsciência¹³¹.

A autopoiese se relaciona com a possibilidade de uma observação diferenciada. Assim, Leonel Severo Rocha¹³² relata:

Essa observação diferenciada está sendo camada de teoria autopoietica. Observa a sociedade como autopoiese. Trata-se de uma denominação inusitada para os não iniciados. Porém, em grandes linhas a ideia básica é, a partir de uma observação autopoietica, fornecer alguns critérios para que se possam entender as formas como o direito e a cultura jurídica se manifestam no século XXI.

¹²⁹ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

¹³⁰ Maturana, Humberto; Varela, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Buenos Aires, Lumen, 2003. p. 15.

¹³¹ Maturana, Humberto; Varela, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Buenos Aires, Lumen, 2003. p. 15.

¹³² ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

No século XXI a complexidade exige uma nova concepção do Direito, uma readaptação às questões de conflitos. Nesse caso, a mediação não se preocupando unicamente com a celebração do acordo entre os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes¹³³.

Compreende-se que se trata de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito. Assim, o processo judicial sujeito a mediação alivia o aspecto psicológico das partes e o desgaste mental gerado pelo processo de dissolução do sistema problemático desenvolvido que a torna capaz de trazer à tona os erros cometidos durante a constância da relação¹³⁴.

Neste sentido é que a mediação vem a ser útil, pois auxilia e possibilita as partes em crise a se comunicarem e reverem pontos antes inalcançáveis, pois os discursos inflamados obstaculizavam essa ponte entre o expressar os sentimentos e a compreensão, tão necessários ao diálogo dos mesmos e, por conseguinte, ao entendimento almejado por todos que participam do processo de mediação.

Assim, a comunicação não violenta nos auxilia a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural rebrilhe. Podendo nos guiar no processo de reformulação da forma pela qual nos expressamos e escutamos o outro, mediante a concentração em quatro áreas: a observação, o sentimento, a necessidade, e o que é realmente importante à paz individual e social.

Explica-se o objetivo da comunicação não violenta (CNV), que é o de promover maior profundidade no escutar, fomentar o respeito e a empatia e provocar o desejo mútuo de nos entregarmos abertamente. Algumas pessoas usam a CNV para responder compassivamente a si mesmas; outras, para estabelecer maior profundidade em suas relações pessoais; e ainda para gerar relacionamentos eficazes no trabalho ou na política. Nota-se que no mundo inteiro, a CNV é utilizada para mediar disputas e conflitos de todos os níveis.

¹³³ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18.

¹³⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 98.

De uma forma mais sensível, Marshall B. Rosenberg afirma que a comunicação não violenta, ou seja, a comunicação “compassiva”, que é aquela onde as partes não apenas ouvem, mas prestam atenção e tem interesse em desatar o nó criado durante a relação continuada, torna-se indispensável para que se dê a operação deste procedimento (da comunicação não-violenta)¹³⁵.

Nessa senda, é definida como violência qualquer forma de constrangimento, coerção ou subordinação exercida sobre outra pessoa pelo uso abusivo do poder. Há momentos em que em que o nível de tolerância é muito baixo e ao tentar defender-se, a outra parte (ofendida) defende-se do dano (concreto ou imaginário) numa tentativa mesmo que inadequada, de forma violenta também, tentando manter a sua posição antes ameaçada. Desta forma, torna-se um círculo vicioso na troca de papéis onde o ofendido e o ofensor se entremeiam. Este exemplo foi dado somente para dar alusão ao despreparo a grande parte da humanidade em saber administrar seus conflitos interpessoais¹³⁶.

As investigações neurofisiológicas, conforme Niklas Luhmann¹³⁷ descreve o cérebro como um sistema operacionalmente fechado. A resposta aos problemas nesse caso pode unicamente ser encontrada mediante o conceito de percepção sensorial. Para Niklas Luhmann deve-se partir, portanto, do conceito de observação e entendermos como ele indica de um contexto de uma distinção, vendo a memória como a faculdade de discriminar entre lembrar e esquecer¹³⁸. Assim, sobre essa questão, Leonel Severo Rocha¹³⁹ aduz:

Não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem que não seja no interior de uma sociedade. tudo está dentro da sociedade. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social. Este é o ponto de partida fundamental. A partir de então, Niklas Luhmann assume a ideia de que essa sociedade é altamente complexa, pois tem muitas possibilidades diferentes de manifestação. De uma maneira simples, é possível se dizer que, na sociedade, pode acontecer tudo aquilo que pode acontecer. Tudo que se pode imaginar e observar pode acontecer. Porém, para se criarem certos sentidos perante esse excesso de

¹³⁵ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006. p. 15-47.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 47.

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2001. p. 31.

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 90.

¹³⁹ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

possibilidades, surgiram, na sociedade, nesse processo de enfrentamento da complexidade, sistemas.

A vida psíquica de um ser humano se desenvolve a partir de uma rede de relacionamentos pautados por vínculos afetivos resultantes sempre de uma determinada cultura, sendo que essa rede já existia antes mesmo do nascimento de uma criança. Portanto, tem-se que a família é um objeto de estudo privilegiado para compreender a reprodução da cultura e da construção da subjetividade. Várias são as razões que desencadeiam os conflitos sociais, sejam eles: introjeção de valores e regras, competitividade, ciúmes, jogos de poder, carência. Estes são apenas alguns dos sentimentos que podem caracterizar a dinâmica de algumas relações sociais e que podem vir a cristalizar e gerar preconceitos e discriminações, assim como comportamentos lesivos à saúde das relações¹⁴⁰.

Sendo assim, sabe-se que mudanças são necessárias nesse campo de atuação, e embora desejemos aderir aos papéis sociais contemporâneos, ainda existe certa resistência, considerado mais como uma inércia da subjetividade, que é advindo de movimentos rápidos de mudança, e que, dessa forma, são difíceis de serem acolhidos e colocados em prática. Nesse sentido, somente um trabalho profundo de reflexão individual e coletiva a respeito de determinados temas (aqueles mais divergentes) podem facilitar a criação de uma nova cultura, a do diálogo aberto, pacífico e direto¹⁴¹.

Desta forma as relações sociais se dariam de forma mais harmônica e simples, pois a autonomia da fala entre os homens seria tranquila, leve, apaziguadora, tornando viável o caminho para uma democracia conscientemente responsável e assim se instalando o caminho para a tão almejada paz social. Portanto, a mediação vem ao deslinde dessa visão, pela sua atuação na tentativa de desmanchar e resolver os conflitos sociais. É nessa busca pelo tratamento dos conflitos, que será estudada a mediação dentro e fora do judiciário¹⁴².

A mediação, apesar de se estruturar em uma conversa informal, é marcada por diversos rituais e organizações de momentos de fala e limitação de tempo e temas propostos. Marshal B. Rosenberg, em sua obra “Comunicação Não-Violenta” fala

¹⁴⁰ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59.

¹⁴¹ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

¹⁴² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 27.

sobre esta maneira diferente de comunicação, que transparece simplicidade e tranquilidade no trato com os companheiros do âmbito familiar. Pois embora possamos considerar tranquila a maneira de falarmos, nossas palavras, não raro, podem causar mágoa e dor para outros e assim refletindo em nós mesmos mais tarde ou de imediato¹⁴³.

Por isso se faz importante “uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração”, ou como Marshall B. Rosenberg mesmo disse, a uma comunicação compassiva, com uma percepção mais aberta para receber/ouvir as palavras/expressões do outro. Somente quando conseguimos nos comunicar de forma compassiva, escutando o outro e nos permitindo expressar tudo que realmente é sentido é que se consegue perceber os relacionamentos por um outro enfoque, que antes não era obvio ou percebido pelas partes, o que pode trazer muita clareza à respeito dos sentimentos envolvidos no conflito¹⁴⁴.

Neste sentido é que age o mediador: como um foco de luz que auxilia ou que faz brilhar a luz da consciência nos pontos que antes eram obscurecidos. E é a partir daí que iniciam a serem compreendidos e identificados os reais e verdadeiros desejos que, pela má comunicação, geraram aquele conflito. Para que se possa organizar os sentimentos e as ideias colocadas em forma de palavras pelas partes, faz-se necessário: demarcar as observações¹⁴⁵ feitas por ambos (ou por todos os participantes dos conflitos – visto que não há um número restrito); os sentimentos expostos (quais são em relação a que ou a quem, se são profundos e se precisarão de um trabalho de resgate mais bem trabalhado - em mais sessões); identificar as necessidades reais e diferenciar do pedido feito, visto que os sentimentos, por vezes “inflamados” tendem a pedir muito mais do que o necessário e nem sempre este pedido “excedido” é realmente o que é desejado e por conta disso, não irá sanar o conflito e os desgostos ainda vívidos¹⁴⁶.

O papel do mediador dentro de uma “comunicação não violenta” é de fazer tudo que puder para que os outros saibam que os únicos interesses são a harmonia, a paz

¹⁴³ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 18.

¹⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, p. 111-130, 2014.

¹⁴⁵ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

¹⁴⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 87.

e a solução do conflito. Assim, unidos nesta esfera de sentimentos, eles conceberão esta ideia e se unirão aos mediadores, sendo contaminados pela mesma vontade de atrair um bom *animus*: uma relação harmoniosa uns com os outros para construir uma solução salutar e satisfatória para todos¹⁴⁷.

Este método é, na verdade, a forma de exteriorizarmos e materializarmos em atos, o que assume a propriedade fundamental da consciência: a sua intencionalidade. Este procedimento é permanente e irrecusável, visto a necessidade do desenvolvimento da maturidade que a vida nos impõe. Conforme cita Paulo Freire¹⁴⁸:

Portanto, a consciência é, em sua essência, um 'caminho para' algo que não é ela, que está fora dela, que a circunda e que ela apreende por sua capacidade ideativa. Por definição, continua o professor brasileiro, a consciência é, pois, método, entendido este no seu sentido de máxima generalidade. Tal é a raiz do método, assim como tal é a essência, da consciência, que só existe enquanto faculdade abstrata e metódica.

É deste modo que, ao alcançarem este saber da realidade na reflexão e na ação em comum, as partes se descobrem como seus refazedores permanentes, como se fosse um verdadeiro despertar de consciência. Deste modo, a presença dos oprimidos na busca de sua libertação, mais que pseudoparticipação, é o que deve ser: engajamento. Assim, neste sentido, Luis Alberto Warat¹⁴⁹ refere:

O aprender é antes de tudo uma questão de linguagem, enquanto captura o encanto de um imaginário que nos acaricia. Para que um sujeito aprenda a viver, as palavras devem seduzir (capturar o corpo). A linguagem é a pele do imaginário. Aprender é evitá-lo carente, tornar sua pele afetiva. [...] precisamos torpedear o eletrizado espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas.

Desta forma, Luis Alberto Warat introduz a mesma realidade com uma forma diferente de expressão, como se a fala fosse um poder que todo ser humano tem e que não sabe utilizar, ou, de certa forma, utiliza de forma errônea e assim aumenta os

¹⁴⁷ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 24.

¹⁴⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 41.

¹⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

conflitos que deveriam ser construtivos¹⁵⁰. O referido autor ainda critica o que denomina de eletrizado espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas, pois acabam por não colaborar de forma a garantir de forma eficaz essa melhora na comunicação dos conflitantes¹⁵¹.

Estes “contratempos”, como diria Eligio Resta, indicam que o espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas passam por um “remar contra o tempo”, num sentido de ir contra o desenvolvimento evolutivo da comunicação social e familiar¹⁵². Nesse contexto, Eligio Resta¹⁵³ menciona: “O anacronismo é o lugar das possibilidades contra o mundo das contingências que vencem: por isso, esse é o tempo que não permite, tão facilmente, falar de maneira unívoca do ‘nosso tempo’”.

Sendo assim, é necessário que, além do despertar de uma consciência que reflete e sente o que pensa para colocar em forma de palavras, também deva existir a preocupação em expressar-se de forma com que o outro o compreenda, daí a necessidade da afabilidade. Falar expressando-se de forma afável permite que a linguagem utilizada seja melhor interpretada, ou mais bem aceita pela outra parte.

2.2 O Tratamento do Conflito

Apesar do Direito sempre ter lidado com conflitos, é recente o entendimento dos juristas de que esse é um objeto do qual merece reflexão. A história humana é repleta de situações onde a reflexão da nossa realidade não é tematizada; como exemplo, menciona-se a escravidão e o direito a igualdade dos sexos. Tais temas excluídos por longo período dos estudos sistemáticos que chamamos normalmente de ciência ou filosofia, deixando-se de acumular entendimento do processo evolutivo do ser humano. Porém, em um dado momento esses fatos passaram a ser entendidos como problemas, e por consequência indagados a receberem respostas. Assim se

¹⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

¹⁵¹ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.

¹⁵² RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 12.

¹⁵³ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 12.

iniciaram os degraus de subida para o entendimento, para o conhecimento e para a evolução da sociedade.

A partir do momento em que se identificou o problema ou o fato do qual não se encontrou resposta natural ou simples, iniciou-se uma caminhada em busca de uma nova alternativa, uma nova possibilidade de resolvê-lo. Isso se fez perceber que os métodos anteriormente utilizados para solucionar os conflitos não eram eficazes, instigando a buscar novas respostas e abrindo as portas para outros meios de solução, como por exemplo, o Tribunal Multiportas. Normalmente, os juristas viam o conflito como algo a ser combatido, algo negativo que deveria ser dominado e extinguido. Os conflitos são e sempre foram inevitáveis, em razão da existência de tantas diferenças sociais, econômicas, de interesses e de desejos, não havendo como anulá-los¹⁵⁴. Assim, Carlos Eduardo de Vasconcelos¹⁵⁵ cita:

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes das disputas tente a concentrar todo o raciocínio e elementos de provas na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os elementos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.

A organização do Poder Judiciário foi a de construir um saber dogmático que possuía respostas prontas para todo tipo de problema. Essa estratégia implicou na composição de juízes que deveriam decidir os conflitos mediante sua autoridade. Resumindo e simplificando, essa é uma descrição grosseira do Direito moderno, um breve relato do quão igualitário é o tratamento do individualismo pelo judiciário: onde as pessoas se compõem de diferentes motivos, esses interesses se conflitam com outros diferentes, e essa diferença precisa ser anulada mediante a aplicação de regras previamente definidas e aplicadas pelo juiz imparcial¹⁵⁶.

A partir dessa percepção, há de se notar que o conflito impera como uma disfunção, como algo negativo a ser anulado. Assim, os juristas reuniram todas as

¹⁵⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 98.

¹⁵⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6: Direito de família, p. 21.

tensões que ameaçavam a paz social no conceito de conflito, visto como algo a ser recusado, dominado ou anulado. Na atualidade, essa visão encontra-se em crise, na medida em que se desnuda o desdobramento que o conceito da palavra conflito significa. Tal conceito vai muito além da percepção do impresso nos processos, pois abarca os mais variados tipos e origens e exige estratégias e meios muito mais flexíveis e diversos para o seu enfrentamento: decisão X violência¹⁵⁷. Assim, Maria de Nazareth Serpa coloca¹⁵⁸:

O conflito é instrumental da dialética natural. A energia de movimentação eterna dos opostos, do bem e do mal, do justo e do injusto, do certo e do errado, na busca de poder e de recursos. Longe de ser disfuncional, é elemento essencial na formação de grupos e manutenção desses grupos. O homem se agrega muito mais na guerra do que na paz.

Isso provocou uma abertura para reflexões gerando um movimento de formação de alternativas de auxílio ao judiciário a solucionar esses conflitos. Porém, há de se acentuar que o Poder Judiciário permanece como mecanismo padrão de resolução dos mesmos, embora toda alternativa seja uma opção para algo que se tem como padrão. Os Direitos Humanos permitem uma renovação¹⁵⁹ da ideia de democracia e nesse sentido a mediação poderá seria uma imagem não estereotipada de dizer o amor. Criou-se com isso a concepção de que haveria de ser feito um acordo entre as partes, que nem sempre poderia se encaixar no padrão das normas jurídicas. Nesse momento, há um reconhecimento dos limites da técnica jurídica imposta por normas gerais e também uma valoração dos meios articulados e flexíveis que dão mais abertura as estratégias voltadas à criação autônoma e democrática de normas individuais para a solução do conflito¹⁶⁰.

A partir daí entra-se na questão da identificação da raiz problemática, visto que o conflito não é verdadeiramente o problema, mas uma decorrência do problema. Ele não é algo a ser anulado, pois demonstra que algo de insatisfatório ou de mal

¹⁵⁷ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupo de Pesquisa, 2004. v. 4, p. 161-162.

¹⁵⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 32.

¹⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.35.

¹⁶⁰ SCHNITMAN, Dora Fried; LIRRLEJOHN, Stefen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 171.

interpretado, ou ainda, de que algo mal compreendido existe. Mais profundamente, faz-se necessário notar que há uma dimensão dissonante que integra o íntimo das pessoas conflitantes, podendo ainda não haver somente interesses e desejos opostos, mas também a percepção de mundo que os cercam diferente, e isso não pode ser anulado, pois violentaria o direito à identidade. Isso tudo se encaixa na análise da forma de expressão: sendo cada ser “um mundo à parte”, as necessidades são expressadas de formas diferentes, mesmo que por vezes sejam do igual objeto/objetivo. Ou seja, o verdadeiro e real interesse das partes pode ficar obscuro, dificultando uma ou a outra parte de contribuir com uma resposta criativa, abrindo-se um vão comunicativo entre elas¹⁶¹.

Então, cabe aos meios alternativos amparar e reestruturar essa base que se estremeceu e de reconstruir a ponte que permitirá a comunicação harmoniosa entre as partes novamente. Por nascerem dessa necessidade, os meios alternativos vêm sendo aperfeiçoados cada vez mais, em busca sempre de respostas mais eficientes e satisfatórias¹⁶².

A mediação vem especificamente estruturada para comportar e amparar todo e qualquer tipo de conflito, tendo como primazia a reestruturação da comunicação. Metaforicamente, pode-se afirmar que ela trata a relação que se encontra enferma com os remédios necessários, abrindo espaço para a exposição de sentimentos e conversação tranquila, valorando o que sentem necessidade de expor e de melhorar. Assim, dá largos passos para uma resposta mais eficaz, transformando o conflito em algo construtivo. Visto isso, é extremamente importante o mediador ter consciência da sua importância, o que é destacado por Silvana Rodrigues¹⁶³:

O papel essencial do mediador é facilitar o processo de comunicação entre as partes diretamente. Sabe-se, também, que não é qualquer processo comunicativo que irá levar a um resultado positivo e benéfico para ambas as partes. Daí a necessidade de o mediador ter a consciência do seu ofício como facilitador do processo de diálogo.

¹⁶¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 98.

¹⁶² ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação e direitos humanos. In: HOLANDA, Ana Paula Araujo de et al. (Org.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 2, p. 319-344.

¹⁶³ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação Judicial no Brasil: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 27.

Com esta intenção, traça-se caminho para que aos poucos a mediação se torne algo cultural e de tal maneira naturalmente realizada e implantada antes, durante ou até mesmo depois do processo judicial. Assim, o ser social se adequa à mediação e ao Poder Judiciário de forma homogênea, pois objetiva esta busca pela aplicação mais harmoniosa e justa das decisões, traduzindo os sentimentos e as necessidades de ambos para que corresponda a criação e aplicação de regras/soluções eficazes¹⁶⁴.

Visto isso, é importante destacar a lição de Dora Fried Schnitman e Stefen Littlejohn¹⁶⁵:

Quando se pensa nos conflitos sob um ângulo positivo, pode-se vislumbrar uma variedade de opções na forma de administrá-los, o que implica preocupar-se tanto com a situação individual do conflito quanto com a situação mais ampla em que este se produz. Semelhante ideia permite a antevisão de resultados igualmente positivos. As pessoas, então, entendendo o conflito como sinais de mudanças podem escolher um método de resolução que se adapte tanto a elas como ao conflito.

A mediação, apesar de se estruturar em uma conversa informal, é marcada por diversos rituais e organizações de momentos de fala e limitação de tempo e temas propostos. Marshall B. Rosenberg, em sua obra “Comunicação Não-Violenta” fala sobre esta maneira diferente de comunicação, que transparece simplicidade e tranquilidade no trato com os companheiros do âmbito familiar. Embora possamos considerar tranquila a maneira de falarmos, nossas palavras, não raro, podem causar mágoa e dor para outros e assim refletindo em nós mesmos mais tarde ou de imediato¹⁶⁶.

Por isso se faz importante “uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração” ou como Marshall B. Rosenberg mesmo disse, a uma comunicação compassiva, com uma percepção mais aberta para receber/ouvir as palavras/expressões do outro. Assim, somente quando conseguimos nos comunicar de forma compassiva, escutando o outro e nos permitindo expressar tudo que realmente é sentido é que se consegue perceber os relacionamentos por um outro

¹⁶⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 54.

¹⁶⁵ SCHNITMAN, Dora Fried Schnitman; LIRRLEJOHN, Stefen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 171.

¹⁶⁶ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 19.

enfoque, que antes não era obvio ou percebido pelas partes, o que pode trazer muita clareza à respeito dos sentimentos envolvidos no conflito¹⁶⁷.

Neste sentido é que age o mediador: como um foco de luz que auxilia ou que faz brilhar a luz da consciência nos pontos que antes eram obscurecidos. E é a partir daí que iniciam a serem compreendidos e identificados os reais e verdadeiros desejos que, pela má comunicação, geraram aquele conflito.

Acerca disso, Luis Alberto Warat¹⁶⁸ aduz:

A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que poderiam acalmar as partes, com seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente. Para ser mediador é preciso ascender a um mistério que está além das técnicas de comunicação e assistência de terceiros. Os conflitos, como parte da vida, não podem ser compreendidos. Um enigma pode ser resolvido. Um mistério é insolúvel por sua própria natureza.

Para que se possa organizar os sentimentos e as ideias colocadas em forma de palavras pelas partes, faz-se necessário: demarcar as observações feitas por ambos (ou por todos os participantes dos conflitos – visto que não há um número restrito); os sentimentos expostos (quais são em relação a que ou a quem, se são profundos e se precisarão de um trabalho de resgate mais bem trabalhado - em mais sessões); identificar as necessidades reais e diferenciar do pedido feito, visto que os sentimentos, por vezes “inflamados” tendem a pedir muito mais do que o necessário e nem sempre este pedido “excedido” é realmente o que é desejado e por conta disso, não irá sanar o conflito e os desgostos ainda vívidos¹⁶⁹.

O papel do mediador dentro de uma “comunicação não violenta” é de fazer tudo que puder para que os outros saibam que os únicos interesses são a harmonia, a paz e a solução do conflito. Assim, unidos nesta esfera de sentimentos, eles conceberão esta ideia e se unirão aos mediadores, sendo contaminados pela mesma

¹⁶⁷ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação e direitos humanos. In: HOLANDA, Ana Paula Araujo de et al. (Org.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 2, p. 319-344.

¹⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 34.

¹⁶⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 87.

vontade de atrair um bom *animus*: uma relação harmoniosa uns com os outros para construir uma solução salutar e satisfatória para todos¹⁷⁰.

Este método é, na verdade, a forma de exteriorizarmos e materializarmos em atos, o que assume a propriedade fundamental da consciência: a sua intencionalidade. Este procedimento é permanente e irrecusável, visto a necessidade do desenvolvimento da maturidade que a vida nos impõe. Conforme diria Paulo Freire, a consciência é absorve tudo que está forma dela, que a circunda. A consciência é o entendimento no seu sentido máximo das generalidades, “tal é a raiz do método, assim como tal é a essência, da consciência, que só existe enquanto faculdade abstrata e metódica¹⁷¹.

É deste modo que, ao alcançarem este saber da realidade na reflexão e na ação em comum, as partes se descobrem como seus refazedores permanentes, como se fosse um verdadeiro despertar de consciência. Deste modo, a presença dos oprimidos na busca de sua libertação, mais que pseudo-participação, é o que deve ser: engajamento¹⁷².

Neste sentido, Luis Alberto Warat¹⁷³ refere: “O aprender é antes de tudo uma questão de linguagem, enquanto captura o encanto de um imaginário que nos acaricia. Para que um sujeito aprenda a viver, as palavras devem seduzir (capturar o corpo)”.

Desta forma, Luis Alberto Warat introduz a mesma realidade com uma forma diferente de expressão, como se a fala fosse um poder que todo ser humano tem e que não sabe utilizar, ou, de certa forma, utiliza de forma errônea e assim aumenta os conflitos que deveriam ser construtivos¹⁷⁴. O referido autor ainda critica o que denomina de eletrizado espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas, pois acabam por não colaborar de forma a garantir de forma eficaz essa melhora na comunicação dos conflitantes¹⁷⁵.

¹⁷⁰ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 24.

¹⁷¹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 41.

¹⁷² WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

¹⁷³ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

¹⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

¹⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

A Mediação visa fundamentalmente à aproximação das partes, não se preocupando unicamente com a celebração do acordo entre os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes. Neste sentido compreende-se que se trata de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito¹⁷⁶.

Percebe-se que a mediação não deve se restringir a uma tentativa de diminuição da quantidade de processos judiciais. A proposta de mediação que gostaríamos que se difundisse seria a de um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica onde a comunicação se originasse autopoieticamente desde a incorporação do outro em um “nós”. Isto é, partindo da concepção de que o ofício do mediador seria tornar visível o não-dito que gerou a quebra do laço comunicativo. O mediador seria como um foco de luz para encontrar uma unidade escondida¹⁷⁷.

Assim, Luis Alberto Warat¹⁷⁸ coloca:

A proposta da mediação e a sensibilidade que estamos construindo pretende chegar ao outro a partir de uma postura corporal, mais do que verbal. Com postura corporal, acreditamos, que se chega muito mais ao outro do que procurando persuadir ou mobilizar com palavra. Na comunicação corporal procura-se harmonizar o verbal e o não verbal, aproveitar-se da comunicação não verbal e do seu enorme poder de dizer nos silêncios, no instante preciso em que os sentidos do nosso corpo, sentidos esses, que são muito menos enganosos. Os corpos para significar não podem se esconder detrás dos escapes simbólicos e das armaduras das palavras, dos conceitos, do ego e da mente. A comunicação não verbal é de corpo para corpo, de sentimento a sentimento. Quando falamos, estamos diminuindo fortemente nossa possibilidade de sentir. O corpo traduz melhor que as palavras e os espaços de afetividade e de saber recalçados. O corpo é mais sábio que nossa consciência e nossas palavras. É muito difícil empregar as palavras com sabedoria, elas estão sempre mais perto do saber.

¹⁷⁶ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação e direitos humanos. In: HOLANDA, Ana Paula Araujo de et al. (Org.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 2, p. 319-344.

¹⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 39.

¹⁷⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 39.

Por outro lado, a sociedade se caracteriza por uma grande complexidade que para sua redução exige processos de tomada de decisão. Nesta ótica, conforme o tipo de comunicação que se diferencia historicamente, surgem códigos, inclusão-exclusão, que configuram diversos sistemas. A noção de sistema permite que a observação dessa amplitude problemática, organize comunicações que constroem possibilidades de sentido voltadas para cenários inesperados. Desde os sistemas, no caso o sistema do Direito, como escreve Niklas Luhmann, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora¹⁷⁹.

Situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam em relacionamentos, redes¹⁸⁰, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual, mas criada socialmente. Enfrentar problemas sem colocá-los dentro de um sistema seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo com os outros. O sujeito ama ou odeia aquilo que lhe comunica o sistema como dotado de sentido. Isto é, precisa-se amar o amor para produzir esse tipo de comunicação. Em outras palavras uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito, não pode exigir de maneira simples condutas pacifistas. Aqui está o papel do mediador, ter como objetivo, além dos envolvidos diretamente, a construção de uma cultura da paz e da harmonia.

2.2.1 A Teoria do Conflito Social

Sabe-se que o surgimento de conflitos é inerente à vida humana, emergindo quando surge o conflito de interesses. A evolução dos meios de resolução de conflitos acompanhou a evolução humana¹⁸¹. Inicialmente, eram resolvidos a partir da autotutela e da autocomposição. Como estes métodos revelaram-se ineficientes, o Estado passou a deter o poder de jurisdição, de forma a resguardar a ordem jurídica. O Estado-juiz, com o poder de coerção legitimado, impõe condutas às partes em

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 45.

¹⁸⁰ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36.

¹⁸¹ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação e direitos humanos. In: HOLANDA, Ana Paula Araujo de et al. (Org.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 2, p. 319-344.

conflito, controlando o procedimento de forma que a manifestação das motivações subjetivas fica suprimida¹⁸².

Assim, Fabiana Marion Spengler¹⁸³ ensina:

A sociedade contemporânea requer um novo modelo jurisdicional diante da ineficiência das tradicionais formas de tratamento de conflitos existentes. A função jurisdicional, atualmente ainda monopolizada pelo Estado, já não oferece respostas à conflituosidade produzida pela complexa sociedade atual, passando por uma crise de efetividade (quantitativa, mas principalmente qualitativa), que demanda a busca das alternativas. Da mesma forma, os métodos e os conteúdos utilizados pelo Direito para responder os litígios não encontram adequação entre a complexidade das demandas, os sujeitos envolvidos e o instrumental jurídico a ser seguido. Por fim, as questões atinentes ao caráter técnico-formal da linguagem empregada em rituais e procedimentos judiciais permeados por aspectos burocráticos determinam a lentidão e o acúmulo de demandas.

Assim, no litígio judicial, o juiz prolata a sua decisão baseado nos autos do processo e no ordenamento jurídico, resolvendo o conflito apenas no aspecto jurídico, desconsiderando motivações afetivas e emocionais¹⁸⁴.

Nessa senda, João Martins Bertasso e Liliana Locatelli¹⁸⁵ explicam:

O resultado é em regra de ganho e perda, que se sustenta numa sentença. Ou seja, envolve a intervenção de uma autoridade judicial institucionalizada e socialmente legitimada para decidir sobre uma disputa. Porém, as partes em regra saem insatisfeitas desse processo. Segue a lógica do direito fundamental de acesso à justiça, que possui como finalidade resolver os mais variados e possíveis conflitos humanos, interindividuais familiares, de vizinhança, grupais, comunitários e institucionais, enfim, segue os trâmites institucionalizados e reconhecidos na forma jurídica. O conflito é algo que deve ser enfrentado pelo Estado-juiz, interpretando as normas e decidindo segundo os termos do processo.

Assim, apenas o conflito é resolvido, sendo que a motivação e as causas do mesmo são tratadas superficialmente, quando o são. Quando a raiz do conflito não é resolvida, a pessoa tende a buscar nova prestação jurisdicional, muitas vezes, por

¹⁸² SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36.

¹⁸³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 201-202.

¹⁸⁴ BERTASSO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012. v. 4, p. 6.

¹⁸⁵ BERTASSO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012. v. 4, p. 6.

motivos materialmente irrelevantes. É neste contexto que surge a mediação. A mediação pode ser entendida como uma forma de resolução de conflitos vinculada à autotutela, onde as partes que estão em conflito necessariamente devem comunicar-se de forma a possibilitar um acordo, cujo processo é facilitado pelo mediador¹⁸⁶.

Assim, Luis Alberto Warat¹⁸⁷ ensina que:

A mediação é um procedimento de intervenção sobre todo tipo de conflito. Para falar de mediação temos que introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. Quando os juristas falam de conflito, o reduzem a figura do litígio, o que não é a mesma coisa. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa); desse modo o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro.

No processo de mediação, é fundamental que as partes construam a solução para o conflito que produziram, bem como escolham, conjuntamente, a melhor forma de reconhecer as suas diferenças. Neste aspecto, a mediação é totalmente diferente do procedimento estatal.

Conforme João Roberto da Silva¹⁸⁸, a mediação consiste:

[...] na técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou laudos, e com um profissional devidamente preparado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem.

Nesse processo, a autenticidade das partes, no que se refere à manifestação de vontades e expectativas¹⁸⁹, é fundamental. O diálogo é indispensável para o encaminhamento de uma possível solução. Busca-se facilitar a comunicação por meio da possibilidade de mudanças culturais e do reconhecimento de diferenças. Para que isto seja possível, é fundamental que exista um acordo de respeito, onde as partes coexistem em um ambiente fraterno, amigável, isento dos pressupostos motivados por

¹⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 3.

¹⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 3.

¹⁸⁸ SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004. p. 27.

¹⁸⁹ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

uma relação de amigo-inimigo (que gera maiores possibilidades de violência, de produção de danos) ¹⁹⁰.

Visto isso, João Martins Bertasso e Liliana Locatelli ¹⁹¹ exemplificam:

A busca pela resolução de conflitos, por meio de processos que favoreçam o diálogo e o entendimento entre as partes, tem aumentado [...], principalmente devido ao desgaste físico, emocional e financeiro que a burocracia e os entraves judiciais causam para as pessoas. Assim, as resoluções de conflitos extrajudiciais, como a mediação, vêm surgindo como uma das formas mais exitosas de condução, elaboração e transformação de conflitos ocorridos nos diversos meios sociais.

Neste contexto, conforme Sandra Regina Vial¹⁹², é possível inserir o direito fraterno:

O Direito Fraterno não é violento, não crê em uma violência legítima, a qual confere ao Estado o poder de ser violento; destitui o código do amigo-inimigo, pelo qual o inimigo deve ser afastado, coercitivamente; acredita em uma jurisdição mínima, apostando em formas menos violentas de solução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação.

Nesse sentido, conforme Sandra Regina Vial, o direito fraterno pode ser entendido como uma proposta de uma “nova hipótese de análise do direito, fundamentada em pressupostos relacionados à quebra da obsessão da identidade, ao jurar, conjuntamente ao cosmopolitismo, à amizade, à não-violência, a paz¹⁹³.”

Assim, ele é cosmopolita no sentido de que promove o respeito à diferença, sem prejuízos ao reconhecimento do outro: “Ele não se fundamenta em um *ethos* que inclui ou exclui, mas em uma comunidade, na qual as pessoas compartilham sem diferenças, porque respeitam todas elas”¹⁹⁴.

¹⁹⁰ BERTASSO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012. v. 4, p. 26.

¹⁹¹ BERTASSO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012. v. 4, p. 26.

¹⁹² VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, n. 12, p. 195-196, enero/jun. 2007.

¹⁹³ VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, n. 12, p. 187, enero/jun. 2007.

¹⁹⁴ VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, n. 12, p. 194, enero/jun. 2007.

Nesse sentido, Eligio Resta¹⁹⁵ exemplifica:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar 'comum', somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à humanidade. Bastaria, para tanto escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como 'ser homem' e 'ter humanidade'. Ser homem não garante que se possua aquele sentimento singular de humanidade.

Toda essa questão trata-se de uma abordagem que integra a necessidade do respeito aos direitos humanos, do respeito à humanidade e à dignidade humana. A mediação promove um relacionamento respeitoso entre as pessoas que estão envolvidas no conflito. Com isto, potencializa a formação de laços de confiança e respeito mútuos. O fundamento de um acordo de não agressão e de respeito mútuo é baseado no respeito fraterno, e não no temor da possibilidade de sanções jurisdicionais coercitivas¹⁹⁶.

Acerca disso, Elígio Resta¹⁹⁷ entende:

É preciso uma reconsideração ecológica da relação entre a justiça e a sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios: retorna-se, então, ao ponto de partida, com uma boa dose de relativização do juiz e da justiça. Sabe-se que nem sempre e não em todas as partes os conflitos são resolvidos na base de um poder monopolista, do tipo estatal, nem que este sistema é por definição o mais justo ou o mais racional.

Portanto, é possível afirmar que o vínculo entre a mediação e o direito surge quando as formas alternativas de resolução de conflitos não são renúncias ao sistema judiciário, mas sim uma redefinição de seus confins. Assim, Fabiana Spengler¹⁹⁸ afirma:

¹⁹⁵ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 13.

¹⁹⁶ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação e direitos humanos. In: HOLANDA, Ana Paula Araujo de (Org.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 2, p. 319-344.

¹⁹⁷ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 100.

¹⁹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 202-203.

A mediação é uma das práticas tradicionais de tratamento dos conflitos justamente porque o seu local de atuação é a sociedade – e a sua base de operações é o pluralismo de valores – composta de sistemas de vida diversos e alternativos. Sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não se resume a propor nos valores, mas reestabelecer a comunicação entre aqueles que trazem consigo. Nestes termos, o que se propõe é pensar a mediação não apenas como meio de acesso à Justiça, aproximando o cidadão comum e ‘desafogando’ o Poder Judiciário. Pretende-se ‘discutir mediação’ enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz, proporcionando às partes a reapropriação do problema, organizando o ‘tempo’ e as ‘práticas’ do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis.

O conflito do JEF, de natureza pecuniária prestacional entre o privado e o particular, apresenta características próprias que demandam metodologias de tratamento diferenciadas. A atuação do JEF na conciliação se dá em conflitos de conotação moral e normativa, ou mais precisamente, questões que demandam abordagem normativa patrimonial e, somente por exceção, controvérsias tipicamente morais.

A presença de um ente público em um dos polos da ação determina uma abordagem permeada pelo direito administrativo e, conseqüentemente, os princípios de legalidade, indisponibilidade e isonomia¹⁹⁹, observando-os na perspectiva constitucional da efetivação de direitos fundamentais sociais, sustentando-se que é relevante o papel da justiça no contrato dos acordos sobre tais direitos, seus limites e condicionamentos. Assim, pretende-se ampliar a discussão sobre a necessidade de criação de uma teoria de contornos próprios para o tratamento dos conflitos em que é parte do estado, tais como são os conflitos típicos do JEF, levando em conta as suas peculiaridades, mas não abandonando a velha teoria da mediação forjada para os conflitos interpessoais entre particulares.

2.2.2 O Conflito na Mediação

O conflito é classificado como a falta da compreensão/entendimento de uma situação, solicitando a criação de um novo caminho. Ele ocorre nos mais variados

¹⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Edições Veja, 2001. p. 49.

âmbitos e das mais diversas formas, fato esse que é exemplificado por Maria de Nazareth Serpa²⁰⁰:

O conflito é instrumental da dialética natural. A energia de movimentação eterna dos opostos, do bem e do mal, do justo e do injusto, do certo e do errado, na busca de poder e de recursos. Longe de ser disfuncional, é elemento essencial na formação de grupos e manutenção desses grupos. O homem se agrega muito mais na guerra do que na paz.

Na posição antagônica estabelecida pelo conflito, a mediação é uma maneira de instaurar a comunicação rompida entre as partes, facilitando a expressão do dissenso e administrando a discordância a fim de chegar a um entendimento comunicativo. O melhor mecanismo para tratar a situação conflitante pode ser o diálogo, excluindo-se desta categoria, desde já, as conversas dominadas por troca de críticas, ameaças e exigências litigiosas, que podem apenas exacerbar o conflito²⁰¹.

Referente a isso, Fabiana Spengler²⁰² relata:

A mediação é uma maneira de instaurar a comunicação rompida entre as partes em virtude da posição antagônica instituída pelo conflito. Tratando-se de um intercambio comunicativo no qual os conflitantes estipulam o que compete a cada um no tratamento do conflito em questão, a mediação facilita a expressão do dissenso, definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um entendimento comunicativo. De fato, o principal desafio que a mediação enfrenta não é o de gerar relações calorosas e aconchegantes, sociedades isentas de conflitos ou uma ordem de mundo harmoniosa. Ao invés disso, considerando-se a natureza endêmica do conflito, talvez o seu principal desafio seja encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica.

Desse modo, o que se pretende é o diálogo transformador, aquele que pode ser aplicado entre indivíduos que estejam comprometidos com realidades separadas, mas que pode transformar a relação em uma construção de realidades comuns e solidificadoras. Em meio a criação desse diálogo, precisamos fugir das formas de comunicação nos prendem em um mundo de ideias que dividem o certo e o errado, onde encontramos os julgamentos moralizadores, cujos produtos resultam em frases

²⁰⁰ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 32.

²⁰¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 89.

²⁰² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 204.

ou pensamentos carregados de culpa, de insultos, de depreciação, de rotulação e de crítica, que acabam a construir um muro de hostilidade entre nós²⁰³.

Referente a isso, Fabiana Spengler²⁰⁴ relata:

O que se pretende é o diálogo transformador, aquele que pode ser traduzido em qualquer forma de intercâmbio que consiga mudar uma relação. Exemplificativamente, o diálogo transformador pode ser aplicado sempre entre indivíduos que estejam comprometidos com realidades separadas, antagônicas e conflituosas e que pretendam transformá-la em uma relação na qual realidades comuns e solidificadoras estejam sendo construídas.

Paralelamente, é importante observar que outro obstáculo é a negação da responsabilidade que cada um possui sobre seus sentimentos e pensamentos, toda vez que atribui seus atos a: a) forças vagas e impessoais; b) nossa condição, diagnóstico, histórico pessoal ou psicológico; c) ações dos outros; d) ordens de autoridades; e) pressão do grupo; f) políticas, regras e regulamentos institucionais; g) papéis determinados pelo sexo, idade e posição social; h) impulsos incontrolláveis. Para "abraçar" a responsabilidade podemos substituir uma linguagem que implique falta de escolha por outra que reconheça esta possibilidade, mas é preciso respeitar a alteridade que existe no outro²⁰⁵.

Assim sendo, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do Direito, no litígio. Nesse sentido que as lições de Buber devem ser recuperadas, a visão do autor apresenta a palavra como sendo dialógica, a categoria primordial da dialogicidade da palavra é o "entre" e não é o homem que conduz a palavra, mas é ela que o mantém no ser. Por conseguinte, a reciprocidade é a marca definitiva da atualização do fenômeno da relação. O "entre" é assim considerado como a categoria ontológica na qual é possível a aceitação e a confirmação ontológica dos dois polos envolvidos no evento da relação.

Visto isso, Fabiana Spengler²⁰⁶ aduz:

²⁰³ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014.

²⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 205.

²⁰⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 26-27.

²⁰⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207.

Por conseguinte, falar de alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mutua mediação. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformar no conflito, tudo graças a possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmos em seu lugar para entendê-lo e a nos mesmos... enfim, é a alteridade e a outridade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro. Dessa forma, também se fala em outridade e alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do Direito, no litígio.

É nessa linha que a mediação reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento dos espaços de privacidade do outro. Em paralelo à ética da alteridade, deve-se pensar a outridade no sentido de "captar a alteridade ética do outro e a honestidade que trata de se instalar em sua outridade". Quem é o outro, porém? As respostas dadas na modernidade eram totalitárias, reducionistas, manipuladoras, eurocêntricas, egocêntricas, etno cêntricas. A nova visão da outridade pretende mostrar que é possível ascender partindo da responsabilidade, que é algo inclusive anterior a nossa liberdade, a nossa autonomia. O fim das técnicas de mediação é responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade e buscar, com o auxílio de um mediador e por meio da comunicação, um entendimento que atenda aos interesses das partes e conduza à pacificação do conflito²⁰⁷.

Esse entendimento, deve ser possuir uma existência fundada no diálogo e no "fenômeno da resposta" que automaticamente cria o "fenômeno da responsabilidade" em seus dois sentidos: primeiro, como resposta e, segundo, como a "obrigação" de responder. Assim, a responsabilidade transcende o nível moral para um nível mais amplo, fundamentando a reciprocidade²⁰⁸.

Todas essas questões são brevemente exemplificadas por Fabiana Spengler²⁰⁹:

Mais do que uma análise objetiva da estrutura lógica ou semântica da linguagem, o que faria da palavra um simples dado, Buber desenvolveu uma verdadeira ontologia da palavra atribuindo a ela, como palavra falada, o sentido de portadora de ser. É por meio dela que o homem se

²⁰⁷ GANDHI, Mohandas Karamchand. **A roca e o calmo pensar**. São Paulo: Palas Athena, 1991. p. 34.

²⁰⁸ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Ovivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. p. 28-33.

²⁰⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207.

introduz na existência. Não é o homem que conduz a palavra, mas é ela que o mantém no ser. Segundo Buber, a palavra proferida é uma atitude efetiva, eficaz e atualizadora do ser do homem. Ela é um ato do homem pelo qual ele se faz homem e se situa no mundo com os outros. A interação é desvendar o sentido existencial da palavra que, pela intencionalidade que a anima, é o princípio ontológico do homem como ser 'dia-logical' e 'dia-pessoal'. As palavras princípio são duas intencionalidades dinâmicas que instauram uma direção entre dois polos, entre duas consciências vividas.

Existem, contudo, diversas orientações sobre o diálogo transformador e o restabelecimento da comunicação que são relevantes para o desafio da alteridade. É preciso, primeiramente, debater os recursos realistas/racionalistas e os seus limites para depois falar de autonomia. No lado racionalista tendem a ver as pessoas como agentes independentes; no lado do realismo, elas tendem a postular uma única realidade existente (ou estrutura de recompensas, punições e compensações). Na situação ideal deveria ser possível, a partir dessas perspectivas, localizar uma única lógica mais adequada (procedimento racional) para a solução das diferenças entre partes concorrentes²¹⁰.

No entanto, quando o conflito tem como base o relacionamento existente ou rompido entre as partes é preciso recordar que Freud já referia não ser fácil lidar cientificamente com os sentimentos. O exemplo mais extremo a este respeito é em uma discussão argumentativa, os participantes tentam convencer uns aos outros da aceitabilidade ou não da opinião expressa que está sendo discutida por meio de declarações argumentativas. As regras específicas de argumentação objetivam, portanto, uma aplicação mais ampla. Talvez o exemplo mais claro da orientação da argumentação em ação seja o processo judicial²¹¹.

Um ponto muito comum na teoria da argumentação é a barganha em que cada um pretende alcançar a maior vantagem cedendo o mínimo possível. A orientação, porém, é que a negociação desvie do enfoque das estratégias do "mínimo-máximo" e passe a uma preocupação com satisfação conjunta máxima. Por outro lado, a barganha não pode ser a base de composição de conflitos que digam respeito à conjugalidade e à paternidade. Nessa área, que envolve muito mais sentimentos e emoções, a possibilidade de barganha é pequena e muitas vezes inexistente. Por isso,

²¹⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 90.

²¹¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

a mediação pode se servir de tais técnicas de forma comedida e subsidiária, respeitando sempre as partes e o existente "entre" elas²¹².

Assim, conforme Fabiana Spengler²¹³, é destacado:

Existem, contudo, diversas orientações sobre o diálogo transformador e o reestabelecimento da comunicação que são relevantes para o desafio da alteridade. Para que se possa estabelecer conexões entre elas é preciso, primeiramente, debater – ainda que de forma breve – os recursos realistas/racionalistas e os seus limites para depois falar de autonomia.

Observando essas interações, a mediação propõe a substituição da comunicação conflitiva, distributiva, pela comunicação cooperativa e integradora dos problemas. Além disso, é possível pensar na utilização das práticas de mediação para ajudar os indivíduos a desenvolverem suas capacidades de autodeterminação/responsabilização. Para que possamos falar, então, do estabelecimento/restabelecimento da comunicação e de um diálogo transformador, é preciso começar dizendo não à culpa e buscando a responsabilidade relacional.

2.2.3 O Conflito no Judiciário

No século XXI a complexidade exige uma nova concepção do Direito, uma readequação as questões de conflitos. O normativismo de Kelsen e a dogmática jurídica de Pontes de Miranda necessitam dessa abertura. Essa nova concepção do Direito não se restringe a uma tentativa de diminuição da quantidade de processos judiciais²¹⁴. A proposta feita é a de um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica onde a comunicação se origine autopoieticamente desde a incorporação do outro em um “nós”. Isto é, partindo da concepção de que o ofício do mediador seria tornar visível o não-dito que gerou a quebra do laço comunicativo. O mediador seria como um foco de luz para encontrar uma unidade escondida²¹⁵.

²¹² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 209.

²¹³ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 34.

²¹⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 54.

²¹⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 35.

Por outro lado, a sociedade se caracteriza por uma grande complexidade que para sua redução exige processos de tomada de decisão. Nesta ótica, conforme o tipo de comunicação que se diferencia historicamente surgem códigos, inclusão-exclusão, que configuram diversos sistemas. A noção de sistema permite que a observação dessa amplitude problemática, organize comunicações que constroem possibilidades de sentido voltadas para cenários inesperados. Desde os sistemas, no caso o sistema do Direito, como escreve Niklas Luhmann²¹⁶, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora.

Acerca dessa questão, Fabiana Spengler²¹⁷ destaca:

Dessa forma, a mediação surge como possibilidade de tratamento mais adequada à complexidade conflitiva atual, pois propõe uma 'nova cultura' que vai além da jurisdição tradicional, inovando perante praticas consensuadas e autônomas que devolvam ao cidadão a capacidade de lidar com a litiosidade inerente a sua existência.

Algumas situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam em relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual mas criada socialmente. Enfrentar problemas sem coloca-los dentro de um sistema, seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo com os outros. O sujeito ama ou odeia aquilo que lhe comunica o sistema como dotado de sentido. Isto é, precisa-se amar o amor para produzir esse tipo de comunicação. Em outras palavras uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito, não pode exigir de maneira simples condutas pacifistas. Ai está o papel do mediador sistêmico, ter como objetivo, além dos envolvidos diretamente, a construção de uma cultura da paz²¹⁸.

O processo judicial segundo Pontes de Miranda, está igualmente sujeito à mediação. Afinal, é justamente o aspecto psicológico das partes e o desgaste mental gerado pelo processo de dissolução do sistema problemático desenvolvido que a torna capaz de trazer à tona os erros cometidos durante a constância da relação. Neste sentido é que a mediação vem a ser útil, pois auxilia e possibilita as partes em

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 34.

²¹⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 202.

²¹⁸ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 87.

crise se comunicarem e reverem pontos antes inalcançáveis, pois os sentimentos inflamados obstacularizavam essa ponte de ligação entre o expressar os sentimentos e a compreensão, tão necessários ao diálogo dos mesmos e, por conseguinte, ao consenso almejado por todos que participam do processo de mediação²¹⁹.

Assim, a comunicação mediada nos auxilia a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural floresça. Ela nos guia no processo de reformular a maneira pela qual nos expressamos e escutamos os outros, mediante a concentração em quatro áreas: o que observamos, o que sentimos, do que necessitamos, e o que pedimos para enriquecer nossa vida. Desta forma, explica-se o objetivo da mediação, que é o de promover maior profundidade no escutar, fomenta o respeito e a empatia e provoca o desejo mútuo de nos entregarmos de coração. Algumas pessoas usam o diálogo para responder compassivamente a si mesmas; outras, para estabelecer maior profundidade em suas relações pessoais; e outras, ainda para gerar relacionamentos eficazes no trabalho ou na política. No mundo inteiro, utiliza-se o diálogo para mediar disputas e conflitos em todos os níveis. De uma forma mais sensível, a comunicação “compassiva”, que é aquela onde as partes não apenas ouvem, mas prestam atenção e tem interesse em desatar o nó criado durante a relação continuada, torna-se indispensável para que se dê a operação deste procedimento²²⁰.

Acerca dessas questões, Fabiana Spengler²²¹ destaca:

A mediação difere das práticas tradicionais de tratamento dos conflitos justamente porque o seu lugar de atuação é a sociedade – e sua base de operações o pluralismo de valores – composta de sistema de vida diversos e alternativos. Sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não se resume a propor novos valores, mas reestabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.

Nessa senda, é definida como violência qualquer forma de constrangimento, coerção ou subordinação exercida sobre outra pessoa pelo uso abusivo do poder. Há momentos em que em que o nível de tolerância é muito baixo e ao tentar defender-

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 67.

²²⁰ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 65.

²²¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 202.

se, a outra parte (ofendida) defende-se do dano (concreto ou imaginário²²²) numa tentativa mesmo que inadequada, de forma violenta também, tentando manter a sua posição antes ameaçada. Desta forma, torna-se um círculo vicioso na troca de papéis onde o ofendido e o ofensor se entremeiam. Este exemplo foi dado somente para dar alusão ao despreparo a grande parte da humanidade em saber administrar seus conflitos interpessoais²²³.

A vida psíquica de um ser humano se desenvolve a partir de uma rede de relacionamentos pautados por vínculos afetivos resultantes sempre de uma determinada cultura, sendo que essa rede já existia antes mesmo do nascimento de uma criança. Portanto, tem-se que a família é um objeto de estudo privilegiado para compreender a reprodução da cultura e da construção da subjetividade. Várias são as razões que desencadeiam os conflitos sociais, sejam eles: introjeção de valores e regras, competitividade, ciúmes, jogos de poder, carência. Estes são apenas alguns dos sentimentos que podem caracterizar a dinâmica de algumas relações sociais e que podem vir a cristalizar e gerar preconceitos e discriminações, assim como comportamentos lesivos à saúde das relações.

Sendo assim, sabe-se que mudanças são necessárias nesse campo de atuação, e embora exista o desejo de aderir aos papéis sociais contemporâneos, ainda há certa resistência, considerado mais como uma inércia da subjetividade, que é advindo de movimentos rápidos de mudança, e que, dessa forma, são difíceis de serem acolhidos e colocados em prática. Nesse sentido, somente um trabalho profundo de reflexão individual e coletiva a respeito de determinados temas (aqueles mais divergentes) podem facilitar a criação de uma nova cultura, a do diálogo aberto e direto²²⁴.

Na sociedade atual, ainda imperam tratamentos tradicionais para a solução dos conflitos civis, que acabam, por vezes, incapazes de resolver a problemática de forma eficiente e até mesmo de solucionar os conflitos de forma quantitativa e, principalmente, qualitativa. Uma função jurisdicional até então monopolizada pelo Estado, as técnicas utilizadas já não encontram mais adequação na complexidade

²²² WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 68.

²²³ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 31.

²²⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 23-25.

das demandas atuais, ao passo que urge a criação de procedimentos judiciais que eliminem a demora e o acúmulo de processos²²⁵.

Assim, sobre a busca de um tratamento para um conflito, Fabiana Spengler relata²²⁶:

Na busca por um tratamento efetivo para os conflitos, a mediação surge como um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem a ser baseada no litígio e possuindo como escopo objetivo, idealizado e fictício, como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo.

Desse modo, a proposta em questão é descobrir formas alternativas para solucionar litígios e, principalmente, encontrar a capacidade de aprimorar técnicas voltadas para o consenso. Assim surge a mediação, um modelo de tratamento que propõe ir além da jurisdição tradicional, reabrindo os canais de comunicação interrompidos e reconstruindo laços sociais destruídos e, sobretudo, abrangendo a diferença e a diversidade. Logo, a mediação se compromete a criar um espaço de discussão, não só organizando “o tempo” e as “práticas” do tratamento e a reapropriação do problema, mas jurisconstruindo caminhos e escolhas possíveis, o que possibilita a redução da carência de um terceiro (o juiz) para tanto²²⁷.

Assim, o texto encontra-se estruturado em três itens: primeiro na mediação enquanto estratégia de obter um diálogo que promova a comunicação entre os litigantes respeitando a alteridade existente em cada pessoa; depois na análise da procura pela verdade processual/consensual e suas relações espaço/temporais e, por último, nas críticas ao modelo de tratamento proposto pela mediação relativamente à perspectiva da segurança e certeza jurídicas.

Na busca por uma solução efetiva para o litígio e na linha da ciência, bem como do pensamento linear cartesiano, a procura da verdade tem como pressuposto evitar a dúvida e impossibilitar a indagação e o risco. No entanto, nos termos da ciência mecanista, as verdades não existem como uma condição previsível do saber, elas são uma ficção destinada para satisfazer nossos medos. E, assim, essa busca

²²⁵ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 32

²²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 214.

²²⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 198.

pela verdade acaba diferenciando o tratamento dos litígios realizados por modelos hetero compositivos daqueles de caráter autocompositivo²²⁸.

Sobra a busca pela verdade, Fabiana Spengler²²⁹ relata:

Aqui é importante apreciar a forma como busca e o culto pela verdade diferencia o tratamento dos litígios realizados por modelos heterocompositivos daqueles de caráter autocompositivo. Podemos trabalhar com uma perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador – figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão.

Partindo dessa perspectiva, a mediação é, essencialmente, um procedimento democrático, garante a possibilidade de escolha entre as partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador – figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão. Portanto, é democrática porque acolhe o conflito e oportuniza uma chance de evolução social positiva para com a relação ali presente²³⁰.

A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar as disputas jurídicas baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade. De fato, viabilizar o litígio inconciliável em uma troca de argumentos racionais entre os conflitantes iguais está escrito na própria existência de um grupo juridicamente “especializado”, dentre os quais se pode citar o juiz, o perito, o advogado e o promotor, os quais substituem a visão vulgar dos fatos por uma visão científica, de caráter imparcial e legítimo, uma vez definido segundo regras formais e coerentes²³¹.

O processo pesquisa as formas mais neutras na aquisição da verdade dos fatos, desconfiando da potencial parcialidade de todos os sujeitos que participam de sua construção histórica. Consequentemente, o processo tende a perder a conotação participativa, assumindo um procedimento de elevado conteúdo técnico, burocrático e formalista. A linguagem do juiz, porém, traduzida no processo, é aquela de quem deve

²²⁸ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 215.

²²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 215.

²³⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 45.

²³¹ Igual ao 225.

decidir quando o conflito não pode ser sanado de outro modo. Já no curso da mediação, ao contrário do rito determinado pelo Judiciário, as partes participam de uma experiência relacional que as toma como protagonistas diretas e não representados por um advogado, o que permite a reconstrução de regras e contextos²³².

Em relação à imparcialidade do mediador, este tem como função principal o reforço da parte frágil do conflito - o qual resulta de um desequilíbrio, de uma desigualdade - a fim de reequilibrar a posição dos conflitantes. Nesses termos, o requisito da imparcialidade é posto em risco quando a função do mediador é exercida por pessoa pouco capacitada que desempenhe seu papel com prevaricação - questão que pode ser solucionada no princípio do consenso que liga o mediador às partes e, na falta de atributos jurídicos, se legitima por aqueles que lhes veem reconhecidos pelas próprias partes²³³.

Toda essa questão da imparcialidade é destacada por Fabiana Spengler²³⁴:

A tão aclamada imparcialidade do mediador deve ser revista levando em consideração que o conflito é, normalmente, a consequência de um desequilíbrio, de uma desigualdade. Nestes termos, o mediador tem como função principal o reforço da parte frágil do conflito, reequilibrando, de forma ecológica, a posição dos conflitantes. Assim, se o mediador se arroga poderes de reequilibrar as desigualdades, de reforçar as posições mais frágeis, de conter e redimensionar as pretensões do mais forte, o requisito da imparcialidade se dissolve no reconhecimento de uma autoridade discricional, *se non di um vero proprio arbitrio*.

É muito comum dizer que o mediador é imparcial na relação com as partes e é neutro no desenvolvimento da mediação, confundindo-o com o juiz, mas sem os seus poderes e as suas prerrogativas. No entanto, a mediação é outra; é um ficar inserido entre as partes e não encontrar um espaço neutro e equidistante mesmo possuindo a qualidade de um terceiro. Enquanto as partes litigam e só veem seu

²³² CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 126.

²³³ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Ovivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. p. 120-137.

²³⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 218.

próprio ponto de vista, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomeçar daqui, atuando com o objetivo de as partes retomarem a comunicação²³⁵.

Entretanto, não se pode ignorar que processo e mediação se combinam em uma relação complexa de formalidade/informalidade, em que a mediação ganha um lugar de exercício da interdisciplinaridade e da interpenetração de diferentes modalidades da regulação social. A diferença é que o processo trabalha com a lógica de ganhador/perdedor e tem como objetivo investigar a "verdade real dos fatos", enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador²³⁶.

Assim, no processo a procura da verdade se torna, nos termos que a ciência mecanista coloca, uma forma de manipulação do mundo e dos outros. E não importa que tentemos distinguir entre verdade como correspondência fática e verdade como interpretação, ambas são manipuladas. Diverso do processo e do seu tempo (cuja expectativa é alcançar a verdade), a mediação é um procedimento que institui um novo tipo de temporalidade. Nela, as verdades se acomodam, se ajustam e se modificam à medida que os atores se exprimem. Desta forma, o ponto principal é que os conflitantes tenham reconstruído a verdade que as contende, momentaneamente²³⁷.

Por conseguinte, trabalha com um novo paradigma no qual os conflitos são entendidos como acontecimentos que fazem parte de eventos comunicativos e, como tal, tratáveis se restabelecida/mantida a comunicação mediante procedimentos que permitem que as partes possam criar, manter, negociar, mediar e transformar suas realidades sociais. Não obstante, porém, as vantagens oferecidas por essa comunicação oferecida pela mediação não possui só adeptos. Muitas críticas são tecidas especialmente quanto a um dos aspectos principais: a informalidade que, segundo os críticos, gera a insegurança e a incerteza jurídica.

2.3 Uma Nova Concepção de Direito

No Brasil, o positivismo jurídico teve como grande expoente a obra de Pontes de Miranda. Pontes sempre foi ligado ao positivismo²³⁸. A primeira e principal obra

²³⁵ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Ovíde. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 120-126.

²³⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 49.

²³⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 57.

²³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

sobre sistema do Direito no Brasil foi o livro Sistema de Ciência Positiva do Direito, de 1922, que segue de fato a linha do positivismo de Augusto Comte²³⁹. Então é interessante esclarecer que normalmente quando se fala em positivismo de Pontes de Miranda, em sua fase doutrinária, esta não tem nada há ver com Comte. Porém, quando ele iniciou, compartilhava a epistemologia de Comte. Deste modo, nesse livro de 1922, que não é um livro, mas dois tomos, mais de duas mil páginas que foram reeditadas em 1972, propondo, no início do século passado, uma análise interdisciplinar do Direito, quase transdisciplinar²⁴⁰.

Nesta linha de raciocínio, observa-se que a tentativa de se usar um pensamento mais avançado (transdisciplinar) para a construção do sistema do Direito, não é nenhuma novidade. A problemática que Pontes de Miranda enfrentou, e que continua existindo, é de como, a partir dessa perspectiva, influenciar o próprio Direito, aquele que nós chamamos de dogmática jurídica, o saber que é usado, e que é utilizado pelos operadores do Direito em suas diversas práticas²⁴¹.

Pontes de Miranda teve severas dificuldades em aplicar esse Sistema de Ciência Positiva, que fala em Einstein, em Spencer, em Darwin, mas que, inspirado em Tobias Barreto, enfrenta a questão dizendo: *a aplicação ao Direito deve partir do pressuposto de que a sociedade nos dará um suporte fático, e esse suporte fático será um novo positivismo, que corresponderia a ideia de sistema como codificação*²⁴². Ou seja, Pontes de Miranda conclui que o sistema de leis codificadas é a maneira de se realizar a ciência positiva do Direito²⁴³.

Ou seja, para o Brasil, na tradição brasileira, sistema é um sistema, não chega a ser normativo, é um sistema de leis, é uma codificação, é um sistema codificado. O Direito nesta perspectiva tem como auge, as ideias de Pontes de Miranda. Mas Miguel

²³⁹ ROCHA, Leonel. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livro do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

²⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 33.

²⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 33.

²⁴² BARRETO, Vicente Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2013.

²⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 33.

Reale²⁴⁴ iria transmutar isso para a filosofia do Direito em sua teoria tridimensional (fato-valor-norma).

No século XXI, sistema no Brasil para os juristas é, portanto sinônimo de codificação, é a lei. Atualmente quando temos algum problema grave, se consultamos algum jurista, ele proporá como solução a elaboração de uma lei. Assim, somos obrigados, como Tobias Barreto²⁴⁵ e outros autores, a buscar inspiração em outros países.

A ideia de sistema que se tem é a de um sistema fechado, a partir da ideia de norma jurídica. Depois surgem posturas diferentes de sistema. Como exemplo cito um autor que também é muito conhecido que é Herbert Hart²⁴⁶, que vai propor, ao contrário de Kelsen, uma ideia de sistema aberto.

A teoria de Hart ajudou aos juízes perceberem que tinham uma grande autonomia hermenêutica. Porém, na Inglaterra, onde os ingleses sempre tiveram um apego maior à tradição, quando os juízes decidem conforme o poder discricionário, sempre se mantêm dentro de certos padrões, de uma certa moralidade pública. Os juízes americano, ao contrário, utilizam mais o seu poder. Isto tem causado muitas discussões sobre questões de aborto, de homossexualismo, eutanásia, etc.

Estas polêmicas nos Estados Unidos foram assumidas por Ronald Dworkin²⁴⁷ (opositor de Hart) – que chegou a conclusão de que o sistema não poderia ser tão aberto, devendo ter um relativo fechamento. Foi aí que surgiu a ideia de se recuperar uma antiga ideia da Revolução Francesa, também de Kant e Fichte, que as decisões devem se ligar a princípios, pois os princípios fundamentam sistemas morais e jurídicos.

Ronald Dworkin aponta que os princípios estão disponíveis, e que os juízes devem se inspirar neles para fazer sua interpretação, se quiserem encontrar uma *resposta certa*. Neste ponto, esta concepção se aproxima do Direito do pós-guerra da Alemanha que entende que os princípios inscritos na Constituição são direitos fundamentais. Essa ideia pretende fechar novamente um pouco o sistema. Dentro desse ponto de vista há uma certa razão nisso: fechar-se o sistema para que as

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 35.

²⁴⁵ BARRETO, Vicente Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2013.

²⁴⁶ HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 47.

decisões dos juízes tenham um mínimo de coerência. Se for para decidir fora da dogmática dominante, que se decida conforme certos padrões jurídico-constitucionais²⁴⁸.

Neste sentido o que está acontecendo hoje no Direito brasileiro? Depois da Constituição de 1988 - agora passando para o terceiro momento de minha exposição. O segundo se resumiu então em apontar algumas concepções de Kelsen, Hart e Dworkin. Gostaria de salientar que no Brasil, depois da Constituição de 1988, houve uma maior democratização do país. A Constituição de 1988 formalizou a democracia, e contribuiu para ampliá-la, mas o Brasil já era uma democracia, e por isso pôde se dar ao luxo de ter uma constituição democrática.

Depois da Constituição de 1988, de qualquer maneira, nós temos o “registro de nascimento da democracia”. Isto deu uma maior autonomia para os juristas e, portanto, uma grande responsabilidade. No que nos interessa percebe-se que a Constituição permite que se relacione o Direito com novos temas, como a bioética, a ecologia, a educação, a saúde, etc. Isto quer dizer, que a Constituição legitima esse debate e exige para o seu enfrentamento uma perspectiva epistemológica mais sofisticada. *O fato da Constituição assegurar Direitos não os concretiza sem uma observação jurídica baseada numa postura teórica apta a relacioná-los com a complexidade da sociedade atual.* Uma saída depende de uma nova perspectiva teórica que pode ser dada por uma teoria dos sistemas revisitada por um outro olhar.

A diferença entre o jurista e, por exemplo, um físico, se baseia no fato de quando este tem uma ideia vai para o laboratório testar, e examinar até que ponto isso funciona. Se funciona, em certo sentido, se diz que esta regularidade é uma lei. O jurista age ao contrário. Ele primeiro elabora, ou reconhece, a lei, que por exemplo pode dizer: “a partir de agora todo mundo tem direito a educação”, e entende que está resolvido o problema da educação. Claro que eu gostaria muito que isso acontecesse, não sou contra, só que, nós começamos pelo final no Direito. É evidente que se temos uma Constituição que reconhece o direito a saúde, educação, moradia, ecologia, etc... que assim traz legitimidade para que os agentes sociais ajam nesse sentido, isso é altamente positivo. Para François Ost, o Direito constitucional é constituído por promessas, se promete aquilo que não se vai cumprir no momento, talvez no futuro.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 53.

Nesta linha de raciocínio, procurando ajudar na construção do futuro, a proposta que é feita é de tentar ver o Direito como um sistema autopoietico, que permite novas propostas de se fazer o Direito, onde não será necessário aguardar pelo cumprimento da promessa, mas se cumpre no exato momento onde a comunicação é estabelecida e eficazmente realizada: mediação judicial/extrajudicial.

A ideia de sistema dominante no Brasil, como se analisou supra, é a de codificação. Nesse sentido, propõe-se sistemas abertos; porém é necessário critérios para que não ocorra irracionalidade, que somente faz renascer a dogmática. Assim, compreende-se que é necessária uma observação transdisciplinar do Direito e da sociedade. Esse é o desafio da epistemologia²⁴⁹.

Não há nenhuma pretensão de ter a resposta. Resposta não existe a priori de nada, só quando eu tenho uma pergunta é que eu sei a resposta. Então a autopoiese é uma maneira de se tentar observar de uma maneira diferente o Direito, e nessa observação, necessariamente, observar também a sociedade²⁵⁰.

Trata-se de uma observação que pretende, seguindo a famosa frase do Ronald Dworkin, *levar a sério o Direito*. Precisa-se realizar uma observação com certos critérios. Dentro de uma sociedade complexa. Se não se observar o Direito dentro de uma sociedade complexa, não se observa nada. Por isso eu sou obrigado a trabalhar (operacionalizar) não só a comunicação, mas a complexidade, desde novas ideias como, por exemplo, a de paradoxo. Trata-se de paradoxo no sentido positivo, não no sentido negativo²⁵¹.

A ideia de mediação (ou da comunicação como uma operacionalização do conflito) vai construir uma nova série de formas e possibilidades de observação. Parte-se do pressuposto que o principal conceito é o de *sistema*. O sistema resulta da diferença entre sistema e ambiente: todo sistema tem um lado operacionalmente fechado e outro dotado de uma observação cognitiva, uma abertura. Toda forma pode ser observada como a unidade de uma diferença. Em outras palavras como um paradoxo.

Para observar a unidade do Direito é necessário que se examine como ele operacionalmente se fecha, como Direito. Contudo, o Direito sempre atua sobre algo que não é Direito. Há exceções, as vezes, nos procedimentos, porém o Direito nos

²⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 78.

²⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 83.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 55.

casos concretos atua sobre algo que não é inicialmente Direito. Por exemplo, um casal está com um problema de família. Este não é um problema jurídico, é um problema da sociedade. Se transforma num caso jurídico quando lhe é atribuído um sentido do Direito.

Assim, por exemplo, quando um juiz vai tomar uma decisão, como operador do Direito, tem que levar em consideração o que está acontecendo naquela família, quais são os problemas sociais que ali existem; para depois elaborar uma sentença que tem que ser operacionalmente fechada, para que seja uma sentença válida. Se o juiz desse uma sentença que não fosse considerada pelo sistema como válida, ela seria nula. Este processo caracteriza um paradoxo, um acoplamento entre a família e o Direito, e uma decisão válida.

Por este viés, a comunicação realizada através da mediação de conflitos, local de tradução da fala, tratando-se de um *acoplamento estrutural*. E para que haja esse acoplamento é necessário que um sistema saia de seu aspecto operacional mais fechado e se abra para outro sistema, e o outro sistema também, por sua vez, abra-se para que esses dois sistemas mantenham contatos. Então o problema se encaminha para a procura dos elementos que permitam essa passagem. Se o sistema não encontrar esses elementos e forçar o contato, seria uma situação de corrupção ou perversão dos códigos dessa comunicação. Contudo, para a realização do acoplamento uma das possibilidades é a utilização dos mecanismos simbólicos disponíveis: nesse caso realmente por meio da função social²⁵².

Um jurista se for chamado aqui para falar sobre biologia vai propor uma lei. “É proibido fazer tal coisa”. O que se pode fazer para permitir a comunicação? Pode-se teoricamente fazer algumas propostas. O sistema social tem como elemento constitutivo mais importante a comunicação. A sociedade é produção e auto reprodução da comunicação. Toda comunicação é paradoxal: sempre é impossível e por isso ela é possível. Isto quer dizer simplesmente que o entendimento puro não existe²⁵³.

Como já mencionado, não se ocupa aqui da ideia de dar uma resposta, uma solução para problemas de contingência Jurídica (rito tradicional), mas de dar suporte para a sociedade, permitindo uma comunicação mais direta, autônoma, buscando apenas por um mediador a conduzia a comunicação. Sem proibir, coibir, permitir,

²⁵² ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 99.

²⁵³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 98.

julgar, anunciar, mas apenas de se comunicar e aclarar a situação em conflito. Permeando o equilíbrio, a harmonia e o restabelecimento da paz social entre os conflitantes.

2.3.1 O Mediador Judicial

O Mediador, como o terceiro componente na relação, exercerá a função de facilitar, auxiliar e encorajar as partes envolvidas, dentro de um diálogo solidário, alicerçado na confiança, na imparcialidade, acima de tudo e na responsabilidade objetivando o desfecho positivo onde os dois lados da questão ganham e como consequência, a obtenção da restauração do relacionamento social das partes. Seu papel de fundamental importância é a facilitação do processo de comunicação, entre os dois lados, sabendo-se que muitas vezes, o resultado obtido não levará a um desfecho satisfatório para ambas as partes²⁵⁴.

Sobre o tema, José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler²⁵⁵, afirmam:

O mediador é o terceiro que intermedeia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age frequentemente é elemento determinante do êxito ou não do processo. Conforme dito anteriormente, utilizando-se da autoridade a ele conferida pelas partes, deve reestabelecer a comunicação entre estas. Sua função primordial é a de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor resolução para o seu conflito. É função também do mediador, conduzir as negociações, seu papel é o de um 'facilitador, educador e comunicador'. Trata-se de um interventor com autoridade que não faz uso dessa autoridade para impor resultados.

É imprescindível que o mediador tenha compreensão de sua função, de que é um facilitador, um moderador em um processo de diálogo. Na maior parte dos casos, o mediador não operará nenhuma manobra que resulte em sugestão, palpite, sobre a matéria do processo de mediação, obrigando-se unicamente a mirar no problema e jamais no mérito da contenda, cabendo a decisão exclusivamente as partes, por meio

²⁵⁴ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Conselho Nacional de Justiça, 2013. p. 171.

²⁵⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas de jurisdição. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 158.

da prática do diálogo, onde efetuarão de forma plena os poderes da decisão²⁵⁶.

Sendo assim, o terceiro imparcial e equânime, mediador, estando investido na competência de possibilitar e articular o refazimento da comunicação, faculta sempre a obrigação do decidir o conflito, com as próprias partes. Nos Estados Unidos, os mediadores podem atuar em tempo integral, como os que fazem parte do quadro de funcionamento da Corte, ou de tempo parcial, como os mediadores contratados para sessões determinadas, ou juízes tanto aposentados como na ativa, na condição de caso na Ativa, não seja o mesmo juiz que julgará a causa. Nos países Norte-Americanos, a regra geral é que haja remuneração e o valor, fonte e forma, dependem da relação de trabalho que os mediadores mantém com a Corte²⁵⁷.

Assim, acerca do que foi destacado acima, Daniela Monteiro Gabbay²⁵⁸ destaca:

Esta é uma importante diferença em relação aos programas de mediação/conciliação no Brasil, onde até então a regra geral é que os mediadores exerçam atividade voluntária e não remunerada, o que gera maior rotatividade no quadro de mediadores/conciliadores dos programas, e dificulta o processo de profissionalização.

Como autônomos, recebem por hora ou por sessão realizada. Os Tribunais Estaduais se organizam, formando fundos institucionais por taxas judiciárias provenientes das partes ou por destinação orçamentária do Tribunal e em alguns casos, com verba federal para investimentos em projetos-pilotos e continuidade dos programas relacionados aos meios alternativos de solução de conflitos e remuneração dos mediadores²⁵⁹.

No Brasil, a regra geral é que os mediadores sejam voluntários e não remunerados, o que provoca muito revezamento no quadro dos mediadores e conciliadores dos programas, prejudicando o Sistema de profissionalização. Nos EUA, os mediadores/conciliadores são remunerados. Tanto no Brasil, quanto nos

²⁵⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 158.

²⁵⁷ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 34.

²⁵⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 263.

²⁵⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

EUA, o mediador/conciliador não precisa ser advogado, podendo ser assistente social, psicólogo, policial, engenheiro, etc. Entretanto, no Brasil, dentro dos setores processuais de conciliação, muitos conciliadores são advogados que exercem a mediação para contar como tempo de exercício de advocacia, po estarem prestando concurso público. Todos os mediadores passam por treinamentos com instrutores específicos, e em alguns programas, na Florida, por exemplo, precisa-se de certificação, sujeito à renovação, de dois em dois anos²⁶⁰.

A resolução 125 do CNJ, trata de uma padronização em relação ao número de horas a trabalhar, os tipos de treinamentos e melhoramentos impostos. No anexo desta resolução, foram estipulados pelo CNJ, tanto o conteúdo programático, quanto a carga horária mínima. Contudo, no Brasil, a escolha dos mediadores difere da dos Norte Americanos, que geralmente são feitas de forma consensual, pelas partes, podendo-se buscar mediadores que não estejam na lista oferecida pela Corte e nesse caso, haverá a designação do juiz por um determinado mediador, apenas se não houver acordo comum. Já nos programas pesquisados no Brasil, os conciliadores e mediadores desempenham as suas funções normalmente, revezando-se, uma vez por semana, em tabela estabelecida pelo setor que distribui os casos, sem que as partes possam escolher²⁶¹.

Sobre as regras estabelecidas da ética e responsabilidade nos conflitos de interesse dos mediadores nos programas pesquisados que orientam o cumprimento de seu exercício, salienta-se que havendo infração, haverá a exclusão desse infrator da lista dos quadros de mediadores. Estas regras são dispostas pelo Tribunal, em códigos de conduta, e sobre certificação de mediadores, juntamente a outros instrumentos normativos²⁶².

Daniela Monteiro Gabbay²⁶³ relata:

Um ponto importante diz respeito às regras estabelecidas sobre ética, responsabilidades e conflitos de interesse dos mediadores no

²⁶⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 264.

²⁶¹ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 68, jan./jun., 2011.

²⁶² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

²⁶³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 264.

programa de mediação pesquisados, que orientem a fiscalização de suas atividades e cuja infração possa justificar inclusive a exclusão da lista/quadro de mediadores.

Já nos programas pesquisados no Brasil, estas regras poderão ser aplicadas em alguns provimentos ou decisões, aplicando aos mediadores de São Paulo, os mesmos pressupostos de impedimento e suspeição previstas em lei, tanto para auxiliares da justiça e juízes. O Conselho Nacional de Justiça, utiliza da resolução de número 125 e de seu anexo, como um Código de Ética e importante parâmetro regulatório. É fato resolutivo, em todos os programas, que no caso de desnível das partes, o mediador/conciliador tem a responsabilidade de trabalhar esse fato, orientando as partes em situações de desequilíbrio de poder²⁶⁴, assim como nos casos de auto representação e em casos que envolvam violência, interesse de menores, de abuso, intimidação e etc. Assim, como se fossem atores, os conciliadores e mediadores trabalham na administração do sistema de justiça, fazendo-se entre os juízes, as partes e seus advogados

Daniela Monteiro Gabbay²⁶⁵ relata:

Os conciliadores e mediadores são novos atores sociais na administração do sistema de justiça, estando entre os juízes e as partes e seus advogados. Por isso, é importante que haja no Tribunal o reconhecimento dos serviços prestados, o que influi também na criação de uma identidade profissional, estabelecimento de remuneração adequada e de incentivo para a qualificação do corpo de mediadores/conciliadores. Esses foram os desafios para a criação de uma carreira profissional presentes também em relação aos conciliadores dos Juizados.

O reconhecimento desse serviço prestado incentiva e influencia na constituição de uma identidade profissional, fixação de proventos definidos e de estímulos para uma melhor qualificação do corpo de mediadores/conciliadores, sendo esses os desafios presentes e necessários do mesmo modo, em relação aos conciliadores dos Juizados. Devido à relação existente, mesmo na condição de imparcialidade, alguns consideram os mediadores/conciliadores, mais próximos dos juízes do que dos advogados, correndo o risco, na opinião de alguns, que seja, num

²⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 56.

²⁶⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 264.

futuro, acomodada ao processo judicial, inclusive já existem denominações que salientam essa proximidade, fazendo menção à litigância - "litimediation", "litigization" ou "litigotiation"²⁶⁶.

O mercado de mediação, em suas três décadas, nos EUA, foi analisado por Urska Velikonja, que constatou que o número de casos de mediação e portanto de oportunidades de trabalho nesta área, foi superior ao crescimento do número de mediadores. Segundo Urska, a causa estaria na ausência de regulamentação da profissão de mediador/conciliador, pois o mercado da mediação sendo aberto para profissionais de várias áreas, não impõe muitas barreiras para que muitos possam atuar, exigindo-se apenas um curso de capacitação para o exercício²⁶⁷.

Outro empecilho seria a estrutura como foram criados os quadros de mediação, onde poucos mediadores ganham muito e muitos mediadores ganham pouco. A maioria dos mediadores, são da área privada, e recebem seus casos das Cortes ou de escritórios de advocacia, atuando sob a figura do processo judicial. Segundo, Urska, apenas a mínima parcela dos mediadores que trabalham na área comercial, chegam a fazer fortuna. A maioria não consegue viver apenas da mediação, se feita em tempo integral²⁶⁸.

O mercado é mais acolhedor à mediação nos EUA, em cujos estados existem programas de mediação anexos às Cortes. As Cortes enviam os casos à mediação privada ou contratam os mediadores, sendo essa, usualmente, a sua principal fonte de renda, mesmo que a remuneração não seja generosa. A despeito disso, muitos mediadores valorizam o trabalho voluntariado nos centros comunitários, nos primeiros anos, por ser essa uma excelente oportunidade de se alcançar prática e experiência, além de criar contatos com profissionais dessa área²⁶⁹.

De acordo com a autora, os mediadores acabam por se especializar nas áreas em que tenham mais aptidão, nas mais variadas como família, meio ambiente, políticas públicas e mediações comerciais, podendo trabalhar em variados segmentos, como centros de mediação comunitária, empresas e programas de

²⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 57.

²⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. 265.

²⁶⁸ ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**. [S.l.]: Seuil, 2011. p. 70.

²⁶⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 266.

governo, associações e programas de mediação anexos às Cortes e em mediação privada²⁷⁰.

No Brasil, tivemos um importante acontecimento dirigido ao reconhecimento da mediação e da função do mediador, que foi a criação do Fórum Nacional de Mediação (FONAME), em 13/12/2007, constituído por entidades, juízes, associações, mediadores e acadêmicos que se consagram ao aprimoramento, à difusão e ao desempenho da mediação de conflitos.

2.3.2 O Juiz

Na Mediação que Luis Alberto Warat desvela, os sintomas do conflito são essenciais para propor uma conversa entre os mediandos, de forma amorosa, afetiva, reconstruindo o sentido dos relacionamentos no interior da sociedade²⁷¹. Dessa maneira, o autor²⁷² destaca:

O conceito jurídico de conflito, como litígio, representa uma visão negativa do mesmo. Os juristas pensam que o conflito é algo que tem que evitado. Eles redefinem pensando-o como litígio, como controvérsia. Uma controvérsia que, por outro lado, se reduz a questões de direito ou patrimônio. Jamais os juristas pensam o conflito em termos de satisfação. Falta no direito, uma teoria do conflito, que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outridade que permita administrar, como o outro, o diferente para produzir a diferença.

Para Luis Alberto Warat, o normativismo, assim como as formas tradicionais do instituído impedem o surgimento de um Direito voltado para uma proposição de paz. Isto é, ele se difere de Pontes Miranda, expondo que uma sociedade não dogmática permite uma melhora na abertura para canais de afetividade até então fechadas para os juristas. O ofício do mediador é uma terapia do reencontro. Por meio de uma semiótica do segredo se chegaria a uma psicosemiótica da mediação²⁷³.

²⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 49.

²⁷¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 59.

²⁷² ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. WARAT: de Kelsen á mediação. In: LOIS, Cecilia Caballero; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Org.). **Da teoria da norma á teoria do ordenamento**: o positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 1, p. 185-194.

²⁷³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 65.

Visto isso, Luis Alberto Warat²⁷⁴ relata:

O juiz ou o árbitro ocupam um lugar de poder, o mediador, ao contrário, ocupa um lugar de amor. O discurso do mediador é amoroso, transpira cuidados, de infinitas paciências, como dizia Clarisse Lispector, quando tentava pensar o amor.

Assim, o ofício do Mediador é a vida em sua versão reflexiva. Além disso, é importante destacar, que ao estudar-se sobre as questões que envolvem um juiz, automaticamente é possível perceber todos as suas peculiaridades, juntamente com os seus aspectos comunitários e institucionais. Assim, todos os juízes estão em um contexto de justiça social, fato esse que é relatado por Daniela Monteiro Gabbay²⁷⁵:

Trata-se de uma forma de participação popular na administração da justiça que, assim como o júri, tem uma finalidade de legitimação democrática da função jurisdicional e de educação cívica das pessoas que, como juízes leigos, podem exercer funções conciliatórias.

Todas as questões que envolvem a necessidade de modificar o Direito estão relacionadas com a necessidade de melhorar a qualidade de vida de toda a população. É necessário a existência de um Direito que esteja focado nas verdadeiras necessidades do cidadão, deixando de lado a preocupação apenas com a questão legal e as normas jurídicas²⁷⁶. Acerca dessa questão, Luis Alberto Warat²⁷⁷ brevemente destaca:

O Direito da cidadania a justiça cidadã são duas ideias novas e que surgem no pensamento jurídico transmoderno como formas de humanização do Direito e da justiça, distanciando-se de uma questão normativa de resolução de conflitos, que burocratizou o estabelecimento de litígios e desumanizou seus operadores. Humanizar o Direito é reduzir a sua mínima expressão o poder normativo.

²⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 65.

²⁷⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 103.

²⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 151.

²⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 151.

Assim, é preciso ter em mente, que todas as questões que envolvem os Direitos Humanos estão relacionadas com a forma com que as mais diversas relações irão se desenvolver. Somente assim será possível humanizar os mais variados âmbitos, para que assim, todas as peculiaridades que envolvem a alienação e uma visão fechada estejam longe da autonomia.

É importante frisar, de uma forma muito coesa, que a figura do juiz de direito é classificada como aquele cidadão que utiliza a sua função para realizar a sua cidadania. Visto isso, percebe-se que o legislador está fortemente relacionado com o magistrado, especialmente pelo fato de ambos necessitarem utilizar algumas questões relacionadas com a sensibilidade e com a espiritualidade que possuem para decidir algumas questões pertinentes. Assim, de uma forma genuína, a justiça passa a ser humanizada.

Essa humanização é apresentada por Luis Alberto Warat²⁷⁸:

O juiz cidadão seria o juiz, por assim dizer, de visão holística que substitui o tipo e os conceitos pela forma de ver que pensa como poética. E o juiz que considera a ética como poesia e sua intervenção nos conflitos como gestão de potências. Mas o projeto de humanização da justiça instrumentaliza um segundo sentido de juiz cidadão, ou seja, as funções a serem desempenhadas por juízes leigos nos julgados de cidadania. Nesse segundo sentido, estar-se-ia falando de juízes-mediadores, ou, simplesmente, mediadores, encarregados de ajudar as pessoas em determinados tipos de vínculos conflitivos. Tudo isso é muito confuso, porque no meio da resolução de litígios, se instalam outros vínculos conflitivos: juiz-advogado, juiz-partes: advogado-advogado, advogado-parte; argumentos-contras argumentos.

Visto isso, alguns conflitos necessariamente não podem ser resolvidos da forma comum do Poder Judiciário, ou seja, eles precisam passar pela ceara dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Os juízes de direito, nos casos em que envolvem a mediação de conflitos, percebe-se que não dispõe do devido valor para essas questões, tendo em vista, principalmente a falta de tempo e o excesso de processos judiciais que passam pelas suas mãos diariamente. Assim, não é possível fazer uma carreta e tranquila seleção dos casos que poderiam ser passíveis de uma mediação. Além disso, é necessário destacar, que no seu ofício, cada juiz possui uma

²⁷⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 166.

meta que precisa ser alcançada e objetivos que precisam ser traçados perante a Justiça²⁷⁹.

Todo esse preconceito que está presente no cotidiano dos operadores do direito, em especial na rotina dos magistrados, ocasiona uma inadequação no tratamento dos conflitos, o que automaticamente retira de toda a sociedade a possibilidade de elas terem acesso às formas de autocomposição de resolução de conflitos, como por exemplo, a mediação de conflitos. Para solucionar essa questão e dar destaque às formas alternativas de resolução de controvérsias, a Resolução nº 125 do CNJ insiste na implementação do tratamento de um conflito na Política Judiciária Nacional. Todas as formas de resolução de conflitos devem ser oferecidas para a sociedade e trabalhadas de uma forma harmônica, aberta e coesa, para que assim, determinada pessoa não seja prejudicada pela falta de interesse de um magistrado em aplicar adequadamente essas práticas. Toda a sociedade, independente das peculiaridades em que vivem, precisa ter um correto e prático acesso para o correto entendimento dessas práticas de resolução e de tratamentos de conflitos²⁸⁰.

Além disso, é importante frisar, que a presença de um juiz não é necessária para que ocorra uma mediação judicial. Contudo, caso um juiz queira marcar presença durante uma sessão de mediação, essa presença física não é necessária. Assim, independente da presença física de um juiz, frisa-se sempre, em primeiro lugar, o reestabelecimento do diálogo, da relação pré-existente e conseqüentemente a formulação de propostas e de uma proposta de acordo.

2.3.3 A Sensibilidade do Mediador

O aspecto psicológico e o desgaste mental gerado pelo processo judicial tradicional tendem a demonstrar melhor as ações salutares que a mediação vem a desempenhar, pois auxilia e possibilita aos participantes do conflito a se comunicarem e reverem pontos antes inalcançáveis, pois os sentimentos inflamados obstaculizavam essa ponte de ligação entre o expressar os sentimentos e a

²⁷⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos judiciários, 2016. p. 346.

²⁸⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de estudos judiciários, 2016. p. 349.

compreensão, tão necessários ao diálogo e, por conseguinte, ao consenso almejado por todos que participam do processo de mediação²⁸¹.

Assim, conforme Marshall B. Rosenberg²⁸², destaca brevemente:

A CNV nos ajuda a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural floresça. Ela nos guia no processo de reformular a maneira pela qual nos expressamos e escutamos os outros, mediante a concentração em quatro áreas: o que observamos, o que sentimos, do que necessitamos, e o que pedimos para enriquecer nossa vida. A CNV promove maior profundidade no escutar, fomenta o respeito e a empatia e provoca o desejo mútuo de nos entregarmos de coração. Algumas pessoas usam a CNV para responder compassivamente a si mesmas; outras, para estabelecer maior profundidade em suas relações pessoais; e outras, ainda para gerar relacionamentos eficazes no trabalho ou na política. No mundo inteiro, utiliza-se a CNV para mediar disputas e conflitos em todos os níveis.

De uma forma mais sensível, Marshall B. Rosenberg afirma que a comunicação não violenta, ou seja, a comunicação “compassiva”, que é aquela onde as partes não apenas ouvem, mas prestam atenção e tem interesse em desatar o nó criado durante a relação continuada, torna-se indispensável para que se dê a operação deste procedimento (da comunicação não-violenta). Nessa senda, é definida como violência qualquer forma de constrangimento, coerção ou subordinação exercida sobre outra pessoa pelo uso abusivo do poder. Há momentos em que em que o nível de tolerância é muito baixo e ao tentar defender-se, a outra parte (ofendida) defende-se do dano (concreto ou imaginário²⁸³) numa tentativa mesmo que inadequada, de forma violenta também, tentando manter a sua posição antes ameaçada. Desta forma, torna-se um círculo vicioso na troca de papéis onde o ofendido e o ofensor se entremeiam. Este exemplo foi dado somente para dar alusão ao despreparo a grande parte da humanidade em saber administrar seus conflitos interpessoais²⁸⁴.

Assim, Marshall B. Rosenberg²⁸⁵ destaca:

²⁸¹ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**: la médiation. Limal: Anthemis, 2013.

²⁸² ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 32.

²⁸³ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**: la médiation. Limal: Anthemis, 2013.

²⁸⁴ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 31.

²⁸⁵ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 39.

Todos pagamos caro quando as pessoas reagem a nossos valores e necessidades não pelo desejo de se entregar de coração, mas por medo, culpa ou vergonha. Cedo ou tarde, sofreremos as consequências da diminuição da boa vontade daqueles que se submetem a nossos valores pela coerção que vem de fora ou de dentro. Eles também pagam pelo preço emocional, pois provavelmente sentirão ressentimento e menos auto estima quando reagirem a nós pelo medo, culpa ou vergonha. Além disso, toda vez que os outros nos associam a qualquer destes sentimentos, reduzimos a probabilidade de que no futuro venham a reagir compassivamente a nossas necessidades e valores.

A vida psíquica de um ser humano se desenvolve a partir de uma rede de relacionamentos pautados por vínculos afetivos resultantes sempre de uma determinada cultura. Portanto, tem-se que a relação de simpatia e empatia são objetos de estudo privilegiados para compreender a reprodução da cultura e da construção da subjetividade. Várias são as razões que desencadeiam os conflitos, sejam eles: introjeção de valores e regras, competitividade, ciúmes, jogos de poder, carência, estes são apenas algumas das que podem caracterizar a dinâmica de algumas relações, que podem vir a “cristalizar e gerar preconceitos e discriminações, assim como comportamentos lesivos à saúde das relações²⁸⁶.

A violência praticada pode ser também analisada como uma forma de comunicação que percorre no cenário social sem se quer ser notado, quando há de fato a agressão dialógica ou física, pois gritar, falar rudemente, bater, fazer uso de expressões ofensivas e desmoralizantes e outros são formas bastante comuns de comunicação. E nesse aspecto, a reprodução por meio das gerações se torna quase que automática. Sendo assim, sabe-se que mudanças são necessárias nesse campo de atuação, e embora desejemos aderir aos papéis sociais contemporâneos, ainda existe uma certa resistência, considerado mais como uma inércia da subjetividade, que é advindo de movimentos rápidos de mudança, e que, dessa forma, são difíceis de serem acolhidos e colocados em prática.

Nesse sentido, somente um trabalho profundo de reflexão individual e coletiva a respeito de determinados temas (aqueles mais divergentes) podem facilitar a criação de uma nova cultura, a do diálogo aberto e direto. Desta forma as relações sociais se dariam de forma mais harmônica e simples, pois a autonomia da fala seria tranquila,

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 45.

leve, apaziguadora, tornando viável o caminho para uma democracia conscientemente responsável e assim se instala o caminho para a paz social²⁸⁷.

Marshall B. Rosenberg, em sua obra “Comunicação Não-Violenta” fala sobre esta maneira diferente de comunicação, que transparece simplicidade e tranqüilidade no trato com os outros. Pois embora possamos considerar tranqüila a maneira de falarmos, nossas palavras, não raro, podem causar mágoa e dor para outros e assim refletindo em nós mesmos mais tarde ou de imediato²⁸⁸.

Visto isso, Marshall B. Rosenberg²⁸⁹ destaca:

Denomino essa abordagem Comunicação Não-Violenta, usando o termo ‘não-violência’ na mesma acepção que lhe atribuía Gandhi – referindo-se a nosso estado compassivo natural quando a violência houver se afastado do coração. Embora possamos não considerar violenta a maneira de falarmos, nossas palavras não raro induzem a mágoa e à dor, seja para os outros, seja para nós mesmos. Em algumas comunidades, o processo que estou descrevendo é conhecido como comunicação compassiva.

Por isso se faz importante “uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração”²⁹⁰, ou como Rosenberg mesmo disse, a uma comunicação compassiva, com uma percepção mais aberta para receber/ouvir as palavras/expressões do outro. Assim, somente quando conseguimos nos comunicar de forma compassiva, escutando o outro e nos permitindo expressar tudo que realmente é sentido é que se consegue perceber os relacionamentos por um outro enfoque, que antes não era obvio ou percebido pelas partes, o que pode trazer muita clareza à respeito dos sentimentos envolvidos no conflito²⁹¹.

Neste sentido é que age o mediador: como um foco de luz que auxilia ou que faz brilhar a luz da consciência nos pontos que antes eram obscurecidos. E é a partir daí que iniciam a serem compreendidos e identificados os reais e verdadeiros desejos que, pela má comunicação, geraram aquele conflito²⁹².

²⁸⁷ GANDHI, Mohandas Karamchand. **A roca e o calmo pensar**. São Paulo: Palas Athena, 1991.

²⁸⁸ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 37.

²⁸⁹ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 20.

²⁹⁰ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006. p. 21.

²⁹¹ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 67.

²⁹² RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 27.

Assim sendo, acerca do papel do mediador, Silvana Yara de Castro Rodrigues²⁹³ destaca:

O papel essencial do mediador é facilitar o processo de comunicação entre as partes diretamente. Sabe-se, também, que não é qualquer processo comunicativo que irá levar a um resultado positivo e em benefício para ambas as partes. Daí a necessidade de o mediador ter a consciência do seu ofício, como facilitador do processo de diálogo. A comunicação deve ser aquela que leva à construção e a uma decisão conjunta positiva, com propósito de reestabelecer ou restaurar o relacionamento das partes, e, dessa forma, preservá-la no futuro.

Para que se possa organizar os sentimentos e as ideias colocadas em forma de palavras pelas partes, faz-se necessário: demarcar as observações feitas por ambos (ou por todos os participantes dos conflitos – visto que não há um número restrito); os sentimentos expostos (quais são em relação a que ou a quem, se são profundos e se precisarão de um trabalho de resgate mais bem trabalhado - em mais sessões); identificar as necessidades reais e diferenciar do pedido feito, visto que os sentimentos, por vezes “inflamados” tendem a pedir muito mais do que o necessário e nem sempre este pedido “excedido” é realmente o que é desejado e por conta disso, não irá sanar o conflito e os desgostos ainda vívidos²⁹⁴.

O papel do mediador dentro de uma “comunicação não violenta” é de fazer tudo que puder para que os outros saibam que o único interesse é a harmonia, a paz e o tratamento do conflito²⁹⁵. Assim, unidos nesta esfera de sentimentos, eles conceberão esta ideia e se unirão aos mediadores, sendo contaminados pela mesma vontade de atrair um bom *animus*: uma relação harmoniosa uns com os outros para construir uma solução salutar e satisfatória para todos²⁹⁶.

Este método é, na verdade, a forma de exteriorizarmos e materializarmos em atos, o que assume a propriedade fundamental da consciência: a sua intencionalidade. Este procedimento é permanente e irrecusável, visto a necessidade

²⁹³ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 27.

²⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 210-211.

²⁹⁵ DELGADO, José et. al. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários (CJF), 2003.

²⁹⁶ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Agora, 2006. p. 24.

do desenvolvimento da maturidade que a vida nos impõe²⁹⁷. Conforme cita Paulo Freire²⁹⁸:

Portanto, a consciência é, em sua essência, um ‘caminho para’ algo que não é ela, que está fora dela, que a circunda e que ela apreende por sua capacidade ideativa. Por definição, continua o professor brasileiro, a consciência é, pois, método, entendido este no seu sentido de máxima generalidade. Tal é a raiz do método, assim como tal é a essência, da consciência, que só existe enquanto faculdade abstrata e metódica.

É deste modo que, ao alcançarem este saber da realidade na reflexão e na ação em comum, as partes se descobrem como seus refazedores permanentes, como se fosse um verdadeiro despertar de consciência. Deste modo, a presença dos oprimidos na busca de sua libertação, mais que pseudo-participação, é o que deve ser: engajamento²⁹⁹.

Neste sentido, Luis Alberto Warat³⁰⁰ refere:

O aprender é antes de tudo uma questão de linguagem, enquanto captura o encanto de um imaginário que nos acaricia. Para que um sujeito aprenda a viver, as palavras devem seduzir (capturar o corpo). A linguagem é a pele do imaginário. Aprender é evitá-lo carente, tornar sua pele afetiva. Precisamos torpedear o eletrizado espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas.

Desta forma, Luis Alberto Warat introduz a mesma realidade com uma forma diferente de expressão, como se a fala fosse um poder que todo ser humano tem e que não sabe utilizar, ou, de certa forma, utiliza de forma errônea e assim aumenta os conflitos que deveriam ser construtivos. O referido autor ainda critica o que denomina de eletrizado espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas, pois acabam por não colaborar de forma a garantir de forma eficaz essa melhora na comunicação dos conflitantes³⁰¹.

Estes “contratempos” indicam que o espaço público autoritário-burocrático e suas tarefas propriamente políticas passam por um “correr contra o tempo”, num

²⁹⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 41.

²⁹⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 41.

²⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

³⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

³⁰¹ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

sentido de ir contra o desenvolvimento evolutivo da comunicação social. Nesse contexto, o anacronismo é o lugar das possibilidades contra o mundo das contingências que vencem, por isso, esse é o tempo que não permite, tão facilmente, falar de maneira unívoca do nosso tempo³⁰².

Sendo assim, é necessário que, além do despertar de uma consciência que reflete e sente o que pensa para colocar em forma de palavras, também deva existir a preocupação em expressar-se de forma com que o outro o compreenda, daí a necessidade da afabilidade. Falar expressando-se de forma afável permite que a linguagem utilizada seja melhor interpretada, ou mais bem aceita pelos partícipes³⁰³.

A mediação como instrumento que recupera a sensibilidade, mesmo que valorize o amadurecimento e o crescimento interior na resolução dos conflitos e deseje neutralizar as neuroses da separação entre a mente e os sentimentos não pode ser considerada como uma mediação tântrica porque existem fortes diferenças.

Acerca dessa questão, Luis Alberto Warat³⁰⁴ destaca:

A mediação que realiza a sensibilidade é uma forma de atingir a simplicidade do conflito. Tenta que as partes do conflito se transformem descobrindo a simplicidade da realidade. A mediação com sensibilidade é uma procura da simplicidade.

Uma vez que o Tantra nega o valor positivo aos conflitos e indica não estar contra nada, eliminando todo tipo de diferença por acreditar que o conflito seja algo destrutivo para o alcance de nossa unidade essencial (denominado por mim de reserva selvagem). Ainda que muito próxima da atitude do Tantra, a mediação que realiza a sensibilidade tem uma postura diferente diante da vida e dos conflitos. É uma forma de atingir a simplicidade do conflito, na tentativa de as partes descobrirem essa natureza. A mediação com sensibilidade é a procura da simplicidade da realidade³⁰⁵.

Entretanto, ainda que a mediação que realiza a sensibilidade rejeite o valor da conflitividade interior, não despreza o valor positivo do conflito entre as partes, apesar de não entender como positiva tal atitude interna conflitiva. As pessoas deveriam estar com os seus conflitos internos resolvidos, pois quem não

³⁰² OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

³⁰³ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

³⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 31.

³⁰⁵ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

resolve os seus conflitos internos, não estará aberto para amar ou reconhecer o amor no meio do conflito³⁰⁶.

Podemos dizer que a mediação com sensibilidade, em suas várias linhas de pensamento, usa muitas características do Tantra para remodelar seus objetivos, técnicas e métodos. E a reintrodução dos sentimentos ao conflito é tântrico! É a arte de rever os conflitos, a partir de sentimentos que não tentem acalmar o ego³⁰⁷.

Quando se fortalece o ego, não se ama, pois o ego faz brotar estados de conflitividade interior que não permitem que nossa reserva selvagem conheça os segredos do amor. O processo de mediação com sensibilidade é um estado de amor é esse estado de amor não tem nada a ver com o ego³⁰⁸.

Assim, Luis Alberto Warat³⁰⁹ leciona:

A mediação que aponta a sensibilidade, com a ajuda do mediador, procura que as partes deixem de sentir o conflito a partir de seus egos. Tenta que as partes sintam o conflito, tendo por referência os sentimentos que guardam em suas reservas selvagens. O ego e a mente tornam amargurados e violentos os conflitos. A ira provém da mente e do ego. O ego e a mente são geradores dos conflitos interiores, instalando-os em nossa alma.

Uma das estratégias do mediador na mediação com sensibilidade é procurar que as partes percebam e deixem de sentir o conflito a partir de seus egos, sentindo o conflito tendo por referência os sentimentos que estão guardados em suas reservas selvagens. Os conflitos tornam-se amargurados e violentos, pela ação do ego. A ira provém da mente e do ego, instalando e gerando conflitos interiores em nossas almas³¹⁰.

Quando uma pessoa gera uma situação conflituosa, gera uma agressão à nossa mente e o ego o multiplica dentro do nosso interior inicia-se uma conflitividade que a mente e o ego multiplicam sobremaneira. A mente sugere pensamentos deturpados gerando o conflito interior. O mediador usará da simplicidade para afastar

³⁰⁶ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 31.

³⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 98.

³⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 99.

³⁰⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 32.

³¹⁰ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 102.

esses pensamentos, para recuperar o sentimento. Por exemplo; quando temos um sentimento de amor por alguém e o nosso ego lança uma semente de ciúmes resultado de um pensamento de que o ser amado tem outra pessoa. Esse pensamento, que nos faz sentir esse sentimento faz nascer em nós um conflito que nos impede de vivenciar o sentimento real de Amor. A simplicidade resume-se em nos afastarmos desse pensamento peçonhento para vivenciarmos a pureza do nosso sentimento de amor, para desfrutarmos do amor³¹¹.

O ego, em nossas mentes, sempre introduz a má intenção, a desconfiança, a intenção hipócrita e vem sempre dissimulado, usando o sentimento como justificativa para conseguir os seus objetivos egoístas, como o rapaz que ilude uma mulher de que a ama, apenas para usá-la sexualmente. Os sentimentos escondidos, os de segunda intenções, sempre geram conflitos interiores. As segundas intenções confundem os sentimentos bons e produzem sentimentos destrutivos, que nos impedem de vivenciar os sentimentos construtivos³¹².

É essencial trabalhar a sensibilidade na mediação para que os sentimentos destrutivos como os da mágoa, ciúmes, vingança, medos e ansiedade, que tendem a tomar grandes proporções e ocupar os lugares disponíveis do amor sejam limpos e esvaziados para que a energia amorosa nasça, circule e transforme³¹³.

Pessoas egoístas não conseguem ser espontâneas na sua afetividade porque tentam racionalizar suas emoções. O ego, em nossas mentes, sempre introduz a má intenção, a desconfiança, a intenção hipócrita e vem sempre dissimulado, usando o sentimento como justificativa para conseguir os seus objetivos egoístas, como o rapaz que ilude uma mulher de que a ama, apenas para usá-la sexualmente.

Assim, os sentimentos escondidos, os de segunda intenções, sempre geram conflitos interiores. As segundas intenções confundem os sentimentos bons e produzem sentimentos destrutivos, que nos impedem de vivenciar os sentimentos construtivos³¹⁴. Vislumbrando essa questão, Luis Alberto Warat³¹⁵ destaca:

³¹¹ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 109.

³¹² LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 103.

³¹³ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

³¹⁴ WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. do ponto 5.10.

³¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 32.

São poucas pessoas que expressam sentimentos sem segundas intenções. Para os homens de segundas intenções é difícil suportar os homens unisentimentais, lhes dão medo, e geralmente, fogem, pois esses os irritam. As espontaneidades afetivas assustam. Como defesa, o egocentrismo procura filtrar as emoções, buscando as suas verdades. Querem chegar às emoções verdadeiras, o que é algo completamente inútil, pois os sentimentos estão fora das verdades. O que se sente não é nem verdadeiro nem falso, simplesmente é espontâneo, autêntico. E preciso vivê-lo na simplicidade.

É essencial trabalhar a sensibilidade na mediação para que os sentimentos destrutivos como os da mágoa, ciúmes, vingança, medos e ansiedade, que tendem a tomar grandes proporções e ocupar os lugares disponíveis do amor sejam limpos e esvaziados para que a energia amorosa nasça, circule e transforme. Pessoas egoístas não conseguem ser espontâneas na sua afetividade porque tentam racionalizar suas emoções de acordo com a interpretação de suas mentes logrando expressar a emoção verdadeira. Essa expressão distorcida dos sentimentos não quer dizer que o que se expressa é falso, mas que bastaria ser simples, dando voz aos sentimentos e controlando o ego.

Os cronópios de Cortazar são criaturas idealistas, sensíveis e ingênuas. Posto isto, distinguem-se de outros seres imaginados pelo escritor, como os famas (pretensiosos e formais) e as esperanças (aborrecidas e ignorantes). Com a energia dos cronópios de Cortazar, qualquer homem poderá ser admirável diante das piores situações, sem dramas. O mediador deve enfatizar os sentimentos mais sinceros no conflito, aqueles melhores sentimentos que realmente farão a vida valer a pena, evitando os dramas. Esse programa simplesmente indica que o sentido da vida só se dá quando você a vive, da forma como a vive. O amor é fundamental para o papel de mediador, e para a existência do ser humano, e é também o sentimento fundamental para a resolução de qualquer conflito³¹⁶.

Conforme essa questão, Luis Alberto Warat³¹⁷ ensina:

A mediação com sensibilidade introduz o amor como condição de vida, como forma de sentir e encontrar sentido para a vida. Isto é, o amor como um dom supremo do sentido da existência. Por intermédio da mediação com sensibilidade se tentaria reintroduzir o conflito do amor.

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2001. p. 98.

³¹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 33.

Assim, analisada todas essas questões, a partir da minha experiência pessoal, didática e profissional, para esclarecer alguns elementos que compõem os vínculos conflitivos que são o Provocando e o Refletindo, essa escrita foi criada, a princípio, como fonte de material de trabalho para os profissionais da mediação como eu e advogados, para os psicopedagogos, psicólogos e assistentes sociais. Além disso, está aberto para que qualquer pessoa que queria trabalhar em seu próprio desenvolvimento pessoal, encontre as provocações adequadas para trilhar seu próprio caminho de autoconhecimento e ser ousado a refletir sobre as suas definições de mundo e os seus vínculos. Tudo o que está relacionado com a mediação de conflitos, de certa maneira, está relacionado também com o sentimento de amor³¹⁸. Assim, o amor é o grande fio condutor³¹⁹. Vislumbra-se esse afago na seguinte citação de Luis Alberto Warat³²⁰:

Acredito que meu fio condutor foi o amor. Ter sabedoria para situar o amor em nossa vida e ter o aprendizado necessário e esquecido para poder tentar nos situar no amor, requer um trabalho de autoconhecimento e muturação pessoal, para não confundi-lo com a dominação, a anulação, o submetimento ou qualquer forma de dependência; entender o amor como uma arte de viver e aproveitar as oportunidades vitais é um bom meio para aproveitar os conflitos em favor de um maior conhecimento de si mesmo.

Assim, é preciso ter sabedoria para valorizar o amor em nossa vida e para perceber o aprendizado que nos é devido e para nos reconhecermos dentro dele, é necessário o trabalho de refletirmos sobre nós mesmos, pra que tudo isso não se confunda com qualquer forma de dependência, como por exemplo, a completa dependência. Visto isso, percebe-se que o amor é uma arte de viver e se aprendemos a aproveitar as oportunidades vitais, será uma boa forma para aproveitar os conflitos em favor de um maior conhecimento de nós mesmos³²¹.

É possível, dessa maneira, apontar formas de relação com o outro que não sejam apenas relações de conflitos, de apropriação ou de controle. Além disso, é necessário analisar a origem intrínseca do pensamento e do principalmente agir, com

³¹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 55.

³¹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 58.

³²⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 53.

³²¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 63.

o intuito de gerar tudo o que pensado. Assim, percebe-se, que no corpo de todas as pessoas, existem cicatrizes de um aprendizado profundo, aprendizado esse que nitidamente irá servir como objeto de crescimento³²².

Percebe-se, dessa maneira, que toda a questão vital de um indivíduo está quebrando as mais variadas barreiras, especialmente no âmbito das crenças e das definições de vida que cada pessoa possui o encontro com esse ser gera inúmeras possibilidades de crescimento pessoa. Assim, a mediação torna-se a narração de um lugar mágico³²³. Essa questão é brevemente apresentada por Luis Alberto Warat³²⁴:

A mediação que me ocupa tem a ver com os novos contextos que tentam fornecer visões de integridade e de humanização do homem, em termos de autonomia ou das velhas e tradicionais ideais de emancipação. É uma negação, bastante radical, dos alicerces dos saberes da modernidade, à procura da construção da sociedade de autonomia. Tudo passa por consistentes e grandes ideias de rupturas em relação ao grande paradigma e aos paradigmas articulados da modernidade, sobretudo ruptura com relação ao paradigma jurídico e epistemológico da condição moderna. É uma ruptura com os saberes da modernidade na busca da sabedoria transmoderna. A mediação, enquanto um novo e grande paradigma, como pedagogia que ajuda a aprender a viver, é um novo paradigma, específico da produção de Direito (agora entendido como pedagogia que ajuda a aprender a viver e não mais como lei que pune o que considera conflitivo.

Visto essa questão, entende-se importante a necessidade de todas as pessoas, nos mais variados momentos do cotidiano, se coloque no lugar do outro. Assim, para aprofundar o auto conhecimento de um indivíduo, o melhor caminho que é encontrado, é a utilização da ferramenta de incitar perguntas, para que assim, um harmonioso dialogo possa surgir. Assim, todas as perguntas funcionam como um exercício de introspecção. Contudo, nessa senda, a essência da relação ética que unifica cada homem com o seu semelhante, como a ética como elemento de distinção, de alteridade é a outricidade³²⁵.

³²² ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. In: ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203-212.

³²³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 65.

³²⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 67.

³²⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 140.

Quando dizemos outricidade ou “às relações entre nós”, nos referimos a uma moral de amor, firmada na qualidade de vida e na procura de relações satisfatórias. Outricidade define a natureza da relação ética que une cada homem com seu semelhante, sendo a ética como elemento de diferença e diversidade e reconhecimento dos direitos do homem, tal qual os Direitos da alteridade ou dos Direitos da outricidade, que são mais íntimos que jurídicos e necessitam de uma libertação nas relações de comunicação e que vão delimitando e clareando os laços invisíveis, impalpáveis da disposição para com o outro, para a busca da solução do novo, para o auxílio e assistência e para comungar a qualidade de vida³²⁶.

E uma outricidade, que funciona como uma escola primária, apta a inspirar e custear um novo e organizado regulamento humano. E um padrão de amor e de alteridade que desfaz a trama do ser. É um processo e uma aventura, de uma expansão do ser, e não de um ser apenas pensado como criatura. A realização do ser acontece, dentro da tensão da aventura de interagir consigo mesmo, realizando na relação com o outro o seu senso ou raciocínio, a racionalidade de sua psique. Um ser que procura a aventura de se encontrar no rompimento da indiferença e na disponibilidade de um para com o outro, gerando a realidade da fluidez³²⁷.

Toda essa questão referente a outridade, é apresentada claramente por Luis Alberto Warat³²⁸:

Com estas reflexões estou me colocando um tanto a margem da ambiguidades ontológicas da modernidade. Não me coloco ontologicamente em nenhuma busca transcendente nem predico uma redução do ser à existência. Identifico o ser como os seus vínculos, o que é outra coisa. Afirmo ser como sinônimo de alteridade. E a outridade como ontologia (para a qual preciso afirmar a vida como filosofia e negar a filosofia como vida).

³²⁶ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. In: ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203-212.

³²⁷ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. In: ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203-212.

³²⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 141.

A excelência das investigações sobre o ser admite uma ciência em permanente estado de movimento, originária de uma dúbia intenção no acontecimento que liga, na intenção de ter sentido com o outro. Partindo desse pressuposto, a compreensão de ser não deduz apenas uma inspiração sobre os conceitos, ciência ou transcendências, mas com certeza, o homem completo em suas relações com o outro.

As civilizações captam sua definição da compreensão do ser em outricidade, mesmo que isso represente o esquecimento do ser, enquanto unicidade e envolvidos em conceitos e rigidezes que reconcentrarão o ilusório entendimento do ser como significação teórica. A afirmação do ser enquanto abertura, está em transformação.

Devido a essas reflexões, percebe-se que a população se coloca à margem das oscilações das reflexões sobre o ser, da modernidade. Contudo, elas não racionalmente em uma busca elevada, científica ou metafísica, assim, não recomendam uma atenuação do ser à existência, apontando o ser com os seus vínculos. Assim, o ser está nitidamente como a expressão da alteridade e a outricidade, como reflexão, necessitando fortemente afirmar a vida como filosofia e negar a filosofia como vida. Assim, a visão do ser como alteridade, representa uma reação ao intelectualismo moderno e clássico. Contudo, para pensar a outricidade, exige-se uma nova concepção do entendimento.

A outricidade nos exige que tenhamos uma percepção de entender, não simplesmente como uma definição, mas o entender como um envolvimento com a vida e com seus pensamentos, é viver com paixão e fervor, como um ser consciente. É um todo que está em tudo.

Falar sobre a ontologia, a reflexão sobre o ser, me deixa insatisfeito, mas tenho que fazer a relação com ela quando menciono a outricidade. Isso porque a natureza da existência pressupõe que estarei sendo com o ser do outro, de uma forma automática, sem precisar compreender. O ontológico são seres ligados por interesses comuns e que na medida em que se atraem, acabam sendo.

Estar com o ser do outro, acontece no encontro e não é necessário nenhum trabalho, nenhum conceito sobre o outro ou sobre abstrações além do encontro, pois tudo acontece na intimidade do encontro. O ser no ontológico é o encontro³²⁹. Assim, serem seres associados, na medida em que se expressam, se encontram. Produzem

³²⁹ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2001. p. 57.

significação na medida em que captam, assimilam, o outro, sem a necessidade de alguma ou profundas interpretações ou compreensões³³⁰.

Os filósofos, os sociólogos, os políticos de Direito e os epistemólogos, mencionam que toda a compreensão acontece a partir da interpretação, que por clamar pela racionalidade e exigir esforço de poder sobre o objeto interpretado. Isso reduz a oportunidade do captar gente. Estão sempre na busca da interpretação para se identificar as fragilidades, e depois de reveladas, assentar o poder sobre o objeto interpretado. A interpretação aprisiona o ser, pelos conceitos, pois quando interpreto, enquadro, limito, generalizo, e perco o outro e as propriedades de sua diferença³³¹.

Quando percebemos o ser, na totalidade de seus princípios, perdemos a capacidade de captura-lo no conjunto de suas peculiaridades. Há de se capturar o rosto do outro e não aquilo que precede como conceito, como por exemplo, o que emana de seus esteriótipos.

Existem, portanto, dois tipos de entendimento. Existe o entendimento na linha do horizonte do conceitual, e o do rosto, que brota da profundidade e que surge na separação desse horizonte, sendo geralmente e inicialmente, sem rosto. O entendimento do horizonte do conceitual trata de dominar e para ser compreendido, é necessário o uso da epistemologia. O entendimento do rosto, trata de aproximar e para se chegar até ele, precisamos de um encontro.

O rosto é sempre oco de essência, se reduz apenas a expressão e é na expressão das palavras que captamos o rosto. O rosto se apoia em uma ontologia surrealista³³², mas não carrega determinados elementos utópicos. É um ser sem entidade, preenchido apenas, por discursos impessoais, como os da filosofia e religião, que têm o intuito de roubarem-lhe sua individualidade.

Somos criaturas que estão em constante relação uns com os outros. Estamos um com o outro em permanente estado de " estar sendo" que exige de nós que não possamos ter autossuficiência ou sermos cobertos de imprevisibilidades. É nosso dever permitir que o outro possa ser, sem querer molda-lo, assim como também é

³³⁰ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação em Warat: Releitura sistêmica da ecologia do desejo. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4, p. 59-74.

³³¹ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação em Warat: Releitura sistêmica da ecologia do desejo. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4, p. 59-74.

³³² WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 187.

nosso direito o ser sem moldes. O outro deve ser comunicativamente compreendido em seu ser, como condição para poder expressar a você, aquilo que ele quer, sem a necessidade da interpretação, para poder captá-lo. A comunicação acontecerá sem a necessidade da compreensão previa. Acontecerá numa relação do entre-nós, simultaneamente, onde nos compreendamos e nos comuniquemos. O outro não pode ser, primeiro, objeto de compreensão e depois interlocutor. Ele é interlocutor porque no mesmo ato é compreendido e captado como gente.

A complexidade do outro é sempre uma incógnita, por isso não é fácil captá-lo em seu rosto. E muitas vezes desagradável, quando vislumbramos no outro os nossos defeitos ou coisas que não gostamos em nós, servindo a captação, como um espelho e também objeto de transformação dessa consciência liberada pela captação do outro. Existe uma troca positiva nessa relação, quando o outro, sempre surpreende nossos próprios limites de razoabilidade, nos faz repensar em nossas posições e atos e até nisso precisamos uns dos outros, como reforço de nossa identidade.

Para captar o outro, é necessário usar de um olhar honesto, conosco e com o outro e percebê-lo além daquilo que ele representa, muitas vezes, para agradar ou lograr êxito na questão e também em seus comportamentos artificiais. É aperceber-se, buscando aprender a ter um olhar ético sobre o outro.

É aperceber-se o quão gratificante pode ser a realidade de se formar um vínculo honesto, quando duas pessoas estão inteiramente dispostas a ser elas mesmas. O captar ao outro tem relação com uma ética de alteridade. É um olhar ético e todos somos imbuídos a captar a alteridade ética do outro e a honestidade instalada em sua outricidade.

A abordagem do tema da austeridade ética é extremamente urgente para o momento que vivemos, que é de profunda tristeza, com pessoas desesperadas e saturadas, com uma classe média iludida em relação à sonhos de bem estares, de conforto e êxitos pessoais, de valores confusos e trocados. São sociedades e um país fora de controle, que demonstram crescimento tecnológico, enquanto os habitantes vão perdendo o senso de comunitário, tornando-se cada vez pessoas mais egotistas, desconfiadas das relações, violentas e extremamente estressadas. Vivem como se representassem papéis, na condição de mentes conscientes e inconscientes, de um modo que com certeza, não lhes traz satisfação real³³³.

³³³ WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1999. p. 5.

Por outro lado, temos a sociedade composta por juízes e políticos que, com pouquíssimas exceções, não estão dispostos a combater as instituições e as associações ilícitas que alimentam e reforçam essa estrutura corrompida. O malandro que foi descoberto é castigado, apenas como salvo-conduto para os mais vis continuarem a serem vis. Os chefes de Estado e autoridades, apenas falam de ética, dissimulando os reais valores. Em lugar de soluções honestas para a sociedade, nossos mandatários estimulam ainda mais a máquina viciosa e desonesta. Assim, há de se entender que deveríamos aceitar que a melhor forma de viver é aprendendo a se agregar com o outro.

Seguindo a partir de um olhar mais minucioso, repensemos os vínculos com a construção do conhecimento a começar em um processo de esquecimento. Trata-se de uma categoria de estudo epistemológico reforçado, pensando no que deveríamos transformar ou juntar de resistências no nosso inconsciente para conseguirmos repensar a complexidade, em termos literais, a partir daquilo que foi intencionalmente reprimido e retirado do inconsciente, a partir de um ponto de sensibilidade.

Para melhor entendimento, temos que dar atenção ao inconsciente, por exemplo, quando amor e ódio ficam introjetados, no que chamamos de superego, nas qualidades de sádico, castrador e censurador, este se estabelece de forma inconsciente, impedindo que um desejo inconsciente venha à tona, e que desenvolverá comportamentos conflitivos³³⁴.

É o inconsciente que nos move ao conhecimento e à sabedoria da vida numa forma criativa, sem julgamentos, essa é uma proposta chamada de epistemologia peregrina (poderia ser uma ideia de visão de um Direito transdisciplinar). A epistemologia peregrina foge dos padrões comuns e suas regras, para que o inconsciente se transforme em natureza divina, para mostrar o homem da forma como ele é, com seus defeitos e qualidades. É a sabedoria que nos permite ser plenos, seres distintos que se comunicam com outros seres distintos, e só a atingiremos através do amor.

O conhecimento não está limitado à ciência, pois ele está na literatura, na poesia e nas artes, e isso não está separado da ciência, todos possuem um profundo

³³⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 187.

pensamento sobre a vida. Segundo Morin³³⁵, as relações que nos tornam cidadãos, são de ordem, desordem, interação e (re)organização. Os saberes, quando disciplinados, desenvolvem a mentalidade de propriedade, se fechando para qualquer pesquisa estranha a esse saber.

Compara-se a palavra disciplina a um pequeno chicote usado no autoflagelamento, em situações de autocrítica, comparo a disciplina como um meio de flagelo àquele que ousa penetrar nos domínios das ideias das quais o especialista se considera proprietário.

A epistemologia peregrina como premissa da sabedoria mostra-se anti padrões, uma vez que o inconsciente sinaliza quanto aos problemas dos padrões. Um padrão prevalece sobre as mentes porque instala os conceitos supremos e as suas relações lógicas que comandam camufladamente as convicções dos conhecimentos organizados de baixo de seu império, por isso, não procuro os padrões emergentes para trocar com os da modernidade. Outros caminhos paradigmáticos estão a surgir. O importante é reforçar os saberes disciplinares, para usá-los depois, trabalhados pela nossa sensibilidade.

Ao mesmo tempo, os saberes precisam ser esquecidos e aproveitados. As verdades têm de ser transformadas pelo esquecimento e a objetividade modificada pela alteridade. Resta-nos o ilógico como condição de epistemologia, como condição de sabedoria científica. No lugar dos paradigmas, a condição surrealista.

Sob o olhar surrealista, vemos o homem como um ser complexo, contraditório, incompleto, em falta constante e atribuído de razão e desrazão. É um homem contraditório em suas formas de agir e de pensar, exercitando tanto a bondade como a maldade extrema. A sabedoria vem transformar tudo isso, mostrando os saberes da vida, do gozo, do novo, impedindo que o homem sucumbe diante do já conhecido, do já estabelecido, que é o que nos congela e nos afasta uns dos outros. A sabedoria nos traz a possibilidade de vivenciar a plenitude de viver por viver, que é a condição máxima do ser humano.

O sentido da vida encontra-se em nós mesmos, no amor, na loucura e em tudo o que nos traz sentido³³⁶. A sabedoria nos mostra que a melhor qualidade de vida a

³³⁵ PETRAGLIA, Izabel Cristina. **Edgar Morin**: a educação e a complexidade do ser e do saber. Petrópolis: Vozes, 1995.

³³⁶ PETRAGLIA, Izabel Cristina. **Edgar Morin**: a educação e a complexidade do ser e do saber. Petrópolis: Vozes, 1995.

seguir está no amor, em pitadas de loucura que são as pontes que nos faz ligar uns com os outros. Completando, apenas pelas vias do amor, conseguimos o esquecido disciplinar, aquilo que eu sabia e esqueci, repousando no meu inconsciente, retornando para a minha sensibilidade. A sabedoria se processa por meio do amor.

2.3.4 Como se Forma um Mediador

Observa-se, com o passar do tempo, que as instituições que ensinam o procedimento da mediação de conflitos fracassam nitidamente na preparação da figura do mediador. Em muitos casos, outras figuras nascem, como conciliadores ou negociadores, mas raramente consegue-se formar um mediador capacitado³³⁷. Essa questão é respondida por Luis Alberto Warat³³⁸, da seguinte maneira:

A grande maioria das escolas de mediação preocupam-se em produzir um profissional, introduzindo técnicas periféricas e estereotipadas de comunicação. Algumas falam em planejar o jogo, como se fosse uma partida de xadrez, que deve ser preparada para que os rivais possam propor-se tablas.

Contudo, entre as peculiaridades que envolvem a mediação, encontram-se os conflitos, os quais, se originam nas mais variadas esferas e precisam ser tratados cuidadosamente e da melhor maneira possível, para que, o vínculo pré-existente seja nutrido e reestabelecido. Todas essas questões, não podem ser tratadas de qualquer maneira. É necessário que a figura que irá trabalhar com essas questões saiba abordar e conduzir toda a sessão de uma maneira harmonizada. Assim, o mediador, antes de qualquer coisa, precisa sentir o conflito e tratar com delicadeza e com sentimento das questões que serão apresentadas e debatidas³³⁹.

Essas particularidades são preciosamente apresentadas por Luis Alberto Warat³⁴⁰:

A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que poderiam

³³⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 38.

³³⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 35.

³³⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 210-211.

³⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 34.

acalmar as partes, com seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente. Para ser mediador é preciso ascender a um mistério que está além das técnicas de comunicação e assistência a terceiros. Os conflitos, como parte da vida, não podem ser compreendidos. Um enigma pode ser resolvido. Um mistério é insolúvel por sua própria natureza.

Destaca-se, dessa maneira, que é preciso muita atenção e dedicação para formar um mediador. Na maioria das vezes, um mediador assemelha-se a um discípulo, torando-se leal, verdadeiro e companheiro. Somente quando as escolas de mediação deixarem de lado a formação de profissionais artificiais e perceberem a necessidade de formar profissionais capacitados, com as mesmas características de um discípulo, é que essa prática será aplicada da maneira correta e eficaz. Tudo consiste em uma linda de mão dupla entre a devoção do discípulo e a dedicação de seu mestre. Assim, tudo o que não for essencial será deixado de lado e todas as peculiaridades presentes serão sentidas com o coração e com amor³⁴¹.

Acerca dessa lição, Luis Alberto Warat³⁴² apresenta:

A magia na formação de um discípulo provém da sensibilidade. São dimensões do sentimento, da sensação. Não podemos compreender o mestre, porém podemos senti-lo. O sentimento é sempre uma compreensão mais alta. Isso porque o coração é o centro supremo do conhecimento e da sabedoria. A mente é secundária, tem utilidade, permite conhecer o superficial a periferia. Um verdadeiro discípulo aprende do silêncio do mestre, assim como de seus próprios silêncios. O encontro de um mestre com seus próprios discípulos é uma sintonia com o sutil, com o invisível das coisas. Um acordo de invisíveis. Um entendimento de simplicidades. O mais simples sempre foge à compreensão. Para entender é preciso uma coisa complexa, que precisa ser dividida e analisada. Quando se pergunta pelas coisas simples, não há respostas. Diante das coisas simples, a única possibilidade é tentar senti-las, não digo tentar entendê-las. Muitas coisas estão ocultas na simplicidade, e podemos tentar senti-las. Se tentarmos entender, não encontraremos nada.

Todo mediador precisa deixar de lado qualquer paradigma e sentir o ambiente que está a sua volta com amor e com o coração. Assim, os sentimentos permitirão ao mediador, que ele possa sentir e analisar as novidades que estão nascendo no seu cotidiano. Dessa maneira, ele se permitirá conhecer o novo com os olhos da

³⁴¹ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 69, jan./jun., 2011.

³⁴² WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 34.

criatividade, nascendo assim, uma alma integrada. É necessário entender, que acima de tudo, esses profissionais precisam ser autênticos e deixar as suas máscaras de lado, pois tudo se resolve na base da sinceridade³⁴³.

Todos os procedimentos pré-existentes, que possuem passos e técnicas, por mais corretos e eficazes que eles possam ser, eles estão apagando a espontaneidades. Assim, as regras impossibilitam que o mundo de descobertas seja explorado. Apenas quando um mediador se permite conhecer as técnicas que envolvem toda a prática da mediação de conflitos, verdadeiramente e com o coração aberto, é que nasce o verdadeiro mediador³⁴⁴.

Analisando essas peculiaridades, Luis Alberto Warat³⁴⁵ segue o mesmo pensamento:

Deixe o rio correr sem medo para o desconhecido, para onde não existem mapas. Com certeza, nós não nos perderemos. Porém, para nos encontrarmos interiormente é preciso perder-nos, unicamente, perdendo-nos dentro de nós, podemos nos encontrar. No aeroporto de Atenas, existe uma frase que sempre me impressiona: 'para conhecer Atenas, é preciso perder-se em suas ruas'.

Assim, é importante destacar, que toda a proposta da mediação de conflitos está voltada ao pressuposto de tocar a outra pessoa envolvida, não apenas de uma forma verbal, mas principalmente corporal. Isso ocorre pelo fato de que, através de uma postura corporal passa a entender a outra pessoa sem o poder da persuasão. Todas as nuances do problema em tese são harmonizados e podem ser analisados de uma forma mais coerente e concreta. É necessário compreender, que o silêncio de uma pessoa tem o poder de revelar muitas coisas, pois ele deixa de lado qualquer armadura e qualquer jogo de ego. Portanto, é preciso apenas saber interpretar da maneira correta esse silêncio.³⁴⁶

Luis Alberto Warat³⁴⁷ destaca toda essa questão de uma maneira muito coesa:

³⁴³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 35.

³⁴⁴ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 57, jan./jun., 2011.

³⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 37.

³⁴⁶ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 63, jan./jun. 2011.

³⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 39.

A comunicação não verbal é de corpo para corpo, de sentimento a sentimento. Quando falamos, estamos diminuindo fortemente nossa possibilidade de sentir. O corpo traduz melhor que as palavras os espaços de afetividade e de saber recalcados. O corpo é mais sábio que nossa consciência e nossas palavras. É muito difícil empregar as palavras com sabedoria, elas estão sempre mais perto do saber.

Assim, percebe-se nitidamente a importância que a figura do mediador possui. Ele dispõe do poder de modificar toda uma relação existente. Dessa forma, ele é visto também como um psicoterapeuta, pois tem a capacidade de reencontrar o amor das pessoas. Contudo, ele não pode interpretar toda a situação que está a sua frente. Ele deve apenas sentir com o coração³⁴⁸.

Apesar de importante, toda visão do mediador faz com que muitas pessoas tenham uma visão errônea da sua figura. Muitos acreditam que ele deve seguir um perfil de psicanalista, enquanto outros creem que ele deve ser portar-se como um advogado. Frente a isso, ele/ deve ser visto como um psicoterapeuta de vínculos conflitivos³⁴⁹.

Luis Alberto Warat³⁵⁰, seguindo essa linha de raciocínio, destaca:

A mediação, como terapia do reencontro, considera o universo conflituoso dos sentimentos amorosos a partir de uma perspectiva simultaneamente psicológica, sensível, generosa, educativa e comunitária. Um instrumento, uma linha de trabalho imprescindível para os trabalhadores da saúde, da educação, do direito, da ecologia, do trabalho comunitário, ou de psicoterapias familiares.

Todas as nuances presentes em um processo amoroso, conseqüentemente, estão presentes também na vida e no cotidiano de todas as pessoas. Diariamente estamos diante de um turbilhão de sentimentos, sentimentos esses, que com o passar do tempo, tornam-se experiências de vida e moldam a nossa personalidade. O mediador de conflitos, pelo fato de estar lidando cruamente com os sentimentos e com as mágoas das outras pessoas, precisa avaliar toda a situação em que ele está inserido com o coração. Tudo que é feito com amor automaticamente é uma

³⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. A trajetória de Warat e a influência de Kelsen para uma concepção de mediação na observação do direito. In: BRAVO, Alvaro Sanchez; CERVI; Jacson Roberto (Org.). **Reflexões contemporâneas sobre direitos humanos**. 1. ed. Santo Ângelo: FuRI, 2016. v. 1, p. 1-388.

³⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 40.

³⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 34.

possibilidade de crescimento tanto para si mesmo, como para o próximo que recebeu ajuda. Assim, a partir do momento em que esse trabalho é realizado com afeição e estima, devolve-se aos envolvidos o poder de decisão sobre as suas vidas e conseqüentemente modifica a sua visão de autonomia.

SEGUNDA PARTE
DIREITO COMPARADO



3 PERSPECTIVA COM RELAÇÃO AO DIREITO COMPARADO

A introdução dos meios alternativos de tratamento de conflitos representa um movimento global. A tendência de se estabelecer a obrigatoriedade da prévia tentativa de mediação como condição de um procedimento na estância judicial pode ser analisada desde uma perspectiva comparada, desde países que tem adotado com sucesso a mediação, como a França, os Estados Unidos e a Argentina. Esses países discutem a jurisdição condicionada ao tratamento de conflitos de forma consensual (conciliação, mediação ou arbitragem) e até já a estabeleceram nos seus sistemas judiciais.

Ressalta-se que os métodos consensuais de solução de conflitos, estão radicados em quatro ordens de ideais ou fundamentos. O primeiro diz respeito a uma ideia neoliberal que vai de contra o protagonismo social judicial e em favor da previsibilidade, como clima favorável para o **fator econômico**³⁵¹.

O segundo ponto pertence a um projeto, iniciado por movimentos americanos reacionários, buscando incutir na sociedade um aparente clima de **harmonia e paz**³⁵². Essa ideologia da harmonia, que está como base da ADR, é para Laura Nader³⁵³:

Era uma mudança de pensar sobre direito e justiça, um estilo menos confrontador, mais 'suave', menos preocupado com a justiça e com as causas básicas e muito voltado para a harmonia. A produção de harmonia, a rebelião contra a lei e contra os advogados (vinda muitas vezes dos próprios advogados), o movimento contra o contencioso, foi um movimento para controlar aqueles que foram privados dos direitos civis³⁵⁴.

O terceiro (**mais funcional**) representa uma necessidade de tornar visível aos próprios tribunais, a sua falta de eficiência decorrente de carências estruturais e da

³⁵¹ NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.9, n. 26, p. 23, out. 1994.

³⁵² NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.9, n. 26, p. 23, out. 1994.

³⁵³ NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.9, n. 26, p. 23, out. 1994.

³⁵⁴ Pound Conference: Perspectivas da Justiça no Futuro. Realizado nos EUA, no estado de Minnesota em 1976, este foi o momento decisivo em uma época em que tanto o modelo de harmonia como o modelo de eficiência vieram, oficialmente, a substituir o litígio, procedimento jurídico considerado ideal. A conferência, organizada a partir do escritório do presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, visava a esboçar uma alteração cultural com ramificações que se entendiam para muito além da lei. [...] Veio uma preocupação central com a harmonia através da reforma através dos procedimentos. NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 9, n. 26, p. 23, out. 1994.

perda da legitimidade. Portanto, constitui uma alternativa diante dessa insuficiência da Justiça tradicional de apresentar respostas qualitativas e quantitativas adequadas, observado a crescente gama de conflitos e litigiosidade na sociedade contemporânea³⁵⁵.

E o quarto diz respeito a uma visão mais **político-social**, uma revolução paradigmática no Direito e na Justiça, dando abertura para uma sociedade voltada ao resgate da autonomia e da capacidade dos sujeitos sociais de solucionarem seus próprios conflitos³⁵⁶.

A partir dessas premissas, é observada a evolução da mediação de conflitos nos principais sistemas de justiça do mundo ocidental, buscando expor a ligação das práticas mediáticas ao sistema brasileiro, notadamente no que diz respeito as práticas aqui agregadas, levando em consideração a adoção de exemplos instalados aqui, como dos EUA, da França e da Argentina.

3.1 Mediação Judicial Brasileira

Publicado em 2015, o Relatório de Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça brasileiro apontou os números referentes aos processos pendentes que tramitam no Judiciário do Brasil no ano de 2014³⁵⁷.

O número de processos pendentes repassados para o ano de 2015 foi de 71,2 milhões, contando com mais da metade desses processos em fase executória. Quanto aos casos novos, o índice aumentou em 1,1%, representando 28,9 milhões de processos protocolados no ano de 2014. No total, foram contabilizados mais de 100 milhões de processos pendentes, aumentando alarmantemente a taxa de congestionamento do sistema jurídico brasileiro³⁵⁸.

A situação é tão crítica que, na hipótese do Poder Judiciário ser paralisado para resolver os processos pendentes – sem garantir novas demandas e considerando a média de produtividade dos magistrados e servidores envolvidos

³⁵⁵ NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 9, n. 26, p. 23, out. 1994.

³⁵⁶ NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 9, n. 26, p. 23, out. 1994.

³⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de justiça em números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

³⁵⁸ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 44.

neste trabalho – calcula-se que seriam necessários aproximadamente dois anos e meio de trabalho para que se pudesse, enfim, zerar a caixa de entrada de processos³⁵⁹. Assim, Silvana Yara de Castro Rodrigues³⁶⁰ destaca:

Por efeito, como em diversos países do mundo, a crise do Judiciário foi o estopim para disseminar opções, com novos métodos alternativos de resolução de conflitos, para pacificação social dos conflitos sociais, por exemplo a mediação de conflitos.

Tomando de exemplo o ano de 2014, foi averiguado o número de 8,5 milhões de processos pendentes durante o ano na Justiça Federal. Quando comparado aos anos de 2009 e 2013, foi identificado um aumento considerável da litigiosidade excessiva. A fragilidade do sistema Judiciário Brasileiro torna-se evidente através desses dados, no passo que os resultados da pesquisa estatística citada permitem visualizar pragmaticamente a pouca vazão dos processos e a diminuta celeridade. Percebe-se, com isso, a máquina sobrecarregada que o Judiciário se tornou, não levando em conta a qualidade dos serviços de resolução de conflitos ofertados aos jurisdicionados³⁶¹.

O número de processos judiciais pendentes demonstra com clareza a inobservância da razoável duração do processo, evidenciando a característica da ineficiência da Justiça brasileira. Tal Justiça que, conforme dados citados, não é capaz de dar conta das demandas ajuizadas que recebe dia após dia. O momento, no entanto, é oportuno para o rompimento da lógica litigiosa e popularização de outros meios consensuais, possibilitando aos jurisdicionados alcançar ofertas de resolução de conflitos em um novo formato: mais rápido, mais barato, e possivelmente mais benéfico a todos envolvidos. Assim, buscando solucionar essa problemática judicial nasce a ideia de apresentar o Sistema Multiportas: apresentar ao jurisdicionado meios adequados de solução de conflitos – as ditas “portas” –, considerando o caso concreto, que deverá ser feito após a triagem do conflito.

A relevância do Sistema Multiportas no Judiciário Brasileiro já é aclamada por pensadores do direito, como Lewandowski, que vê nas formas alternativas de solução de controvérsias – englobando mediação, conciliação e arbitragem – a concepção de

³⁵⁹ RODRIGUES, Silvia. **Arbitragem e mediação**: a reforma de legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015. p. 303.

³⁶⁰ RODRIGUES, Silvia. **Arbitragem e mediação**: a reforma de legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015. p. 303.

³⁶¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 70.

um novo design ao Judiciário, menos retrógrado e engessado, mais adaptado ao tempo presente e suas novas demandas³⁶².

Assim, Silvana Rodrigues³⁶³ destaca:

É exatamente na oportunidade do Sistema Multiportas, dentro do Judiciário brasileiro que surge a mediação recentemente inserida na ordem jurídica brasileira e considerada no aspecto legal um verdadeiro processo inovador e de grandes perspectivas de resultados positivos, tanto no aspecto social quanto no jurídico.

Tida como, no aspecto geral, um processo deveras inovador e com um horizonte de resultados positivos no aspecto social e jurídico, a mediação foi recentemente inserida na ordem jurídica brasileira. É claramente uma possibilidade que foi descoberta através do Sistema Multiportas que vem quebrar paradigmas e reestruturar o entendimento sobre resolução de conflitos³⁶⁴.

O processo judicial deve ser sujeito a mediação (conforme estabelecido em lei). Afinal, é justamente o aspecto psicológico das partes e o desgaste mental gerado pelo processo de dissolução do sistema problemático desenvolvido que a torna capaz de trazer à tona os erros cometidos durante a constância da relação. Neste sentido é que a mediação vem a ser útil, pois auxilia e possibilita as partes em crise se comunicarem e reverem pontos antes inalcançáveis, pois os discursos inflamados obstaculizavam essa ponte entre o expressar os sentimentos e a compreensão, tão necessários ao diálogo dos mesmos e, por conseguinte, ao entendimento almejado por todos que participam do processo de mediação³⁶⁵.

Assim, a comunicação compassiva nos auxilia a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural rebrilhe. Podendo nos guiar no processo de reformulação da forma pela qual nos expressamos e escutamos

³⁶² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Planejamento estratégico do poder judiciário. **Revista Justiça & Cidadania**, [S.l.], n. 135, 2011. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

³⁶³ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 47.

³⁶⁴ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 47.

³⁶⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 167.

o outro, mediante a concentração em quatro áreas: a observação, o sentimento, a necessidade, e o que é realmente importante, a paz individual e social³⁶⁶.

Dessa maneira, Niklas Luhmann³⁶⁷ ensina:

Assim deve-se entender o processo de evolução sociocultural de como transformação e as possibilidades de estabelecer uma comunicação como possibilidade de êxito, graças à qual a sociedade cria suas estruturas sociais; e é evidente que não se trata de um mero processo de crescimento, mas de um processo seletivo que determina que tipos de sistemas sociais são viáveis e o que terá de se excluir devido a improbabilidade.

Desta forma, explica-se o objetivo da comunicação não violenta (cnv), que é o de promover maior profundidade no escutar, fomentar o respeito e a empatia e provocar o desejo mútuo de nos entregarmos abertamente. Algumas pessoas usam a cnv para responder compassivamente a si mesmas; outras, para estabelecer maior profundidade em suas relações pessoais; e ainda para gerar relacionamentos eficazes no trabalho ou na política. Nota-se que no mundo inteiro, a cnv é utilizada para mediar disputas e conflitos de todos os níveis³⁶⁸.

De uma forma mais sensível, Marshall B. Rosenberg afirma que a comunicação não violenta, ou seja, a comunicação “compassiva”, que é aquela onde as partes não apenas ouvem, mas prestam atenção e tem interesse em desatar o nó criado durante a relação continuada, torna-se indispensável para que se dê a operação deste procedimento (da comunicação não-violenta³⁶⁹).

Nessa senda, é definida como violência qualquer forma de constrangimento, coerção ou subordinação exercida sobre outra pessoa pelo uso abusivo do poder. Há momentos em que em que o nível de tolerância é muito baixo e ao tentar defender-se, a outra parte (ofendida) defende-se do dano (concreto ou imaginário) numa tentativa mesmo que inadequada, de forma violenta também, tentando manter a sua posição antes ameaçada. Desta forma, torna-se um círculo vicioso na troca de papéis onde o ofendido e o ofensor se entremeiam. Este exemplo foi dado somente para dar

³⁶⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 129.

³⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2001. p. 44.

³⁶⁸ RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 13.

³⁶⁹ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006, p. 15-47.

alusão ao despreparo a grande parte da humanidade em saber administrar seus conflitos interpessoais.

As investigações neurofisiológicas, conforme Niklas Luhmann³⁷⁰, descreve o cérebro como um sistema operacionalmente fechado. A resposta aos problemas nesse caso pode unicamente ser encontrada mediante o conceito de percepção sensorial. Para Niklas Luhmann deve-se partir portanto do conceito de observação e entendermos como ele indica de um contexto de uma distinção, vendo a memória como a faculdade de discriminar entre lembrar e esquecer.

A vida psíquica de um ser humano se desenvolve a partir de uma rede de relacionamentos pautados por vínculos afetivos resultantes sempre de uma determinada cultura, sendo que essa rede já existia antes mesmo do nascimento de uma criança. Portanto, tem-se que a família é um objeto de estudo privilegiado para compreender a reprodução da cultura e da construção da subjetividade. Conforme o que foi explicado, Vicente de Paulo Barretto³⁷¹ ensina:

A família é uma estrutura que estabelece ligações entre os indivíduos e fundamenta todas as sociedades humanas tomando formas diversas no tempo e no espaço. Desde os gregos, encontramos variadas formulações acerca da família, das quais poderíamos dar a seguinte síntese: de um lado, temos Platão, que, no Séc. IV a.C., propõe a criação de uma cidade ideal, na qual ele pretendia que a família pudesse ser abolida: 'As mulheres de nossos guerreiros serão todas comuns a todos; nenhuma delas habitara em particular com nenhum deles; do mesmo modo os filhos serão comuns e os pais não conhecerão os filhos, nem estes os pais'. (Platão, 1965, 457, c-458b). Este sistema faria com que cada homem fosse o pai de todas as crianças mesmo que ele não tenha certeza de que ele seja realmente o pai de alguma delas. Por sua vez, Aristóteles constata que 'a incerteza da paternidade acarretaria a negligência em relação a todas as crianças'.³⁷² Para Aristóteles, contrário a Platão neste aspecto a família se define como a primeira comunidade (oikia) segundo a natureza. A família é, portanto, constituída por membros obedientes, e que o homem comanda, a mulher se submete, e a família é organizada segundo um princípio monárquico, a dominação patriarcal.

Várias são as razões que desencadeiam os conflitos sociais, sejam eles: introjeção de valores e regras, competitividade, ciúmes, jogos de poder, carência. Estes são apenas alguns dos sentimentos que podem caracterizar a dinâmica de

³⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 90.

³⁷¹ BARRETTO, Vicente de Paulo; PINTO, Gerson Neves. **O direito e suas narrativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 85.

³⁷² ARISTOTELES. **Politique**, II, 3, 1282. Introduction, notes et index par J. Tricot. Paris: J.Vrin, 1987.

algumas relações sociais e que podem vir a cristalizar e gerar preconceitos e discriminações, assim como comportamentos lesivos à saúde das relações³⁷³.

Sabe-se que mudanças são necessárias nesse campo de atuação, e embora desejemos aderir aos papéis sociais contemporâneos, ainda existe certa resistência, considerado mais como uma inércia da subjetividade, que é advindo de movimentos rápidos de mudança, e que, dessa forma, são difíceis de serem acolhidos e colocados em prática. Nesse sentido, somente um trabalho profundo de reflexão individual e coletiva a respeito de determinados temas (aqueles mais divergentes) podem facilitar a criação de uma nova cultura, a do diálogo aberto e direto, para otimizarmos as mediações dentro e fora do sistema judicial brasileiro.

3.1.1 A Conjuntura da Crise do Poder Judiciário Brasileiro

As fontes do crescente fenômeno de judicialização em face do Poder Público – fato que desacelera e sobrecarrega o trabalho dos tribunais, devido a enorme demanda – encontram-se ao analisar a fundo questões sociológicas, políticas, econômicas e jurídicas. O correto prognóstico das razões que levam a sociedade a uma onda litigiosa como fonte de prestações sociais contra o Estado pode ser constatado através da análise e relação das questões anteriormente citadas³⁷⁴.

O problema nasce no Estado do Bem-Estar Social que, em sua complexa concepção do Estado como grande protetor do cidadão e condutor da segurança ideal, aclamado por seus ideais de democratização e cidadania, perde forças ao bater de frente à lógica capitalista global. Sem opções, o Estado vê-se obrigado a diminuir seu alcance protetivo, causando insegurança às pessoas. Isso porque, ao abrir mão de suas promessas progressistas, o Estado não apaga o ideário de segurança social que já está instalado na sociedade. Tal descompasso gera decepções, ainda mais fomentadas pelo avassalador capitalismo que incorpora e as atíça através de apelos consumistas e ideologia individualista, acumuladora. Moviada por tais desejos, os cidadãos recorrem àquele que imaginavam dever satisfazer suas necessidades contingenciais: o Estado³⁷⁵.

³⁷³ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 32.

³⁷⁴ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 43.

³⁷⁵ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 43.

Assim, José Luis Bolzan de Moraes³⁷⁶ ensina:

Apesar das crises que se abatem sobre ele, e Estado do Bem-Estar Social ainda permanecem, mormente na periferia dos estados em desenvolvimento, como, talvez, a única ou, se não isso, a grande alternativa ao lado para uma tentativa de investir na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Por mera anuência e inércia do liberalismo utilitarista, surgindo articulado ao mercado, as soluções que o Estado de Bem-Estar Social apresenta e toda sua burocracia envolvida, foram paliativas e não tiveram chances no mundo dos fatos por esbarrarem com as próprias leis do mercado, e seu manequim paquidérmico. Sobre isso, José Luis Bolzan de Moraes pontua que mesmo acompanhado de suas crises e problemas, inerentes ao Estado de Bem-Estar Social, este segue de perto Estados em desenvolvimento como saída e/ou esperança de construção de uma sociedade justa e igualitária³⁷⁷.

O Estado, em razão da crise multifacetada que decorre do Estado do Bem-Estar Social, preocupa-se apenas em alimentar a filantropia e garantir o mínimo existencial. Abre mão de responsabilidades nesse momento, como prover o bem-estar e modifica os serviços públicos até então sob seu comando (segurança pública majoritariamente, além de outras políticas), entregando-os para iniciativa privada e as forças capitalistas, transformando-os em produtos comercializáveis a disposição de quem puder compra-los³⁷⁸.

Conclui-se, portanto, que a complexa crise do Estado de Bem-Estar Social impulsiona a questão da litigiosidade gritante no Juizado Especial Federal, problemas que andam *pari passu*. Pensadores como Rosanvallon, Chevallier e Bolzan de Moraes identificam quatro grandes crises engendradas pelos Estados Sociais: a crise financeira, a crise filosófica, a crise ideológica, e a crise política. Nessa questão, é preciso pontuar que não há linearidade ou objetividade nas crises, podendo elas se comportar de variadas maneiras. Ainda, dentro da crise financeira, a crise de transição

³⁷⁶ MORAIS, José Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42.

³⁷⁷ MORAIS, José Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 44.

³⁷⁸ MORAIS, José Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.45.

demográfica terá solo para germinar. Juntas, todas as crises citadas retraem o Estado do Bem-Estar Social, e esse perde razão de ser³⁷⁹.

Acerca disso, Paulo Afonso Vaz³⁸⁰ relata:

O problema da litigiosidade intensa no juizado especial federal está intimamente ligado a crise complexa do estado de bem-estar social. É possível identificar, com Rosanvallon (1998), Chevallier (2009) e Bolzan de Moraes (2011), quatro grandes crises que os estados sociais enfrentam – uns mais, outros menos (não há crises subjetivamente e objetivamente lineares) -, a saber: a crise ideológica, a crise filosófica e a crise financeira. Dentro desta vai-se encontrar a crise da transição demográfica. Enlaçadas, essas crises determinam a retração do estado do bem-estar social.

Conforme disposto na Constituição Brasileira³⁸¹: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse fundamento legal assegura aos jurisdicionados o acesso integral à Justiça, fundamentalmente em casos que ocorre a lesão ou ameaça de direitos. Ao decorrer dos anos, porém, o sistema Judiciário brasileiro não responde eficientemente aos jurisdicionados. Desrespeitando o mandamento constitucional, o chamado não recebe retorno eficiente, efetivo e célere.

Acompanhando o movimento de diversos países ao redor do globo, por efeito, a crise do sistema jurídico brasileiro foi a gota d’água para o questionamento e adoção de novos métodos, alternativas viáveis de resolução de conflitos, com o fim de trazer a paz social aos conflitos pessoas. Dentre essas opções, encontra-se a mediação de conflitos. O sistema de Justiça atual – engessado, lento e complexo – não dá vazão às necessidades de uma sociedade tecnológica e pós-moderna, onde o tempo e a praticidades são pontos valorizados, tornando-se incompatível. Para sanar essas necessidades, aparecem novos meios céleres e capazes de cuidar de conflitos originários da crise do Judiciário. Nesse momento o Estado volta a garantir o direito fundamental de acesso integral à justiça e à pacificação social³⁸².

³⁷⁹ MORAIS, José Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

³⁸⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 81.

³⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

³⁸² RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 44.

Assim, conforme Rodrigues³⁸³:

Não se pode olvidar que esse sistema de justiça, detentor de inúmeros processos engessados, acaba incompatível com as exigências da sociedade atual. Em sendo assim, surgem nossos instrumentos céleres e capazes de solucionar os conflitos, originados da crise do poder judiciário, e da necessidade de se garantir o direito fundamental de acesso integral à justiça e a pacificação social.

Visando o princípio da garantia do acesso à ordem jurídica justa, os órgãos peculiares devem ser instituídos com diversas funções e técnicas inovadoras com a finalidade de resolver o conflito e alcançar a paz social.

3.1.2 Os Meios Autocompositivos: em Especial as Diferenças entre a Mediação, a Conciliação e a Negociação

Na França³⁸⁴, o termo “mediação-conciliação” demonstra um profundo desconhecimento da mediação. Um estudo realizado em 2010 destaca os impasses dos sistemas internos de “mediação” o estudo convida a um maior rigor terminológico e reproduz a confusão terminológica usual entre mediação e conciliação, e até intervenção do juiz³⁸⁵.

Importante ressaltar que nos estudos realizados, o Brasil e a França são os países mais preocupados com uma designação da terminologia mediação, e uma diferenciação entre os termos conciliação e negociação. Dessa forma, segue a distinção para esclarecimento e evitar possível confusão a respeito de cada procedimento³⁸⁶.

A mediação se distingue da conciliação na forma de proceder, pois o mediador não tem as mesmas liberdades que o conciliador, como por exemplo, de dar ideias ou suposições de solução para o conflito. A mediação busca essencialmente a autonomia das partes, elas precisam descobrir por si próprias, apenas com a condução do diálogo (o mediador apenas guia a forma de se expressar), a verdadeira solução para o conflito gerado³⁸⁷.

³⁸³ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 44.

³⁸⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 45.

³⁸⁵ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 57. (Coleção global mediação).

³⁸⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 45.

³⁸⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 45.

Assim, conforme o que foi apresentado, Rodrigues³⁸⁸ destaca:

A conciliação de conflitos tem sido tema de discussões doutrinárias no que diz respeito a sua definição. Para alguns autores, 'conciliação' e 'mediação' são sinônimos, outros consideram-nas como métodos distintos. Doutrinadores que aderiram a suas distinções adotaram os critérios de maior grau de intervenção do terceiro imparcial frente a autonomia das partes e o do tipo de conflito cabível a cada uma.

Já a negociação, tem o propósito de garantir a vitória ou a derrota, sendo uma disputa, onde uma das partes certamente será favorecida com o acordo final. O desenvolvimento da mediação de direito público não é desejável por dois motivos: ele é pensado no mesmo molde que a mediação judicial e a mediação só pode ser vivida na igualdade das partes. A conciliação e a negociação permanecem a ser desenvolvidas tanto no procedimento judicial como no procedimento administrativo, pois esses termos correspondem a conceitos legais, enquanto a mediação corresponde a um conceito que vai muito além do universo mental do procedimento³⁸⁹.

Vejamos a definição de cada uma:

- a) negociação: no sentido amplo do termo, a todo momento atos de negociação são praticados; isso acontece dentro da família, do trabalho, da comunidade e outros ambientes. Nessa linha, Willian Ury destaca que “qualquer comunicação interpessoal em mão dupla, na tentativa de chegar a um acordo entre as partes” pode ser definido como negociação. Mais precisamente, define-se a negociação como um dos mecanismos adequados de resolução de disputas, de caráter autocompositivo, ao lado da conciliação e da mediação;³⁹⁰
- b) conciliação: para alguns autores, “conciliação” e “mediação” são sinônimos; outros, consideram-nas como métodos distintos. Doutrinadores que aderiram às suas distinções, também adotaram uma perspectiva de maior grau de intervenção do terceiro imparcial na conciliação. Assim, o conciliador pode intervir com certo poder de decisão ao final do processo;³⁹¹

³⁸⁸ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19.

³⁸⁹ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19.

³⁹⁰ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios”** a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 16.

³⁹¹ CARVALHO, Joana Campos. **A conciliação judicial**. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses) -- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível

Joana Campos de Carvalho entende que, na conciliação, o terceiro imparcial auxilia as partes a encontrar uma solução para o conflito, investido no poder posterior de decisão para propor soluções. Diferentemente da mediação, há o pleno domínio do processo pelas partes, constituindo elemento essencial desse meio consensual, uma vez que atribui poderes absolutos de decisão às partes;³⁹²

- c) mediação³⁹³: define-se a mediação como o método consensual autocompositivo de solução de conflitos, em que um terceiro imparcial auxiliará as partes a reconhecerem o problema, com foco nos interesses subjacentes às posições postas, na promoção do restabelecimento ou da restauração, de maneira que percebam caminhos que possam resultar positivamente no mútuo acordo – tudo isso sem necessitar de uma decisão judicial proferida pelos Tribunais em processo mais caro e moroso³⁹⁴.

Assim, conclui-se que tanto a mediação, como a conciliação e negociação são ferramentas extremamente importantes e necessárias para o correto tratamento de uma controvérsia, identificando e destacando as diferenças entre essas práticas, para que as partes possam escolher qual o método mais apropriado para tratar do seu conflito.

3.1.3 O Papel dos Profissionais de Direito no Incentivo a Autocomposição de Conflitos

É importantíssima a reapropriação da Justiça pelos cidadãos e seus representantes, sobretudo pelo trabalho dos advogados que, segundo Commaille, “podem usar os seus talentos e os recursos à sua disposição para atingirem objetivos

em: <www.academia.edu/16354809/A_Concilia%C3%A7%C3%A3o_Judicial>. Acesso em: 10 out. 2018.

³⁹² CARVALHO, Joana Campos. **A conciliação judicial**. 2009. 47 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses) -- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: <www.academia.edu/16354809/A_Concilia%C3%A7%C3%A3o_Judicial>. Acesso em: 10 out. 2018.

³⁹³ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 48.

³⁹⁴ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25.

políticos e sociais no sentido de promover a sua causa mais que para garantir a função tradicional de representação dos interesses dos seus clientes³⁹⁵”.

Acerca dessa questão, André-Jean Arnoud³⁹⁶ destaca:

O escritório de advocacia vai se tornar – se ele ainda não o é – um dos locais em que os operadores do direito virão sistematicamente projetar suas ações antes mesmo de empreendê-las, e de solucionar amigavelmente os assuntos contenciosos entre as partes cada vez mais dispostas a transigir e cada vez menos dispostas a transitar pelas vias normais judiciais ou administrativas das resoluções de conflitos.

Com a utilização das técnicas de tratamento de conflitos os advogados poderão potencializar o espectro de suas atribuições e isso irá nortear o direito enquanto atividade essencial para a administração da justiça. A orientação intra e endo processual poderá possibilitar que as partes se sintam satisfeitas o máximo possível com o acordo realizado.

Essa influência relaciona-se, também, com o movimento que Commaille nominou de *political lawyering*, no qual os advogados contribuem para a promoção do liberalismo político. A cultura jurídica é estimuladora dos litígios. Os advogados não são formados para a pacificação, mas para combater no palco das chicanas em que se converteu o processo jurisdicional³⁹⁷.

Assim, Paulo Afonso Vaz³⁹⁸ destaca:

A profusão de profissionais, premidos pela necessidade de um espaço de sobrevivência no mercado de trabalho, faz com que soçobre qualquer preocupação com a solução pacífica de conflitos. Mas não percebem os advogados que a pacificação do conflito pela consensualidade pode representar um adiantamento no tempo da sua justa remuneração, sobretudo quando se sabe que a crise do judiciário impede a pronta resposta jurisdicional. Abre-se, por assim dizer, um novo mercado de trabalho, uma nova frente que pode ser ainda mais rentável e menos trabalhosa.

³⁹⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 107.

³⁹⁶ ARNOULD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições filosóficas do direito e do estado. Tradução de Patrice C. Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

³⁹⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 75.

³⁹⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 76.

Conclui-se, dessa maneira, que o profissional do direito, assume uma importância capital no apoio a prática do tratamento dos conflitos sociais. Sua presença se torna fundamental como facilitador das comunicações. A postura do advogado, que também é mediador tornar-se um atrativo e desta forma, atraindo mais clientes e conseqüentemente aumentando seu retorno financeiro.

3.1.4 Regulamentação sobre a Mediação: avanços e desafios

O peso do velho paradigma da cultura litigiosa, somado a resistência de alguns magistrados, advogados, sociedade e até mesmo o poder público fixa-se como dificuldade a ser enfrentada para implementar a mediação sob o regime obrigatório adotado. Além disso, há o fator potencial de utilizarem a mediação como forma de redução de demandas sociais, gerando uma nova preocupação.

Publicado pelo CNJ, o parecer de Justiça em Números discorre sobre o demasiado apreço pela cultura do litígio no Brasil, o que muito difere dos países europeus, que trilham o caminho da cultura do diálogo e consenso há muitos anos. Ao lado dos processos litigiosos, decididos por método heterocompositivo e que tomam de ambas as partes a possibilidade de uma resolução justa e célere; procurou-se uma alternativa por vias consensuais, como meio – também – de desafogar a quantidade excessiva de processos que são defrontados pelos tribunais brasileiros³⁹⁹.

O contraponto encontra-se na questão da mediação de conflitos, pois não deve ser o alívio da carga de processos do Poder Judiciário a principal razão para introduzir o sistema multiportas do Judiciário. Erroneamente transformar a mediação judicial em mera vazão de demandas do judiciário traz o risco latente de retirar o significado e ao que se destina a mediação; promovendo a má qualidade de seu processo, que gera sequelas jurídicas e sociais⁴⁰⁰.

O CPC/2015 vê além ao legislar sobre mediação, priorizando a comunicação direta entre as partes. Em um sentido empoderador e transcendente da comunicação, onde o diálogo e a compreensão do outro é o foco, o acordo é uma consequência secundária, não o objetivo. Nesse sentido, é importante e mais do que necessário

³⁹⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 185.

⁴⁰⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 185.

zelar o aspecto qualitativo que a mediação pode proporcionar aos jurisdicionados como caminho consensual de solução de conflitos, e, portanto, desenvolve-la atenção. Deve-se colocar em primeiro lugar a característica qualitativa dos Sistemas Multiportas, e posteriormente, como consequência, alterações no sentido quantitativo do Judiciário. Frisa-se: A finalidade da mediação judicial não se encontra na diminuição do volume dos processos trabalhados nos tribunais pelos magistrados, mas a pacificação social daqueles envolvidos no embate⁴⁰¹.

Logo, não há de se conduzir a mediação com a intenção de diminuir a enorme demanda enfrentada pelo Judiciário atualmente, consequentemente a tratando como justiça hierarquicamente mais baixa, de segunda classe. Ainda que conte como grande avanço, a existência de uma norma tratando da mediação judicial não basta para garantir seu sucesso e boa aplicação. Para isso, é necessária a quebra do paradigma combativo e litigioso, uma mudança cultural, que admite o fim desejado pelos jurisdicionados, a paz social e a produção de resultados realmente positivos. A herança não pacífica e litigiosa é onde nasce o potencial risco da falha da mediação judicial, pois o seu bom uso depende de como o poder público, magistrados, advogados, mediadores, cidadãos e universidades irão exercê-la⁴⁰².

O exemplo das questões familiares, execuções fiscais, relações de consumo, onde as partes ingressam no Judiciário por questões semelhantes – as chamadas demandas repetitivas – acabam tirando a eficiência dos tribunais devido ao seu volume, além de raramente satisfazer de fato os litigantes com a decisão imposta. Isso acontece devido a cultura da sentença, onde fica a cargo do magistrado decidir o processo, mas não acalmar o conflito e alcançar a pacificação social⁴⁰³.

O CPC/2015 quebra a característica impositiva que tinha o processo até então – desconstruindo a relação triangular hierarquizada –, ao tirar o caráter judicializado dos conflitos, permitindo mais autonomia das partes, forma totalmente inovadora. Visto isso, Daniela Monteiro Gabbay⁴⁰⁴ destaca:

⁴⁰¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 87.

⁴⁰² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 34.

⁴⁰³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁰⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 185.

Há grande expectativa no Brasil sobre a criação de um Marco legal acerca da mediação, assim como existiu em relação à arbitragem como a promulgação da Lei número 9.307/96, representando esta lei específica sobre mediação em amparo à sua difusão no país e uma forma de uniformização mínima, regulação e fiscalização de sua prática. Em 1998 foi apresentado Ao Congresso Nacional O Projeto de Lei nº 4837, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, visando institucionalizar e disciplinar a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. O projeto era simples e conciso, contendo sete artigos sobre a mediação judicial e extrajudicial. Em outubro de 2002, esse projeto foi aprovado pela comissão de constituição e justiça da câmara dos deputados e enviado ao Senado Federal para revisão, recebendo o número PL nº 94 de 2002, e sendo designado relator O Senador Pedro Simon.

É neste momento que percebemos que o que não está nos autos, não está no mundo, esclarecendo que somente os posicionamentos apresentados pelas partes no processo são valorados, deixando os interesses ocultos àquelas de fora. Na mediação, a gestão de conflitos deve ser conduzida através de estímulos ao diálogo entre as partes, por vontade própria destas, visando solucionar o conflito presente, com a máxima finalidade o acordo favorável a todos⁴⁰⁵. Assim, toda a temática da mediação de conflitos é muito bem apresentada por R. Bush e J Folger⁴⁰⁶:

A mediação é considerada um novo fenômeno, atraindo profissionais e estudiosos por muitas razões, tais como: sua característica de informalidade, consensualidade, voluntariedade e seu mecanismo não-vinculante. Porém, seu maior atrativo e sua 'raison d'être' é seu potencial de transformar a vida das pessoas: a mediação é reconhecida como capaz de fazer bem mais do que apenas criar acordos e melhorar relações. Ela é capaz de equipar as partes com um maior senso de eficácia pessoal (autoestima) e uma maior aceitação da pessoa sentada do outro lado da mesa (reconhecimento). Mesmo sem acordo ou reconciliação, a mediação ainda deve ser considerada um sucesso se ela causar crescimento moral, autoconhecimento e reconhecimento do outro. E se no final um acordo for alcançado, tanto melhor.

O Conselho Nacional Judicial e os tribunais exercem papel fundamental para introduzir a mediação judicial como aliado e companheiro do magistrado. Tal reconhecimento é possível através de capacitações com o tema mediação de conflitos, como meio de romper pouco a pouco a postura impositiva que impera nas decisões que resolvem conflitos. Outro lado da questão é formar uma linha de diálogo

⁴⁰⁵ BUSH, R.; FOLGER, J. **The promise of mediation**. San Francisco: Jossey-BassPublishers, 1994. p. 4.

⁴⁰⁶ BUSH, R.; FOLGER, J. **The promise of mediation**. San Francisco: Jossey-BassPublishers, 1994. p. 4.

com advogados, com a finalidade de conscientizá-los sobre a relevância do papel colaborador que pode ser desempenhado por eles em favor da mediação de conflitos. Um vício muito danoso que pode ser percebido na atuação de incontáveis advogados, até os dias de hoje, é a gana por litigar até esgotar todos os meios possíveis, não desistindo até o trânsito em julgado do processo⁴⁰⁷.

O mais preocupante, no entanto, é que essa postura se motiva pelo aumento pecuniário dos honorários advocatícios que irão receber. Inúmeros profissionais perseguindo a demanda até a última instância, movidos pelo interesse mercadológico e sem qualquer interesse colaborativo ou desejo de transformação social do problema apresentado por seu cliente. Não há visão humanitária.

O cerne do problema pode ser mais profundo, pois muitos advogados herdaram a postura fortemente litigante do próprio tipo de formação acadêmica apresentada a ele. O idealismo da universidade está intrinsecamente vinculado ao caminho a ser trilhado pelos seus acadêmicos, e não há como negar que a maioria das universidades brasileiras direcionam seus cursos de direito para formação de advogados sob a concepção litigiosa.

Tal lógica concebe os conflitos em uma dualidade de vencedor-perdedor, onde os advogados são responsáveis por judicializar os conflitos apresentados, enquanto confia cegamente ao magistrado o poder de decidir o embate⁴⁰⁸.

Ainda que necessária, a mudança do paradigma litigioso enraizado na Academia não acontecerá de imediato, devendo ser um processo lento até a devida oferta de um novo perfil do futuro advogado. Essa mudança deve alcançar até as grades curriculares do ensino jurídico, introduzindo valores para o exercício de uma futura advocacia possivelmente mais cooperativa, assistencial e colaborativa, capacitando o acadêmico de direito para uma nova visão de resolução de conflitos⁴⁰⁹.

Atualmente, a maioria das universidades não costuma ensinar a mediação de conflitos, ou, ao citá-la, diminui em muito sua relevância, tratando-a como justiça de segunda classe. Conseqüentemente, os acadêmicos não desenvolvem interesse pelo assunto. Neste ponto, o marco legal da mediação judicial tem papel fundamental para

⁴⁰⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁰⁸ NASH, John. Equilibrium points in n-person games. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, [S.l.], v. 36, n. 1, Jan. 15, 1950.

⁴⁰⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 90.

mudança e adequação dos cursos jurídicos que ainda não lecionam essa matéria por dois motivos: pela questão normativa, a mudança não é facultativa, atingindo a todos; e pela questão social, pois aquelas instituições que não adequarem à atualidade manterem a lógica litigante serão vistas como obsoletas e retrógradas, não agregando ao processo transformativo vigente.

Nesta linha, a responsabilidade do Conselho de classe dos advogados (OAB) é capacitar os profissionais com cursos e seminários, trazer formas de propagar a conscientização de que o método mais seguro para seus clientes obterem um resultado que agrade a todos – a dita paz social – é através de meios consensuais, dentre eles, a mediação judicial. E isso se comprova pela disposição do CPC/15, que inova ao requisitar que a petição inicial determine a realização ou não de audiência de conciliação ou mediação a depender da vontade do autor. Acerca dessa questão, Daniela Monteiro Gabbay⁴¹⁰ destaca:

O atual Código de Processo Civil prevê alguns momentos de conciliação no processo judicial, sob o controle do juiz, que tem dentre uma de suas atribuições tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes havendo as possibilidades de conciliação em audiência preliminar, audiências de conciliação e instrução e julgamento, quer no rito sumário quer no ordinário.

Esse enunciado demonstra a importância do advogado estar preparado e conhecer os métodos consensuais de resolução de conflitos, a mediação, por exemplo, para ser capaz de manifestar-se sobre o assunto de maneira que conduza o cliente a saídas consensuais possivelmente mais benéficas. O CPC/2015 e Lei de Mediação, sob a luz dos princípios constitucionais, enfatizam a necessidade de deixar no passado a postura tradicional litigante da atuação do advogado, pois essa não é mais compatível com a realidade.

Um ponto delicado a ser enfrentado – e, para tal, requererá certo tempo até se tornar senso comum – é a forma como pessoas veem conflitos ao se verem no meio de situações frustrantes no dia a dia, podendo acontecer em relacionamentos sociais, profissionais e até pessoais. Assim, não é supressa que muitos desses conflitos

⁴¹⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 185.

vivenciados poderiam ser pacificamente resolvidos por eles, sem se quer imaginar uma intervenção judicial se essa lógica fosse vigente⁴¹¹.

Alguns explicam a tradição pelo processo litigioso da sociedade brasileira pela criação da Constituição Federal de 1988, que garantiu aos cidadãos brasileiros diversos direitos fundamentais. A partir desse ponto, as pessoas começaram um processo de defesa dos seus direitos, através da tutela do Judiciário. A Justiça era acionada pelos sujeitos na intenção de resolver o conflito com base nos posicionamentos apresentados por cada parte litigante do processo, desconsiderando os interesses ou intenções que movem o Judiciário⁴¹².

Estruturalmente, os tribunais brasileiros devem adotar a mediação judicial sem mais problemas, baseando-se na vigência do CPC e da Lei de Mediação. Ocorre que, seja pelo pouco tempo de vigência do CPC e da Lei de Mediação, ou pela desvalorização do papel da mediação para resolução de conflito por tribunais mais tradicionais, o serviço de mediação forense ainda se distancia, em muito, do jurisdicionado. Girando em torno de decisões judiciais heterocompositivas, em sua maioria, o Poder Público é um dos litigantes mais notáveis a buscar o Poder Judiciário em defesa dos seus direitos, ora na posição de autor, ora réu⁴¹³.

Segundo relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, feito em 2015, o número de demandas judiciais que possuem um ente público como autor ou réu é expressivo. São lideradas, em número, por causas envolvendo o INSS e as execuções fiscais; processos que em sua maioria tratam de causas repetitivas que poderiam facilmente serem mediadas e conciliadas.

Um ponto interessante a se observar é a obrigatoriedade da presença do Poder Público, na sessão inaugural da mediação judicial, na condição de autor ou réu, como dita a lei. A sessão inaugural da mediação judicial só pode ser dispensada pela anuência, por escrito, de ambas as partes, ou em caso de improcedência liminar do pedido. Não configurada a recusa nesses termos, a parte que se negar a comparecer responderá por ato atentatório à dignidade da Justiça, podendo ser condenada a

⁴¹¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 185.

⁴¹² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴¹³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

pagar multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida, revertida em favor da União ou Estado.

A contradição encontra-se no caso da União ou Estado-Membro estiver envolvido no processo como autor ou réu, e descumprir injustificadamente o dispositivo referido. Nesse caso, ele mesmo será beneficiário da multa pecuniária aplicada, formando um paradoxo. Neste caso, é possível que o ente público apresente desinteresse injustificado pela sessão da mediação judicial, pois consequência para ele não há. A forma mais lógica seria reverter a multa pecuniária para a parte contrária, que sai como verdadeira prejudicada referente à oportunidade de debater com os representantes legais da União ou Estado-Membro, que demonstraram desinteresse em resolver o embate de forma pacífica⁴¹⁴.

Desde a implementação do CPC/15 e com ele, o sistema multiportas que obriga o regime de mediação dentro do Judiciário, foi percebido que muitos tribunais ainda não criaram o CEJUSC, por ser muito recente. E os que o instituíram antes de norma legal ser promulgada notam a discrepância entre o número de demandas possíveis de triagem para mediação de conflitos e o número de mediadores disponíveis para realizar essa atividade⁴¹⁵.

Acerca dessa questão, Rodrigues⁴¹⁶ destaca:

A questão é tão relevante que o Código de Processo Civil de 2015 elevou a autocomposição consensual de conflitos a direito fundamental de acesso integral à justiça, com é o caso da mediação judicial. A mediação judicial é mais uma agregação ao sistema multiportas do Judiciário, que permitirá aos jurisdicionados possibilidades de acesso, para, por si próprios, buscarem e construir uma solução positiva do conflito envolvido, com auxílio de um terceiro facilitador, sem qualquer poder decisório ou influência no conteúdo do problema. Portanto, resta superada a discussão por ausência da lei da mediação brasileira, tendo em vista que as normas estão prontas, foram elaboradas, aprovadas e estão vigentes.

A incapacidade dos tribunais de lidar com a demanda de triagem para mediação de conflitos resulta, atualmente, na ofensa ao direito fundamental do

⁴¹⁴ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 90.

⁴¹⁵ NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 90, jan./jun., 2011.

⁴¹⁶ RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 90.

cidadão a múltiplas escolhas de métodos consensuais de acesso à Justiça, principalmente à mediação, meio elevado em ordem preferencial pelo próprio CPC/2015, quando o atendido promovesse a ação. Por tal motivo, alguns juízes, no sentido pragmático, dispensam a audiência preliminar de mediação por falta de meios para realizar a mediação judicial adequada em tempo hábil. Prosseguem a demanda judicial, então, fundamentando a decisão no § 2º do artigo 3º do CPC/2015⁴¹⁷.

A base estrutural do CPC/2015 é, via de regra, a autonomia das partes, com destaque para as vias consensuais autocompositivas. Por isso, destaca-se, o afastamento da mediação pelos motivos citados não deve ser longo, devendo, o quanto antes, serem estruturalmente viabilizadas em todos os tribunais brasileiros, além de ser feito um serviço de mediação com qualidade, para que este alcance seu fim essencial⁴¹⁸.

Um problema encontrado diz respeito ao devido cumprimento do artigo 334 do CPC/2015⁴¹⁹, que diz:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

⁴¹⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁴¹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁴¹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

§ 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8o O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Conforme tal dispositivo, a presença das partes na audiência inaugural de conciliação e mediação é obrigatória, antes da citação do réu, com a finalidade de possibilitar autocomposição do litígio – com exceção do caso de ambas as partes recusarem por escrito. Provocado pela ausência de CEJUSC e mediadores, magistrados escolhem por realizar a audiência de mediação. Apesar de fundamentado na observância do amplo acesso à justiça baseado na obrigatoriedade legal da introdução da mediação de conflitos no Judiciário, a escolha não se percebe um bom caminho na prática⁴²⁰.

Inúmeros problemas são encontrados à luz dos princípios norteadores da mediação de conflitos nessa questão: Primeiramente, juízes não têm capacitação específica necessária para o exercício da função de mediador, profissional deve ter formação focada para essa finalidade. Seguindo, é uma afronta ao princípio da confidencialidade, visto que o juiz terá acesso a tudo que fora colocado nas sessões, e caso não seja possível conciliação, o magistrado deverá julgar a demanda. A mediação judicial não tinha relevância para resolver conflitos no Brasil até recentemente. Tornou-se obrigatória pós ser promulgada lei específica. Consequentemente, a presença de profissional especializado é de necessidade máxima para a correta coordenação ao longo do processo de mediação⁴²¹.

⁴²⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁴²¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Na atual versão, o mediador é aquele terceiro formado de acordo com requisitos exigidos pelo CPC/2015, pela Lei de Mediação e resolução nº 125/2010 do CNJ. Outra questão preocupante atualmente é a pressa do Poder Judiciário em capacitar pessoas que serviram como mediadores judiciais. Cursos com carga horária mínima e pouca exigência – na intenção de providenciar mediadores suficientes para os tribunais nos cadastros nacional e regional – são comuns, ainda que a vontade seja proporcionar aos cidadãos a mediação de conflitos, em tempo exíguo⁴²².

A preocupação, no entanto, encontra-se no resultado que esta rápida formação pode gerar visto que a qualidade do resultado a ser produzido em sessão de mediação muito dependerá da condução do terceiro mediador e sua qualidade como profissional. O cumprimento da lei pela oferta de tal instrumento consensual não deve ser conduzida por pensamento meramente quantitativo, devendo ser almejada a qualidade dos futuros mediadores por meio de formação adequada.

A capacitação do mediador deve ser feita a fim de adequá-lo ao papel de pacificador, sendo o acordo feito secundário disso. O bom mediador deverá ver a mediação além da lógica de decidir, julgar, ganhar-perder. Para isso, se fazem necessários programas que se norteiem nestes princípios, fato esse que é brevemente destacado por Daniela Monteiro Gabbay⁴²³:

Somente poderão atuar como conciliadores e mediadores judiciais aqueles que forem capacitados de acordo com o dispositivo da Resolução nº125 do CNJ e os Centros também contarão com a participação de advogados e representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Procuradorias.

A conclusão óbvia é a necessidade de mais tempo de preparação – com carga horaria de 40 horas mínimas de formação. No entanto, ainda dependerá de como o Judiciário valorará a relevância da qualidade do serviço do mediador para o alcance do fim pretendido pela mediação.

⁴²² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴²³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 191.

3.2 Mediação Judicial nos Estados Unidos da Americana

Este tópico objetiva estudar a totalidade dos meios alternativos de solução de conflitos, com destaque a mediação, por meio de uma visão externa sobre a função da mediação e sua ligação com o sistema Judiciário; somado a uma observação interna de suas formas e técnicas. Para tal, considera-se o estudo das limitações e até mesmo críticas à mediação em relação à solução de conflitos como um facilitador, não a diminuindo, pois não intenta, ao levantar hipóteses, refutá-la. Muito pelo contrário, o objetivo está em encontrar o lugar da mediação ao lado das variadas formas de solução de conflitos, tornando-se um possível caminho no sistema multiportas para findar o litígio⁴²⁴.

Por esse motivo, existem casos que não são apropriados aos meios autocompositivos de solução de litígios, ou a mediação em si, sendo melhor atendidos pelo próprio Judiciário, pois possuem a inegável característica adversarial. Da mesma maneira, há casos que seriam resolvidos mais satisfatoriamente longe do engessado processo judicial⁴²⁵. Assim, de acordo com essa perspectiva, Daniela Monteiro Gabbay⁴²⁶, baseada na teoria de Sander, destaca:

Segundo Sander, esse centro de solução de conflitos se destinaria não apenas aos assuntos já tratados pelas Cortes, mas também a questão ainda não ventiladas junto ao Judiciário, demandas que estariam suprimidas e que poderiam ver nesses novos caminhos uma forma de expressão. Se isso seria bom ou ruim no futuro, era difícil dizer, mas o autor já visualizava um trade-off inevitável: ao melhorar o esquema da solução de conflitos, aumentar-se-ia o número de disputas a serem processadas, enfrentando uma litigiosidade antes contida.

Owen Fiss⁴²⁷, notório pensador estadunidense sobre as limitações dos meios alternativos de resolução de conflitos, refere-se a críticas externas em seus artigos

⁴²⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 124.

⁴²⁵ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 124.

⁴²⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 124.

⁴²⁷ No original: FISS, Owen. Against settlement. **Yale Law Journal**, [S.l.], v. 93, 1984.

“As formas de justiça”⁴²⁸ e “Contra o acordo”⁴²⁹, onde argumenta levando em conta o papel que o Judiciário deve exercer. O dever do Judiciário, para Fiss, não é resolver controvérsias, mas significar adequadamente os valores públicos existentes e reestruturar instituições para que desempenhem seu papel a partir deste ponto. Ou seja, cabe à Constituição do país expor os valores a serem seguidos – dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, devido processo legal, etc –, e ao Judiciário conceder significado específico desses valores no mundo prático, contextualizando-o dentro do conflito, por meio da adjudicação⁴³⁰.

Logo, a mudança estrutural serviria como um meio de adjudicação⁴³¹ especial, moldada para reconhecer o valor burocrático do Estado moderno e a intervenção da vida social do cidadão médio pelo feito de organizadores superiores. Nestes casos citados, o juiz exerceria o papel de operar mudanças nas organizações com a finalidade de extinguir arranjos que poderiam oferecer ameaça aos valores constitucionais (possuidores de superioridade). A reforma estrutural visada por Owen Fiss tem origem nos anos 50 e 60, motivada pelo ativismo judicial da época; a presidência da Suprema Corte por Earl Warren; e, principalmente, por decisões fundamentais como o caso *Brown vs. Board of Education*, que quebraram paradigmas e reconstruíram o sistema de educação pública ao extinguir o sistema de segregação racial das escolas em prol do valor da igualdade racial. A função de significar os valores constitucionais é assumida pelo Judiciário, não podendo ser delegada ao Legislativo ou Executivo. Isso acontece por duas características básicas da atividade judicial: o dever do juiz de participar da prosa processual, e sua posição imparcial e independente⁴³².

Owen Fiss conclui, então, que o foco da adjudicação constitucional é relacionado ao papel que grandes organizações exercem na determinação de circunstâncias da vida social do cidadão, diferindo totalmente dos incidentes entre

⁴²⁸ FISS, Owen. *Contra o acordo*. In. SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. de Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121-145.

⁴²⁹ FISS, Owen. *Contra o acordo*. In. SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. de Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121-145.

⁴³⁰ No original: FISS, Owen. *Against settlement*. **Yale Law Journal**, [S.l.], v. 93, 1984.

⁴³¹ FISS, Owen. *Contra o acordo*. In. SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. de Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

⁴³² RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 75-78.

particulares. A concepção de adjudicação é progressiva: parte da posição elevada do juiz para baixo. Nessa teoria, Owen Fiss contrapõe totalmente ao que é defendido por autores como Lon Fuller e Donald Horowitz, que julgam como importante função das Cortes a solução de embates e controvérsias particulares⁴³³.

3.2.1 A ADR nos EUA

Abrindo espaço para ampliar horizontes, colocarei definições sobre mediação, conciliação e arbitragem, para tratar sobre a ADR nos EUA.

Nos Estados Unidos da América, a mediação é um processo voluntário que oferece àqueles que estão vivenciando um conflito familiar, ou qualquer outro conflito de relação continuada, a oportunidade e o espaço adequados para solucionar questões relativas a separação, sustento e guarda de crianças, visitação, pagamento de pensões, divisão de bens e outras matérias, especialmente as de interesse da família. As partes expõem seus pensamentos e tem a oportunidade de solucionar questões importantes de um modo cooperativo e construtivo⁴³⁴.

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra e imparcial com relação ao conflito. Busca uma harmonização social entre as partes. Entretanto, a arbitragem é um método de resolução de conflitos, no qual as partes definem que uma pessoa ou uma entidade privada irá solucionar a controvérsia apresentada pelas partes, sem participação do poder judiciário. Caracterizada pela informalidade, embora com um procedimento escrito e com regras definidas por órgãos e/ou pelas partes, a arbitragem costuma oferecer decisões especializadas e mais rápidas que as judiciais.

Estas são ADR's utilizadas desde sempre Os colonizadores, para assegurar o cumprimento dos seus princípios morais e tradicionais preferiam a ADR, procurando socorro do sistema judicial apenas como último recurso para resolver qualquer questão, perante a desconfiança que alimentavam em relação aos advogados e à administração da justiça⁴³⁵.

⁴³³ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 77.

⁴³⁴ ALVES JUNIOR, Sergio Antonio Garcia. Lei uniforme de mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

⁴³⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 36.

O modelo de ADR mais comum provém dos procedimentos de resolver conflitos causados nas relações entre empregadores e empregados pois cada um deles tem o seu ponto de vista, avaliando seus direitos perante as leis trabalhistas. Durante todo o longo tempo da história do país americano, seus tribunais, tanto civis como penais, se agitam quando o assunto é trabalho (patrão/empregado), pois nessa senda está um crescente, uma verdadeira explosão de litígios e conseqüentemente uma sobrecarga de trabalho. Em virtude de todo esse caos, passaram a demorar excessivamente no prazo das entregas de prestação jurisdicional, gerando transtornos e insatisfação por parte dos cidadãos norte-americanos perante o sistema formal de justiça⁴³⁶.

Com base nessa questão, Daniela Monteiro Gabbay⁴³⁷ destaca:

A partir dessa realidade, diversas organizações se estabeleceram para proporcionar os serviços de mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de alternativos de resolução de disputas, constituindo-se uma ampla rede de serviços voltados para a ADR, tanto apenas complementando, como efetivamente deslocando para instâncias privadas ou procedimentos utilizados pelos órgãos jurisdicionais.

A partir deste real fato, abriu um novo nicho de mercado. Várias organizações surgiram neste segmento e se comprometeram a fornecer os serviços de mediação, conciliação, arbitragem e outros meios alternativos para resolver qualquer tipo de problemas e conflitos causados por brigas, constituindo-se numa ampla rede de serviços voltados para a ADR podendo amenizar ou até mesmo resolver conflitos, tanto apenas complementando, como efetivamente deslocando para redes privadas os métodos utilizados pelos órgãos jurisdicionais.

Na década de 1970, diante deste colapso dos tribunais cada vez mais aumentando o desejo dos cidadãos, das comunidades, de todos poderem participar diretamente, frente a frente com a tomada das decisões que diretamente dizem respeito a si mesmos afetando a todos, assim a administração do então presidente Jimmy Carter deu impulso para ser criada os primeiros Centros de Justiça Vicinal.

⁴³⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 150.

⁴³⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 150.

Tendo como objetivo desses Centros, conhecidos pela comunidade como programas de mediação comunitária, oferecendo alternativas à Justiça oficial permitindo que cada cidadão resolva seus próprios conflitos, independentemente quais forem os motivos de tantas discórdias, levando a necessidade de ajuda de terceiros para solucionarem esses tais desentendimentos⁴³⁸. Em meio a toda essa questão, nascem os tribunais multiportas, tribunais esses que serão objeto de estudo posteriormente.

3.2.2 Sistema Multiportas

Desde 1970 vem sendo construído um trajeto rumo à institucionalização da mediação nas Cortes norte-americanas, isso nas esferas legislativa, judicial e administrativa, em nível estadual e federal, a partir de medidas como projetos-piloto, experimentações, gerenciamento de processos, programas e iniciativas. A primeira referência ao sistema multiportas de solução de conflitos (*Multi-door Courthouse*) foi na *Pound Conference*, em 1976, trazendo a ideia de que invés de uma única porta direcionada ao Judiciário, um centro de solução de conflitos localizado na Corte poderia oferecer várias portas através das quais os indivíduos acessariam diferentes processos (mediação, arbitragem, *factfinding*, dentre outros)⁴³⁹. Assim, Paulo Afonso Vaz⁴⁴⁰ destaca:

A ideia do tribunal multiportas, hoje implantada em quase todos os Estados americanos, com o apoio da *American Bar Association* surgiu no ano de 1976, na Conferência sobre Insatisfação Pública para o Sistema de Justiça, ocasião em que foi apresentado inovador projeto *Multi-Door Courthouse* pelo professor de Harvard E. A. Sander. Em 1983, a partir do manifesto de Derek Bok, enviado à Harvard, sobre o ensino jurídico, propondo que as Faculdades de Direito orientassem seus alunos para as práticas amigáveis de conciliação e do acordo, surgiu o movimento conhecido como a ADR (*Alternative Dispute Resolution*). (grifo do autor).

⁴³⁸ ALVES JUNIOR, Sergio Antonio Garcia. Lei uniforme de mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

⁴³⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 123.

⁴⁴⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 151.

Assim sendo, percebe-se que nos Estados Unidos, o Sistema Multiportas está relacionado com um redirecionamento de diversos casos para o local mais adequado para o seu tratamento e para a sua resolução. Toda essa questão pode ser endoprocessual ou extraprocessual, o que faz com que se tenha um enorme mercado de ADRs⁴⁴¹. Dessa maneira, Paulo Afonso Vaz⁴⁴² destaca:

Nos Estados Unidos, o *Multi-Door Courthouse* é uma situação *top-down* que redireciona casos ao fórum mais adequado. Nem sempre reconhece que as decisões judiciais são o processo indicado para todos os casos. Ou seja, a Corte Multiportas introduz as partes no sistema judicial e, em seguida, dependendo do tipo de conflito, as encaminha ao mais apropriado método de resolução de conflitos. Também fornece um link permitindo que a lei e as normas culturais das partes possam serem integradas por meio de um processo ADR, compatibilizando, assim, normas legais e culturais, direito e práticas sociais. Essa estrutura revela-se eficiente e eficaz na medida em que permite às partes chegar a uma solução relativamente barata e rápida, aumentando o nível de satisfação com o resultado e a probabilidade de cumprimento dos acordos. (grifo do autor).

Percebe-se, dessa maneira, que a rotina dos Estados Unidos é totalmente voltada para a resolução pacífica das controvérsias, existindo assim, uma verdadeira cultura nesse setor, possibilitando que esses estados expandam os seus horizontes constantemente e das mais variadas maneiras. Contudo, o grande diferencial está no fato de que, todas essas práticas são remuneradas e conseqüentemente mais valorizadas por toda a população americana.

3.2.3 Mediação e Administração do Processo

Este tópico objetiva estudar a totalidade dos meios alternativos de solução de conflitos, com destaque a mediação, por meio de uma visão externa sobre a função da mediação e sua ligação com o sistema Judiciário; somado a uma observação interna de suas formas e técnicas. Para tal, considera-se o estudo das limitações e até mesmo críticas à mediação em relação à solução de conflitos como um facilitador, não a diminuindo, pois não intenta, ao levantar hipóteses, refutá-la. Muito pelo

⁴⁴¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 150-154.

⁴⁴² VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 151.

contrário, o objetivo está em encontrar o lugar da mediação ao lado das variadas formas de solução de conflitos, tornando-se um possível caminho no sistema multiportas para findar o litígio. Por esse motivo, existem casos que não são apropriados aos meios autocompositivos de solução de litígios, ou a mediação em si, sendo melhor atendidos pelo próprio Judiciário, pois possuem a inegável característica adversarial. Da mesma maneira, há casos que seriam resolvidos mais satisfatoriamente longe do engessado processo judicial⁴⁴³.

Owen Fiss, notório pensador estadunidense sobre as limitações dos meios alternativos de resolução de conflitos, refere-se a críticas externas em seus artigos “As formas de justiça” e “Contra o acordo”, onde argumenta levando em conta o papel que o Judiciário deve exercer⁴⁴⁴. Para ele, O dever do Judiciário, não é resolver controvérsias, mas significar adequadamente os valores públicos existentes e reestruturar instituições para que desempenhem seu papel a partir deste ponto. Ou seja, cabe à Constituição do país expor os valores a serem seguidos – dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, devido processo legal, etc –, e ao Judiciário conceder significado específico desses valores no mundo prático, contextualizando-o dentro do conflito, por meio da adjudicação.

Logo, a mudança estrutural serviria como um meio de adjudicação especial, moldada para reconhecer o valor burocrático do Estado moderno e a intervenção da vida social do cidadão médio pelo feito de organizadores superiores. Nestes casos citados, o juiz exerceria o papel de operar mudanças nas organizações com a finalidade de extinguir arranjos que poderiam oferecer ameaça aos valores constitucionais (possuidores de superioridade). A reforma estrutural visada por Owen Fiss tem origem nos anos 50 e 60, motivada pelo ativismo judicial da época; a presidência da Suprema Corte por Earl Warren; e, principalmente, por decisões fundamentais como o caso *Brown vs. Board of Education*, que quebraram paradigmas

⁴⁴³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 271.

⁴⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação e direitos humanos. In: HOLANDA, Ana Paula Araujo de (Org.). **Direitos humanos**: histórico e contemporaneidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 2, p. 270.

e reconstruíram o sistema de educação pública ao extinguir o sistema de segregação racial das escolas em prol do valor da igualdade racial⁴⁴⁵.

A função de significar os valores constitucionais é assumida pelo Judiciário, não podendo ser delegada ao Legislativo ou Executivo. Isso acontece por duas características básicas da atividade judicial: o dever do juiz de participar da prosa processual, e sua posição imparcial e independente⁴⁴⁶. Acerca dessa questão, Owen Fiss⁴⁴⁷ relata:

Não estou certo de que a solução de controvérsias é uma descrição adequada da função social das Cortes. Na minha concepção, as Cortes existem para dar significado aos valores públicos, não para solucionar controvérsias. A adjudicação constitucional é a manifestação mais intensa dessa função, mas isso também parece verdade no que se refere à maioria dos casos cíveis e criminais da atualidade e, talvez, da maior parte da história. Não estou certo de que o acordo, como prática genérica, seja preferível ao julgamento ou deva ser inconstitucionalizado em uma ase extensa e ilimitada. Deveria ser tratado, ao contrário, como uma técnica altamente problemática para a simplificação dos *dockets*. Assim como a transação penal, o acordo é uma rendição às condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado ou valorizado. (grifo do autor).

Owen Fiss conclui, então, que o foco da adjudicação constitucional é relacionado ao papel que grandes organizações exercem na determinação de circunstâncias da vida social do cidadão, diferindo totalmente dos incidentes entre particulares. A concepção de adjudicação é progressiva: parte da posição elevada do juiz para baixo. Nessa teoria, Owen Fiss contrapõe totalmente ao que é defendido por autores como Lon Fuller e Donald Horowitz, que julgam como importante função das Cortes a solução de embates e controvérsias particulares⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 270.

⁴⁴⁶ FISS, Owen. Contra o acordo. In. SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. de Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123-124.

⁴⁴⁷ FISS, Owen. Contra o acordo. In. SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. de Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123-124.

⁴⁴⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 272.

3.2.4 Da Regulamentação dos Meios Autocompositivos e o Gerenciamento dos Processos Burocráticos

Em termos de regulamentação da mediação, uma das primeiras alterações legislativas que merece destaque se deu em 1985 com a emenda ao artigo 16 das regras processuais, que trata da audiência preliminar e gerenciamento da demanda, autorizando o juiz a requerer a presença das partes nas audiências, facilitando acordos.

Em 1998, entrou em vigor o *Alternative Dispute Resolution Act*, que reconheceu a importância dos meios alternativos de solução de conflitos como parte da política nacional de administração judicial, além de requerer que cada *District Court* desenvolvesse e o seu próprio programa nesse sentido, devendo contratar funcionários com experiência para tanto. Outro texto legislativo relevante foi o *Uniform Mediation Act*, de 2001, que teve como um dos seus principais objetivos a uniformização da regulação da mediação nos Estados.

As Cortes Federais tomaram a dianteira nesse movimento, pois a legislação criava-lhe obrigações, e foram seguidas e tidas como modelo pelas Cortes Estaduais. A *District Court* de Connecticut é um bom exemplo desse movimento de adaptação e implementação de programas de meios alternativos encabeçados pelas Cortes Federais, uma vez que criou um Comitê para administrar o programa, muito relacionado à atuação de *special masters*⁴⁴⁹.

A figura do *special master* possuem funções no processo que variam bastante, atuando como terceiro avaliador, como mediador, como perito técnico, funções que podem ser exercidas em ações coletivas, em casos de indenização de difícil liquidação, mediações complexas, no desenho de solução de conflitos, dentre outros. Trata-se de um terceiro que não pode ter relação com as partes ou com o Juiz, sendo normalmente advogado, muito embora esta não seja uma exigência legal.

Assim, Daniela Monteiro Gabbay⁴⁵⁰ considera importante destacar:

⁴⁴⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 132.

⁴⁵⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 134-135.

Ainda que importantes medidas tenham sido adotadas para colocar em prática as modificações legislativas mencionadas, ainda é necessário que essas alterações sejam acompanhadas de uma maior divulgação e esclarecimento sobre as formas extrajudiciais de solução de conflitos voltadas aos operadores e usuários do sistema de justiça. Isso pode se dar no ambiente educacional e formativo das escolas, universidades, cursos e capacitações, estimulando as pessoas a considerarem os mecanismos extrajudiciais e autocompositivos no momento de solucionar seus litígios.

Muito se fala de gerenciamento do processo pelos juízes norte-americanos, o chamado *case management*. Especificamente na Corte Federal de Connecticut, há um formulário criado pelas regras locais de processo civil destinado a este planejamento em que as partes definem uma série de questões essenciais ao caso, dentre elas a tentativa de mediação ou a adoção de outra forma de solução de conflito alternativa ao judiciário. Nesse relatório são abordados os seguintes temas:

- a) certification: os advogados devem certificar-se de que seus clientes estão de acordo com a natureza e os fundamentos das questões trazidas a juízo, bem como com a possibilidade de solução do caso via acordo;
- b) jurisdiction: análise da jurisdição, que pode ser definida por matéria ou pessoa;
- c) brief description of the case: breve descrição da inicial, contestação e demais manifestações das partes e de terceiros;
- d) statement of undisputed facts: parcela incontroversa dos fatos;
- e) case management plan: plano de gerenciamento, contendo:
 - possibilidade de as partes requererem atenção dos prazos fixados inicialmente;
 - possibilidade de as partes requererem uma audiência preliminar antes da *scheduling order* prevista na regra 16b (FRCP);
 - partes se manifestam sobre a possibilidade de acordo antes do início da fase instrutória, e requerem ou não uma audiência com este fim, indicando se a preferem com o juiz da causa, o *magistrate judge*, o *special master* ou o *parajudicial officer*;
 - as partes podem requerer que a causa seja direcionada para uma das formas alternativas de solução de conflitos;
 - litisconsórcio, intervenção de terceiros e emenda dos pedidos;

- indicação das principais questões de fato que serão objeto de prova, os prazos, levantamento de custos dentre outras questões relativas;
- requerimentos incidentais apresentados pelas partes para análise do juiz antes do julgamento, como em relação ao julgamento antecipado da lide, ao indeferimento da demanda, dentre outros;
- memorando conjunto das partes que antecede ao Julgamento da Causa.

1. Trial readiness: estabelecimento da data em que o caso estará pronto para ir a julgamento.

Além de apresentarem esse relatório, há uma audiência destinada à previsão e agendamento das fases do procedimento que pode ser realizada pelo Juiz ou pelo *Magistrate Judge*, quando autorizado pela regra processual local. Esta primeira audiência pode ser seguida de audiências de acompanhamento, principalmente durante a fase instrutória e da apresentação de *pre-filing motions*, tudo isso antes da *pretrial conference*⁴⁵¹.

A *pretrial conference* ocorre apenas momentos antes do julgamento, tendo por objetivo melhorar a qualidade do julgamento que a sucede através do gerenciamento da demanda, facilitando-se mais uma vez a obtenção de acordo⁴⁵². Na solenidade, devem ser consideradas as seguintes questões, visando a economia e efetividade processuais:

- a) eliminação das pretensões ou defesas infundadas;
- b) aditamento/emenda dos pedidos, se necessário ou desejável;
- c) obtenção de admissões e estipulações sobre os fatos e os documentos para evitar provas desnecessárias e decidir previamente sobre a admissibilidade de provas;
- d) evitar provas desnecessárias e cumulativas e limitar o uso de testemunhos;
- e) determinar a adequação e o prazo para julgamento sumário;

⁴⁵¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 136.

⁴⁵² SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 137.

- f) controlar e agendar a fase de produção de provas, incluindo ordens que afetam o disclosure e as provas produzidas;
- g) identificar testemunhas e documentos, agendando a propositura e a troca de qualquer documento referente à audiência preliminar;
- h) encaminhamento de questões ao magistrate judge ou ao special máster;
- i) resolver o caso por acordo ou usando procedimentos especiais para contribuir à resolução da disputa quando autorizado por lei ou norma local;
- j) determinar a forma e o conteúdo da decisão que encerra a audiência preliminar;
- k) decisão das questões e pedidos pendentes;
- l) adoção de procedimentos especiais para o gerenciamento de ações potencialmente difíceis ou prolongadas;
- m) determinar julgamento separado para um pedido, reconvenção, crossclaim, pedido de terceiro ou questão particular;
- n) determinar a apresentação de provas no início do julgamento sobre questões que poderia ser a base para o julgamento como matéria de direito ou o julgamento sobre achados parciais;
- o) estabelecer um limite razoável de tempo para apresentar provas;
- p) facilitar de outras formas a justa, célere e não custosa disposição da ação.

Assim, uma importante diferença entre a audiência preliminar no Brasil e a *pretrial conference* é o momento em que ambas ocorre – uma no início do processo e outra em sua fase final, antes do julgamento. A *pretrial conference* é finalizada com uma decisão judicial – *pretrial order*, que resume o que foi decidido e também apresenta os próximos passos do procedimento através de um plano de julgamento, normalmente previsto para data não tão distante desta audiência⁴⁵³.

Normalmente, somente os advogados estão presentes nestas audiências, que podem ser realizadas por telefone, mas é importante que estejam investidos de poderes para tratar sobre possibilidades de acordo. Uma das peculiaridades observadas nesse sistema é o incentivo à objetividade e ao viés prático das discussões que ocorrem durante as audiências: os advogados são bem diretos no debate da controvérsia e das questões centrais objeto da demanda. Essas

⁴⁵³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 143.

peculiaridades que envolvem os advogados, é brevemente exemplificado por Daniela Monteiro Gabbay⁴⁵⁴:

Há também uma preocupação com o protagonismo que assumiram os advogados em relação aos meios alternativos de resolução de conflitos no Judiciário, estando as partes muitas vezes ausentes nas sessões de mediação, conduzidas apenas por seus advogados – o que acontece comumente nos casos envolvendo companhias de seguro. Sobre o papel dos advogados, o papel mais rarefeito do mediador com as partes e o ajustamento de acordos em termos meramente monetários, Nancy Welsh considera o risco de a *mediation* se transformar em *litigiation*, uma mistura de *litigation* com *mediation*. (grifo do autor).

Importante ainda ressaltar o papel das ferramentas tecnológicas utilizadas em prol do *case management* nos EUA, cujo protocolo de petições é feito *online*, o pagamento das taxas pode ser feito com o uso de cartão de crédito, e os documentos do processo estão disponíveis apenas em via eletrônica. Com esse sistema houve importante melhora no acesso aos documentos pelas partes, advogados e juízes, além da agilização de notificação das partes via e-mail, com informação em tempo real acerca das decisões judiciais, otimização dos serviços prestados pela Corte, dentre outros benefícios⁴⁵⁵.

Quanto à mediação, que pode ser indicada pelas partes ou pelo juiz em várias fases do procedimento, ela está muito ligada ao gerenciamento do processo, sendo alegada a maior probabilidade de acordo quando a mediação é realizada no início do processo, antes do final da fase probatória, uma vez já decididas questões incidentais. A Juíza Federal Janet Bond Arterton ressalta que a mediação tende inclusive a facilitar a produção de provas e mesmo que o acordo não seja obtido, ela pode fazer com que o caso seja resolvido de forma mais rápida ou chegue mais preparado a um julgamento final⁴⁵⁶.

Paulo Eduardo Alves da Silva, ao analisar o *case management* nos EUA, considera quatro elementos que interagem com ele e são interdependentes: os

⁴⁵⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 143.

⁴⁵⁵ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 143.

⁴⁵⁶ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 145.

mecanismos de resolução alternativa de conflitos, a triagem dos casos, o envolvimento judicial imediato e a organização dos tribunais⁴⁵⁷.

Além disso, denomina-se também o o *case management* de *lawyer management*, focando na atuação dos advogados durante esta fase e defendendo que a expressão *lawyer management* melhor captaria os objetivos desta fase, na qual os juízes têm lutado para manter seu papel de direção, instruindo os advogados em como preparar os casos e fiscalizando suas atuações. Há também, como ressaltado anteriormente, certa preocupação sobre o protagonismo que assumiram os advogados em relação aos meios alternativos de solução de conflitos no Judiciário, estando as partes muitas vezes ausentes das sessões de mediação, conduzidas apenas por seus advogados.

3.3 Mediação Judicial Francesa

A mediação se encontra presente na história do pensamento humano, os modos tradicionais foram destilados naturalmente pela comunidade e voltaram-se aos chefes sociais, diferentemente da mediação contemporânea que se caracteriza pelo seu caráter deliberativo e fora do poder constituído. Assim, 25 anos depois do início da “década da mediação” e após grande renovação, a sua originalidade impõe novos desenvolvimentos para se consolidar, possuindo atualmente grande importância social.

Nesta senda, torna-se urgente definir precisamente o termo “mediação” e seu campo teórico e prático, assim como a problemática de sua inserção institucional na sociedade. A partir do método indutivo, a primeira parte propõe, sob forma de pesquisa fenomenológica, uma definição suficientemente rigorosa para romper o sincretismo que ameaça a mediação, mas suficientemente grande para não interrompê-la ou a esclerosar. O seu regime jurídico, sua institucionalização em relação à sociedade civil e seus modos de consolidar sua coerência. Hoje, a urgência teórica da mediação predomina, apoiada na recomendação “nomear bem para fazer bem”, a qual foi inspirada no relatório “celeridade e qualidade da justiça, mediação uma via

⁴⁵⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 144.

alternativa”, sustentado pelo presidente do Tribunal de Recurso de Paris em 11 de fevereiro de 2008⁴⁵⁸.

Entretanto, a exigência teórica permanece vital para pelo menos duas séries de razões: a persistência de estratégias de instrumentalização e deturpação, amparadas pelo baixo custeio de acomodar conciliadores em trajes de mediadores; a falta de capitalização de esforços conceituais anteriores que alimentam de boa fé aqueles que descobriram a mediação com total falta de rigor, vigilância e humildade, e que usam o termo sem verificar sua justificativa, alimentando os perigos de uma negligência terminológica. Na síndrome de M. Jourdain, eles pensam que estão fazendo mediação, como ele fazia prosa: sem saber; na “síndrome do mediador natural”, eles pensam em extrair de seu status pessoal ou profissional uma postura de mediador inata⁴⁵⁹.

A evolução, desde a edição anterior, alimenta medos e esperanças: os medos: as autoridades públicas multiplicam os dispositivos que abusam do termo da mediação, as deturpações feitas pelo Estado têm duas consequências: a sua falha põe em risco desacreditar a mediação e encoraja outros atores a fazer mau uso deste termo. As esperanças: estas surgem da supressão da terminologia equivocada do Departamento de Mediação da República e vêm da capacidade dos mediadores de superar suas diferenças para elaborar um Código de Ética Nacional⁴⁶⁰.

De fato, na França e na Europa, definições confiáveis e reconhecidas da mediação permitiriam identificá-la e garantir o respeito em suas diversas áreas, pois estes conteúdos foram pensados na unidade fundamental do conceito de mediação para serem conduzidos para qualquer setor por simples mudança do adjetivo que caracteriza a mediação. A terminologia está expandindo, mas nem sempre a mediação. O paradoxo que domina a totalidade da primeira parte é simples: a maioria das práticas possui mediação apenas no nome escolhido por via da conciliação mais ou menos delegada, o que pode obscurecer a unidade fundamental do conceito de mediação. E assim, ela engloba todas as áreas da atividade humana, da mais privada à mais pública, é um fenômeno associado também ao desenvolvimento de modos não

⁴⁵⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 73.

⁴⁵⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 73.

⁴⁶⁰ OUDIN, Federica. Critique de la législation française relative à la médiation. In: CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. [S.l.]: Anthemis, 2013. p. 144.

jurídicos de resolução de conflitos, mesmo que sua interpenetração crie uma prejudicial indefinição terminológica⁴⁶¹.

A mediação, enquanto um conceito autônomo, precisa de um regime jurídico próprio. **O regime jurídico da mediação judicial se assemelha à conciliação**⁴⁶². Na realidade, existem dois tipos bem distintos de mediação: a mediação institucional, cujo regime jurídico resulta dos textos que a fundam, como a mediação "judicial"; a mediação convencional, cujo regime jurídico respeite a vontade dos parceiros, sem recluir por prazo prescricional, pois que respeita unicamente a vontade das partes.

3.3.1 A Mediação Francesa

A antiguidade da mediação explica sua presença constante na história do pensamento humano. Ela constitui um conceito relevante, que aparece em todos os dicionários de filosofia. Ela adquire hoje uma importância social que a renovou completamente e tornou urgente um esforço teórico sério. Recuando vinte e cinco anos atrás, no início da "década da mediação"⁴⁶³, a percepção da originalidade profunda da mediação impõe que esta se consolide e se desenvolva de forma útil.

Alguns as vezes a aproximam a um modo de regulação existente a longa data nas sociedades tradicionais, que no entanto difere em aspectos essenciais (v. Bem Mrad F. *médiation et regulations négociées* in *Penser la médiation*, L'Harmattan, 2008)⁴⁶⁴. Exercida geralmente pelos notáveis, que se apoiam sobre sistemas internos de poder. A missão de pacificação entre os paroquianos confiados aos clérigos pelos bispos da antiga França, na qual as palavras d'Afrique⁴⁶⁵ ilustra bem a regulação pela autoridade social interna. Ora, a mediação contemporânea se baseia sobre um terceiro externo (imparcial), se não, se deveria falar em conciliação. Os modos tradicionais eram como destilados naturalmente pelo grupo e retornavam naturalmente aos chefes sociais, a diferença da mediação contemporânea que se relata pelo seu caráter deliberativo e fora do poder.

A atualidade do tema se manifesta pela utilização a todo momento da palavra "mediação". Essa expansão reflete a necessidade vital de mediação, torna urgente

⁴⁶¹ OUDIN, Federica. Critique de la législation française relative à la médiation. In: CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. [S.l.]: Anthemis, 2013. p. 144.

⁴⁶² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, Segunda tiragem, 2013. p. 97.

⁴⁶³ SIX, Jean-François. **Le temp de médiateurs**. [S.l.]: Le Seuil, 1990.

⁴⁶⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 81-91.

⁴⁶⁵ BIDIMA, Jean-Godefroy. **La palabre**: une juridiction de la parole. [S.l.]: Michalon, 1997.

precisar a sua definição, seu campo teórico e prático, assim que a problemática de sua inserção institucional em uma sociedade que ela reflete e que ela pode modificar. Toda essa questão é muito bem exemplificada por Michèle Guillaume-Hofnung⁴⁶⁶:

A consistência leva à busca de correspondência entre a natureza de um fenômeno, sua definição e seu regime legal. O método indutivo, a partir da ampla observação de um fenômeno, permite isolar os recursos salientes e, assim, defini-lo. Aplicado à mediação, o método indutivo requer ir além da apresentação setorial da atividade social realizada na primeira parte. O estabelecimento de uma tipologia das variedades de mediações, combinados às observações da primeira parte, serve como base para uma definição de mediação, bem como uma suposição sobre sua natureza.

O método indutivo se impõe. A primeira parte proporá sobre a forma de uma pesquisa fenomenológica um inventário não seletivo das experiências que recorrem, mesmo abusivamente, da mediação ou similares a ela. A sua inserção nesse quadro não garante em nada a utilização da palavra “mediação” nessa proposta, na espera de um esclarecimento que virá em uma segunda parte. Percebe-se, dessa maneira, a necessidade de uma definição suficientemente rigorosa para romper com o sincretismo que ameaça a mediação, mas suficientemente larga para não bloqueá-la ou esclerosá-la. A apresentação de pistas relativas a seu regime jurídico, sua institucionalização em relação com a sociedade civil, mas também com outros modos de regulação (dos quais a justiça e a administração) consolidará sua coerência⁴⁶⁷.

A preferência da prática pela urgência que prevaleceu até os anos 1999-2000, que consistia a opor as vigilâncias terminológicas um suposto realismo (“pouco importa a palavra utilizada, conciliação, mediação, aquilo que conta é fazer”), por fim sucedeu-se uma fase do primado da urgência teórica. Ela chegou a elaboração de um nível mínimo de inteligibilidade conceitual, que deveria permitir sua sobrevivência.

O relatório “celeridade e qualidade da justiça, a mediação uma outra via” produzida pelo grupo de trabalho sobre a mediação, instalado pelo Primeiro presidente da corte de apelação de Paris no dia 11 de fevereiro de 2008, apoiou a preconização de “bem dizer para bem fazer”. Apesar destas conquistas encorajadoras, a exigência teórica tornou-se vital por duas séries de razões ao menos:

⁴⁶⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 81.

⁴⁶⁷ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. Ciaco: Anthemis vie et Société, 2013. p. 81-82.

- a persistência de estratégias de instrumentalização capturam a imagem positiva da mediação⁴⁶⁸.

Os poderes públicos e as empresas um pouco displicentes, usam seus conciliadores no lugar de mediadores; - a ausência da capitalização dos esforços conceituais anteriores que alimentam de boa fé aqueles que 25 anos depois de seu início, descobrem a mediação com entusiasmo, mas também com uma total falta de rigor, de vigilância e de modéstia, e que utilizam a expressão sem verificar a sua justificação. O tempo que esses ardentes propagandistas daquilo que eles pensam ser a mediação toma consciência de seus erros, eles têm alimentado a divulgação de sua negação. Duas síndromes atingem nossos contemporâneos quando abordam a mediação. Na “síndrome de M. Jourdain”, eles pensam fazer mediação, como ele fazia a proza: sem saber. Já na “síndrome do mediador natural” eles pensam tirar a partir de seu status pessoal ou profissional uma postura inata de mediador. Os utilizadores intempestivos da palavra não percebem então a urgência de um esforço teórico. Eles manifestam geralmente um ceticismo nada modesto dos práticos para quem a ação antecede a reflexão. A reflexão não engendraria mais do que atraso e impotência num domínio no qual é preciso apostar em uma maior velocidade e inovar a todo preço. Não se pode evitar de evocar os perigos que a negligência terminológica insere na mediação, mas também as pessoas que a ela recorrem e a justiça a ela mesma⁴⁶⁹.

A evolução depois da precedente edição alimenta medos e esperanças: - Os medos. Os poderes públicos multiplicam os dispositivos que utilizam abusivamente a palavra mediação. O polo da saúde ligado ao seu antigo provedor de justiça pratica na realidade a conciliação institucionalmente assistida. A comissão da mediação do consumo instalada no dia 20 de outubro de 2010, pelo Ministério da Economia e das Finanças guiará um tratamento de massa das reclamações sob forma de procedimentos internos, muito distantes do processo de mediação. O inconveniente de tais medidas equivocadas confirmadas pelo Estado é duplo. Seu inevitável fracasso arrisca de desacreditar a mediação. Ele encoraja outros atores a utilizar mal a palavra mediação⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 81-91.

⁴⁶⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 81-91.

⁴⁷⁰ D'ANTIN Martine Bourry; PLUYETTE Gérard; BENSIMON, Stephen. **Art et techniques de la médiation**. Paris: Litec. p. 23.

As esperanças. Elas vêm inicialmente da supressão do equívoco terminológico proveniente da Médiature de lá République. Eles provem em seguida da interpretação *a mínima* que o Conselho do Estado fez da diretiva Européia de 21 de maio de 2008 sobre a mediação. Então elas provem da capacidade dos mediadores de superar suas divergências para elaborar um código nacional de deontologia (site UPIM)⁴⁷¹.

3.3.2 A Autocomposição na Europa

Inicialmente, a mediação se desenvolveu nas sociedades civis dos Estados-Membros. Assim, destacam-se algumas experiências nacionais na Europa, como por exemplo, a mediação familiar, que foi a linha de frente da importação do modelo americano. Ela conheceu um desenvolvimento amplo e precoce na Grã-Bretanha. Atualmente, a mediação ampliou os seus horizontes para muitos setores, possuindo uma heterogeneidade das concepções da mediação⁴⁷². Visto isso, Michèle⁴⁷³ destaca brevemente:

Em alguns países, como a Itália, serviu de pretexto para a introdução muito infeliz da mediação compulsória. Na França, a Portaria de 16 de novembro de 2011 revela as esperanças de esclarecimentos entre mediação e conciliação e escapa à independência do mediador.

Hoje, existem dois vértices originais em todos os campos: a mediação-conciliação judicial, que é classificada como uma fase inicial, a qual é imposta pelo magistrado aos cônjuges que requerem o divórcio, para que assim possam ponderar acerca da guarda de seus filhos. No Reino Unido, é uma mediação pública relacionada com o processo judicial; e a fórmula associativa independente dos tribunais, que se diferencia do modelo judicial, não só pelo seu caráter opcional, mas também por outras peculiaridades que destacam o pecúlio e a flexibilidade dos modelos associativos. Assim, as associações distinguem-se em dois tipos de mediação: a

⁴⁷¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 81.

⁴⁷² D'ANTIN Martine Bourry; PLUYETTE Gérard; BENSIMON, Stephen. **Art et techniques de la médiation**. Paris: Litec. p. 22.

⁴⁷³ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 155.

mediação parcial que diz respeito apenas à situação da criança nos divórcios e a mediação global, que também leva em consideração os aspectos financeiros⁴⁷⁴.

As organizações europeias: refere-se à União Europeia e a do Conselho da Europa. A inserção da mediação em um movimento oficial deve ser observada com muita vigilância para se evitar que se torne caduca ou seja amputada. Essa inserção recupera a criatividade dos pioneiros e as deforma por leva-los de volta às suas análises auto referenciais. O Conselho da Europa, que adotou, em 15 de maio de 1981, uma recomendação R-81-7, atestando o seu interesse em técnicas de resolução amigável. Este contexto pesa fortemente em sua concepção de mediação, que não surge claramente da conciliação⁴⁷⁵. Assim, Michèle Guillaume-Hofnung⁴⁷⁶ destaca:

Frequentemente, conduzida de acordo com as estratégias e questões públicas, com a ajuda de especialistas pacificadores, parceiros, habituais e próximos de ambientes jurídicos, mas desprovidos das realidades da mediação, essa inserção recupera a criatividade dos pioneiros e as deforma por leva-los de volta as suas análises auto referenciais.

No entanto, a reflexão e a promoção se fazem em duas direções muito diferentes: a apresentação pela Comissão das Comunidades Europeias em abril de 2002, conduziu a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento e do Conselho sobre aspectos da mediação em matérias civil e comercial, tendo a França os transplantado em de 20 de janeiro de 2012. Durante a presidência da União Europeia pela França, esta não limitou a mediação à de resolução de litígios, mas teve em conta outras três funções: a prevenção de conflitos, o estabelecimento e o restabelecimento do vínculo social, bem como a definir como um procedimento. A proposta diretiva, enquanto isso, a limita como um procedimento⁴⁷⁷.

Há uma política de valorização dos métodos de solução de conflitos que inclusive foi pautada na *European Judicial Area*, após a edição da Diretiva de 2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008 (2008/52/CE)⁴⁷⁸, fazendo

⁴⁷⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 20.

⁴⁷⁵ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. Ciaco, Anthemis vie et Société, 2013. p. 81-82.

⁴⁷⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 21.

⁴⁷⁷ D'ANTIN Martine Bourry; PLUYETTE Gérard; BENSIMON, Stephen. **Art et techniques de la médiation**. Paris: Litec. p. 23.

⁴⁷⁸ THE EUROPEAN PARLIAMENT; THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in**

com que cada Estado-Membro discutisse, criasse e inserisse textos legais que considerassem os mecanismos de soluções consensuais de conflitos. Essa Diretiva ensejou mudanças significativas nos ordenamentos dos Estados Membros da União Europeia. O desenvolvimento da autocomposição na União Europeia, responde à uma necessidade de melhorar o acesso a justiça como uma proposta política, sendo a principal razão para essa regulação ordinária, a decorrência de um denominado espaço comum europeu de seguridade e justiça⁴⁷⁹.

A retirada da guarda nas fronteiras internas entre os Estados Membros visa o livre estabelecimento em qualquer lugar da UE para dar franco desenvolvimento de relações sociais. E em se tratando disso, logo surgirão conflitos, pois é inerente a relações humanas as opiniões e visões distintas, sendo necessários métodos de tratamento e solução desses conflitos, que deverão alcançar eficácia por todo o território.⁴⁸⁰

Desse modo uma das linhas fundamentais da atuação comunitária, desde o tratado de Amsterdam, é a de garantir que as decisões judiciais terão livre circulação ou eficácia transnacional, sendo reconhecido todos os direitos como se fossem um único país. Porém, aos auspícios da Comissão da União Europeia, com toda a transformação e translocação de um espaço judicial comum, prevê-se o prognóstico de que essa implantação de um modelo de tratamento dos conflitos resulte em um resultado da nova identidade da Europa e ainda, uma forma mais qualificada para tratar da crise de administração da justiça, um problema comum em todos os Estados Membros da União Europeia⁴⁸¹.

Para isso foi editada a Recomendação 98/257/CE⁴⁸², que trata dos procedimentos extrajudiciais, propondo a abertura do sistema jurídico para a

civil and commercial matters. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1527012857311&text=mediacao&scope=EURLEX&type=quick&lang=pt>>. Acesso em: 22 maio 2018.

⁴⁷⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation.** Paris: Puf, 2013. p. 21.

⁴⁸⁰ EUROPEAN UNION. **98/257/EC:** commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁴⁸¹ EUROPEAN UNION. **98/257/EC:** commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁴⁸² EUROPEAN UNION. **98/257/EC:** commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

concepção de um sistema alternativo ao judiciário para o tratamento e resolução dos conflitos, baseado na ideia de incorporar um ao conflito um mediador, um terceiro que facilitaria as tratativas e diálogos entre partes discordantes. A intenção maior era em face da diminuição dos custos econômicos da justiça contenciosa e da peculiaridade dos interesses que as partes conflitantes tinham. Com a mediação a atenção se volta para as partes e os sentimentos que os impulsionaram ao conflito, aumentando a possibilidade do alcance do acordo mais satisfatório, pois será respeitado voluntariamente, preservando assim uma relação saudável e sustentável entre as partes⁴⁸³.

A proposta da mediação Europeia é a de uma mediação com valores próprios como método de resolução de conflitos ao qual todos (cidadãos e empresas) devem ter fácil acesso, não sendo priorizado o tempo ou o “alívio” da carga do sistema jurisdicional. Essa orientação ficou sedimentada com a Diretiva 2008/52/CE, conforme o Parlamento Europeu e o Conselho, de 21 de maio de 2008, que trata sobre as técnicas adotadas na mediação em matéria civil e comercial, com diploma comunitário que constituiu um marco importante no desenvolvimento da mediação na Europa, sendo obrigados a dispor legalmente a matéria e ainda a fomentar a utilização das vias alternativas de tratamento de conflitos. O objetivo maior da Diretiva era de assegurar um espaço com liberdade, segurança e melhor acesso a justiça por todos e para todos, como parte de uma política pública de União Europeia⁴⁸⁴.

Tendo um caráter comunitário, a Diretiva é focada na regulação dos conflitos transnacionais, o Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia entenderam que a mediação é salutar para a sua sociedade não apenas no que tange a economia financeira e de tempo, mas principalmente na plenitude da satisfação e efetivação do tratamento e resolução dos conflitos. A economia financeira fica por conta do dispêndio das burocracias tradicionais e em se tratando da economia de tempo, não se trata do tempo imediato, mas a longo prazo. Pois os conflitos quando tratados e resolvidos desta forma, não retorna mais, a mediação gera uma maior compreensão

⁴⁸³ EUROPEAN UNION. **98/257/EC**: commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁴⁸⁴ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

da situação que os envolvia e que agora se desatou, desfez. Preservando uma relação amigável entre os interessados⁴⁸⁵.

Em seu artigo 3º, a Diretiva⁴⁸⁶ definiu a mediação como

[...] um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

Abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão. Não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão;

b) «Mediador», uma terceira pessoa a quem tenha sido solicitado que conduza uma mediação de modo eficaz, imparcial e competente, independentemente da denominação ou da profissão dessa pessoa no Estado-Membro em causa e da forma como ela tenha sido designada ou de como tenha sido solicitada a conduzir a mediação.⁴⁸⁷

Resumindo, é um processo bem estruturado, onde as partes conflitantes buscam voluntariamente pela mediação para alcançar um acordo com a assistência de um mediador, podendo ter sido iniciado o processo pelas próprias partes, ordenado ou sugerido por um tribunal, ou imposto pelo direito de um dos Estados Membros da União Européia. No artigo 5º da Diretiva ainda é mencionado a respeito da possibilidade dos EEMM instituírem o uso da mediação de forma obrigatória ou que a sujeitem a incentivos ou sanções, tanto anterior ou posterior ao início do processo judicial (mediação prévia ou incidental), dando as partes o direito de exercerem o livre acesso ao sistema judicial⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ EUROPEAN UNION. **98/257/EC**: commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁴⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁸⁸ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da

O tratado da União Europeia, assinado em Maastricht, em 2 de Fevereiro de 1992, cria um mediador europeu, nomeado pelo Parlamento Europeu depois de cada eleição, por um período de cinco anos, com um mandato renovável. O mediador europeu tem por missão intervir em conflitos entre a administração comunitária e os utilizadores. Acompanhado por uma equipe de 30 pessoas, incluindo juristas de diferentes nacionalidades, recebeu 2.667 reclamações, em 2010⁴⁸⁹.

Um serviço de mediação institucionalizado nunca esgota a necessidade de mediação. Na Europa, será preciso alinhar progressivamente tradições jurídicas heterogêneas e serão necessárias muitas mediações culturais para permitir que os europeus se entendam no sentido original da palavra. Os mediadores deverão de estar cientes da necessidade de comunicação e tomar iniciativas para contribuir para a criação da Europa. A mediação empresarial, em particular, deverá tomar a dimensão da Europa⁴⁹⁰.

A mediação por contrato ou serviço público é uma mediação investida de uma autoridade institucional, às vezes, no mais alto nível, como o Mediador da República, cuja inclusão na Constituição foi até mesmo considerada. O desaparecimento do Mediador da República talvez promova um saneamento terminológico que deverá conduzir à preferência das denominações mais em consonância com sua natureza e suas missões como controlador, regulador e, sobretudo, conciliador⁴⁹¹.

O mediador da República⁴⁹²: seus homólogos estrangeiros são o Defensor do Povo para a Espanha, o ombudsman nos países escandinavos, comissário parlamentar na Grã-Bretanha. O legislador francês, preferiu, na lei de 03 de janeiro de 1937, que criou a instituição, chamar de mediador, seria o “intercessor gratuito entre

mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁸⁹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁹⁰ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁹¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 42.

⁴⁹² MASSUCI, Alfonso. El procedimiento de mediacion como médio alternativo de resolucion de litigios en el derecho administrativo: esboço de las experiencias francesa, alemã e inglesa. **Revista de Administracion Publica**, Madri, n. 178, p. 18, enero/abr.2009.

cidadão e administração”. Esta incerteza congênita que pesou sobre a instituição foi levantada pela lei orgânica de 15 de março de 2011, que permite a aplicação da revisão constitucional, substituindo-a pelo Defensor de Direitos⁴⁹³.

Acerca de toda a questão que envolve o serviço da mediação de conflitos, Michèle Guillaume-Hofnung ⁴⁹⁴ destaca:

A mediação é um serviço. Contudo, em nossa sociedade existem duas maneiras de acessar um serviço: por contrato ou serviço público. O serviço público, seja ele industrial, comercial ou administrativo, não existe sem um vínculo mínimo com as autoridades públicas. Já, a mediação para existir não precisa da iniciativa de uma autoridade pública, ela surge essencialmente na sociedade civil.

Iniciativas de mediação no setor público: o termo mediador está se disseminando em profusão, e é difícil apresentar um quadro completo e discernir uma lógica no todo. O mediador é uma autoridade administrativa ou um delegado. O clube dos mediadores do serviço público elaborou, em dezembro de 2004, uma carta da mediação, tratando de reguladores, gestores de reclamações e árbitros públicos conciliadores⁴⁹⁵. A extinção do Mediador da República vai liberar a reflexão terminológica e permitirá que o Clube dos Mediadores se aproxime do modelo de mediação. Podemos identificar duas grandes tendências:

A mediação de conflitos entre uma instituição e seu público, na realidade reconciliam-se gratuitamente no interior da instituição de acordo com procedimentos quase exclusivamente escritos, o que os torna instâncias de último recurso. O recurso direto deles tornou-se possível pela modificação do protocolo: desde 20 de fevereiro de 2006 para o mediador de RAPT, 31 de maio de 2011 para o da SNCF e 6 de outubro de 2005 para o de La Poste. Como a mediadora da EDF, eles exercem de fato uma função de conciliação equitativa e de apelação. O mediador do CNRS intervém para resolver as disputas que surgem na instituição entre o pessoal e os superiores. Os mediadores municipais são encarregados por uma coletividade local para reconciliar os cidadãos e a comunidade. Alguns mediadores intervêm em conflitos horizontais, isto é, entre cidadãos colocados no mesmo plano; o mediador se comporta como uma espécie de árbitro público entre interesses particulares⁴⁹⁶.

⁴⁹³ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 43.

⁴⁹⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 102.

⁴⁹⁵ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. Ciaco: Anthemis vie et Société, 2013. p. 99.

⁴⁹⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 46.

A mediação nas redes sociais reúne tanto ações nacionais, quanto locais e se desenvolve sob a pressão das necessidades muitas vezes reveladas por fatos dramáticos, sem grande ligação com o todo ou entre si. Ela é frequentemente assegurada no âmbito de postos de trabalho para jovens, ignorando o treinamento. Assim, acerca da relação entre a mediação de conflitos e os contratos, Michèle Guillaume-Hofnung⁴⁹⁷ destaca:

A mediação e o contrato são atos que exigem a reunião de duas vontades, a oferta e a demanda. O procedimento da mediação baseia-se na autonomia da vontade dos parceiros que se envolvem nela. Por si só, a existência de mediadores constitui o equivalente a uma oferta (voluntária, liberal, oferta de arte no contexto de um trabalho, oferta profissional, ocasional, excepcional, permanente). Nos casos mais frequentes, os requerentes de mediação se apresentam voluntariamente, para compreender o que a mediação, e depois decidem-se solicitarão que o mediador intervenha, o que constitui o segundo elemento do procedimento consensual. O mediador questionar-se cada vez sobre sua aceitação ou recusa. A natureza contratual corresponde bem ao dinamismo da mediação, ao seu caráter inovador. Além disso, o contrato oferece a mediação quadro jurídico coerente em todos os níveis necessários.

No domínio das dificuldades contratuais as seguradoras hesitaram antes de entrar na moda e usar o termo mediação para cobrir situações tão diversas como a mediação interna (o sistema de mediadores domiciliares), e a mediação externa, a mediação-conciliação. Após um período de dispersão, durante o qual as companhias de seguros dispunham de seus próprios mediadores, a tendência foi de reagrupar. Trata-se de um agrupamento por família e não do estabelecimento de um único mediador para todas as companhias de seguros⁴⁹⁸.

O legislador francês preferiu um sistema menos restritivo para os bancos, muito inspirado pelo setor de seguros, e que usou mais uma vez o termo “mediação” erroneamente. Assim, entre as empresas parceiras, a mediação é afogada na nebulosa dos modos alternativos. Os promotores destacam os benefícios da mediação: a confidencialidade, a desdramatização que permitirá a continuação das relações entre parceiros, velocidade, flexibilidade e menor custo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 102-103.

⁴⁹⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 104.

⁴⁹⁹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em:

A diretriz de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos é aplicável a todos os países da União Europeia, no campo territorial jurisdicional da Rede Judiciária. Em uma análise simplista das perspectivas decorrentes das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) na União Europeia objetivando evoluir os conhecimentos sobre as dinâmicas normativas e funcionais do direito tradicional⁵⁰⁰.

No site oficial da Rede Judiciária há algumas diretrizes e informações quanto a adoção e efeitos dos métodos alternativos de solução de conflitos. Dentre os campos analíticos básicos, destacamos a facultatividade (em regra) na participação ou adoção do método alternativo de solução de conflitos, ressaltando que há incentivo à pacificação entre as partes através do diálogo colaborativo.

A intervenção de um terceiro imparcial e qualificado é exigência para um tratamento adequado do conflitos mediante ADRs.

As ADRs podem ser aplicadas em diversas áreas do direito. Fazemos a ressalva quanto ao direito consumerista em razão da expressiva importância sob o prisma do direito comparado e evolução ao direito brasileiro.

A propósito, abaixo segue matéria explicativa quanto a adoção de ADRs no âmbito da União Europeia. Observemos:

É possível resolver um litígio sem ir a tribunal.

Suponha que está em litígio com uma empresa, um profissional independente, o seu empregador, um membro da sua família ou qualquer outra pessoa, no seu país ou no estrangeiro. Se não conseguir resolver esse litígio de forma amigável, poderá naturalmente recorrer a um tribunal, mas poderá também optar por um modo alternativo de resolução de litígios, tal como a mediação ou a conciliação.

Por vezes, o recurso aos modos alternativos de resolução de litígios é obrigatório por lei ou imposto eventualmente na sequência de uma decisão judicial, mas de uma forma geral decorre da vontade das pessoas em litígio. Estes modos alternativos de resolução de litígios podem permitir-lhe resolver o seu diferendo graças à intervenção de um terceiro neutro e qualificado. Os modos alternativos de resolução de litígios, frequentemente designados pelo acrónimo ADR, da expressão inglesa 'Alternative Dispute Resolution', assumem diversas formas. Podem distinguir-se diferentes casos em função do papel que o terceiro desempenha na resolução do litígio.

Nalguns casos, o terceiro ajuda as partes a chegarem a acordo, sem todavia tomar formalmente posição sobre uma ou outra solução que poderia ser dada ao litígio.

<<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁵⁰⁰ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. Ciaco, Anthemis vie et Société, 2013. p. 81-82.

Durante estes processos, muitas vezes designados 'conciliação' ou 'mediação', as partes são convidadas a encetar ou a reatar o diálogo, evitando assim a confrontação; são as próprias partes que escolhem o método de resolução do litígio, desempenhando um papel particularmente activo para tentar descobrir por si mesmas a solução que mais lhes convém. Estes métodos oferecem a possibilidade de ultrapassar o debate propriamente jurídico e encontrar uma solução personalizada e adaptada ao litígio a resolver. Esta abordagem consensual aumenta, por outro lado, as possibilidades de as partes poderem manter as suas relações de natureza comercial ou outra, uma vez resolvido o litígio.

Noutros casos, o terceiro encontra ele próprio uma solução, que apresenta seguidamente às partes.

No domínio do consumo, nomeadamente, existem modos alternativos de resolução dos litígios, ao serviço dos consumidores, em que o terceiro se pronuncia sobre a solução para o litígio. Por vezes, o terceiro envia uma recomendação às partes, que estas são livres de seguir ou não.

É o caso dos 'Consumer Complaint Boards' dos países escandinavos. O consumidor que tiver inicialmente recorrido a um órgão de resolução de litígios deste tipo é livre de apresentar uma acção judicial, caso a solução proposta não o satisfaça.

Por vezes, o terceiro toma uma decisão que apenas será vinculativa para as empresas.

É o caso dos 'Provedores dos clientes' criados por certos sectores profissionais como os bancos e os seguros. As decisões destes Provedores impõem-se às empresas que tiverem aderido ao sistema. Neste caso, se o consumidor não ficar satisfeito com a decisão tomada pelo Provedor, poderá apresentar uma acção em tribunal.

Por último, noutros casos, que se aproximam do procedimento judicial clássico, o terceiro, chamado 'árbitro', toma uma decisão para resolver o litígio.

Esta decisão, que é vinculativa para as duas partes em litígio, pode ser tomada mediante aplicação das regras de direito (caso da arbitragem clássica) ou da equidade (caso da «resolução amigável»). A decisão proferida pelo árbitro, chamada sentença arbitral, tem 'força de caso julgado', o que significa que o litígio, uma vez dirimido pelo árbitro, não pode, em princípio, ser levado a tribunal. Frequentemente considera-se que a arbitragem não faz parte da categoria dos modos alternativos de resolução de litígios.

Existe um determinado número de instrumentos de direito comunitário e de direito internacional que regulamentam ou se destinam a promover os modos alternativos de resolução de litígios.⁵⁰¹

Colocando a mediação em foco, em especial, a União Europeia apresenta notório incentivo a adoção deste método alternativo de resolução de conflitos transfronteiriços com interesse de pacificação social.

Na diretriz de política pacificadora, a União europeia traz alguns regramentos basais aos Estados-membros internacionais, que são:

⁵⁰¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Modos alternativos de resolução dos litígios**: informações gerais. 'S.I.], 30 abr. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gen_pt.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

- Obrigatoriedade dos Estados-Membros participantes a fomentarem e incentivarem a formação de mediadores, buscando-se garantir uma mediação de qualidade elevada;
- Ao juiz é assegurado, conforme as características do caso, convidar as partes envolvidas em um conflito a tentar primeiramente a mediação antes de decidir;
- É possível dar força executória aos acordos decorrentes da mediação, caso ambas as partes assim solicitem, podendo ser homologado por tribunal ou certificação por notário público, por exemplo;
- É Assegurado o princípio da confidencialidade, não podendo o conciliador/mediador ser arrolado como testemunha ou prestar depoimento sobre o caso em futuro conflito;
- É garantido o acesso ao judiciário, pois a mediação não afasta a jurisdição ressaltando que os prazos para a instauração de ação judicial ficam suspenso durante os procedimentos de mediação.

Vejamos o Panorama da Mediação na UE:

Panorama da mediação na UE

A União Europeia promove ativamente os modos de resolução alternativa de litígios (RAL), nomeadamente a mediação. A Diretiva «Mediação» é aplicável em todos os países da UE. A Diretiva abrange a mediação em matéria civil e comercial.

Ao incentivar o recurso à mediação, está-se a facilitar a resolução dos litígios e a contribuir para evitar a preocupação, a perda de tempo e os custos inerentes aos processos judiciais, permitindo assim que os cidadãos exerçam de forma eficaz os direitos que lhes assistem.

A Diretiva 'Mediação' é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial em que pelo menos uma das partes tenha domicílio num Estado-Membro distinto do Estado-Membro de qualquer das outras partes à data em que estas decidam, por acordo, recorrer à mediação ou em que a mediação seja ordenada por um tribunal.

O principal objetivo deste instrumento jurídico consiste em incentivar o recurso à mediação nos Estados-Membros.

Para esse efeito, a diretiva estabelece cinco regras substantivas:

Obriga os Estados-Membros a incentivarem a formação de mediadores e a garantirem uma mediação de elevada qualidade.

Confere a cada juiz o direito de convidar as partes em litígio a recorrerem primeiro à mediação, se o considerar adequado atendendo às circunstâncias do caso.

Prevê a possibilidade de os acordos obtidos por via de mediação serem declarados executórios se ambas as partes o solicitarem. O carácter executório pode ser estabelecido, por exemplo, mediante homologação de um tribunal ou certificação efetuada por um notário público.

Assegura a condução da mediação num clima de confidencialidade. Neste sentido, dispõe que num futuro litígio entre as partes na mediação, os mediadores não podem ser obrigados a prestar depoimento em tribunal sobre o que ocorreu durante a mediação.

Garante que as partes não perdem a possibilidade de levar o caso a tribunal em resultado do tempo gasto na mediação: os prazos de instauração da ação judicial suspendem-se durante a mediação.⁵⁰²

⁵⁰² UNIÃO EUROPEIA. **Panorama da mediação na UE**. Luxemburgo, 26 out. 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-pt.do>. Acesso em: 2 nov. 2018.

A União Europeia adota os seguintes princípios fundamentais da mediação:

- a) Imparcialidade;
- b) Confidencialidade;
- c) Voluntariedade;

Neste sentido, citamos os termos preconizados expressamente pela Rede Judiciária (União Europeia):

A mediação caracteriza-se por alguns princípios fundamentais, comuns aos diferentes sistemas dos Estados-Membros da UE. As fases da mediação abaixo descritas existem em qualquer dos modelos de mediação seguido.

Os mediadores mantêm uma posição neutra e não tomam partido no litígio. Os mediadores não são conselheiros, pelo que não dão conselhos acerca de posições específicas, recomendando em geral que se procure aconselhamento jurídico durante o processo de mediação.

Em geral, nem o que for dito na mediação nem os documentos apresentados nesse contexto poderão ser usados como provas num processo judicial sobre o mesmo litígio. Os mediadores também não podem ser testemunhas.

As partes em litígio devem ser informadas da mediação como opção adicional para resolver o conflito. A recusa de tentar a mediação não tem qualquer influência no resultado final do processo judicial.

Este princípio não colide com as sessões de informação obrigatórias sobre mediação, desde que as partes não sejam obrigadas a resolver o conflito por esse meio.⁵⁰³

A Rede Judiciária, também traça diretriz metodológica para a mediação, descrevendo as fases que deve passar o procedimento de mediação. Notemos:

Fases da Mediação: Abertura:

O mediador começa por explicar a finalidade da mediação, o processo seguido e o papel do mediador. O mediador fixa as regras a seguir e pede às partes que aceitem este processo específico.

Descrição do problema pelas partes:

O mediador ouve a exposição de cada uma das partes.

O mediador acolhe as emoções expressas e sossega as partes, se necessário, identificando cabalmente os receios de cada uma delas.

Identificação das questões a debater e fixação do conteúdo das negociações:

Durante esta fase, o mediador fixa a matéria a negociar, resumindo os domínios em que há acordo (ou receios semelhantes) e aqueles em que não há. O mediador determina, depois de consultar as partes, as questões a debater.

Procurar opções/soluções:

O mediador ajuda as partes, pensando com elas, a ponderar as várias opções/soluções para a sua situação.

Ponderar as opções e selecionar a solução mais viável/aceitável:

Durante esta fase, o mediador ajuda as partes a chegar a acordo, ponderando as opções propostas e selecionando as mais viáveis e aceitáveis para as partes.

Fim da mediação:

⁵⁰³ UNIÃO EUROPEIA. **Princípios fundamentais**. Luxemburgo, 14 fev. 2018. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_key_principles_and_stages_of_mediation-383-pt.do>. Acesso em: 2 nov. 2018.

O mediador ajuda as partes a redigir um acordo claro e circunstanciado. Os representantes legais podem analisar o acordo para garantir que ele produz efeitos jurídicos em todos os países em questão.

No caso da inexistência de acordo, o mediador resume as questões debatidas e os progressos registados. O mediador agradece às partes e encerra o processo de mediação. As partes podem instaurar então uma ação judicial ou prosseguir a ação já instaurada⁵⁰⁴

3.3.3 Da Regulamentação da Mediação Francesa

O regime jurídico da mediação "judicial" foi resultado da lei de 08 de fevereiro de 1995⁵⁰⁵. Ele é um regime jurídico parecido ao da conciliação, mas seus textos possuem uma grande diferença entre os seus regimes: a gratuidade da conciliação e a natureza remuneradora da mediação. No entanto, apesar da distorção do espírito de mediação pelas profissões judiciais, a mediação judicial será baseada no acordo da vontade dos participantes, também chamado de convenção. Neste caso, não haverá diferença de natureza entre a mediação convencional e "judicial"⁵⁰⁶.

Assim, acerca da mediação francesa, Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁰⁷ destaca:

A mediação é de aplicação geral, diz respeito a todas as jurisdições, incluindo o juiz as medidas provisórias. O juiz controla a mediação judicial. Se for necessário obter o acordo dos participantes, seu mandato determina a extensão (total ou parcial do litígio), a duração que não pode exceder três meses, exceto para ser renovada pelo mesmo período a pedido exclusivo do mediador. Ele designa mediador, o terceiro por definição, pessoa física ou associação. Ele também define o montante da provisão cobrindo aproximadamente a remuneração final do mediador. Em nenhum caso, a decisão que ordena mediação aliena o juiz que pode, em qualquer momento tomar as medidas necessárias ou encerrar a mediação. Ele procederá então ao processo. A decisão de ordenar renovar a mediação ou pôr fim a ela, é insuscetível de recurso. O juiz controla mediação permanentemente. O mediador deve informar sobre as dificuldades que ele encontra na realização de sua missão. No final de sua missão, o mediador informa juiz sobre o resultado. Em caso de acordo, o juiz pode homologar a pedido dos participantes ativos do processo gracioso.

⁵⁰⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Modos alternativos de resolução dos litígios**: informações gerais. [S.l.], 30 abr. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gen_pt.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁵⁰⁵ OUDIN, Federica. Critique de la legislation française relative à la mediation. In: CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. [S.l.]: Anthemis, 2013. p. 143.

⁵⁰⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 122.

⁵⁰⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 124.

As instituições específicas da mediação e o fundamento da deontologia da mediação atualmente, baseia-se na autorregulação, no centro da qual figura o contrato de associação. Ao abster-se de regulamentar a mediação em detalhes, as autoridades públicas não atuam de forma excepcional: respeitam jornalistas ou psicanalistas, deixando-os organizar-se. Para o conteúdo da deontologia, o Código de Ética do CNM, em sua versão original, tem servido como modelo para os principais elementos da ética dos mediadores: independência, neutralidade e confidencialidade⁵⁰⁸.

Consta no site da União Europeia⁵⁰⁹ o seguinte:

Em vez de intentar um processo, por que não resolver os litígios por mediação? Trata-se de um modo alternativo de resolução dos litígios, em que o mediador presta assistência às partes no sentido de chegar a um acordo. Em França, o Governo e os profissionais são sensíveis às vantagens da mediação.

Quem contactar?

Em França, não existe nenhuma autoridade central ou governamental responsável pela regulamentação da profissão de mediador, não se prevendo que possa vir a ser criada qualquer entidade desse tipo.

Existem várias organizações não governamentais (ONG) no domínio da família.

A *APMF (Association Pour la Médiation Familiale – Associação para a Mediação Familiar)* informou em 2012 que possuía 700 membros, na sua maioria mediadores familiares. Disponibiliza um anuário de mediadores, por região, muito acessível.

A *FENAMF (Fédération Nationale des Associations de Médiation Familiales – Federação Nacional das Associações de Mediação familiar)* informou em 2012 que possuía mais de 480 centros de mediação familiar, disponibilizando um anuário dos mesmos.

Podem também ser consultados:

O *CMAF (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris – Centro de Mediação e Arbitragem de Paris)*, que trata dos litígios entre (grandes) empresas.

O *IEAM (Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation – Instituto de Peritagem, Arbitragem e Mediação)*, que, em 2012 possuía mais de 100 profissionais de arbitragem amigável ou judicial nos domínios económico-financeiro, jurídico, fiscal, médico, da construção e obras públicas, da indústria, das matérias-primas e dos transportes.

A *FMCML (Fédération des Médiateurs et Chargés de Mission libéraux – Federação dos Mediadores e Encarregados de Missão Independentes)* que agrupa uma centena de peritos cuja atividade de mediação completa a sua atividade de peritagem em diversos domínios (construção, imobiliário, indústria, serviços, lojas, assuntos sociais e fiscais, informática, ambiente, médicos e paramédicos).

A *FNCM (Fédération Nationale des Centres de Médiation – Federação Nacional dos Centros de Mediação)* que, em 2012, reunia 79 centros

⁵⁰⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 123.

⁵⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Mediação nos Estados-Membros - França**. Luxemburgo, 3 fev. 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-pt.do?member=1>. Acesso em: 2 nov. 2018.

de mediação das ordens de advogados, estruturados por regiões. Constituída maioritariamente por advogados, beneficia do apoio do CNB e possui inúmeras ligações no mundo judiciário. No seu sítio Internet disponibiliza um anuário.

A ANM (*Association Nationale des Médiateurs* – Associação Nacional dos Mediadores), constituída em 1993, em 2012 reunia duas dezenas de associações e cerca de 300 membros repartidos por 11 delegações regionais. Elaborou um código deontológico nacional do mediador e no seu sítio Internet disponibiliza um anuário.

Em que domínios o recurso à mediação é admissível e/ou mais comum?

No direito francês, as partes podem recorrer à mediação em todos os domínios do direito, desde que esta não atente contra a chamada «ordem pública de direção». A título de exemplo, não é possível realizar uma mediação para contornar as regras obrigatórias do casamento ou do divórcio.

A mediação exerce-se sobretudo no âmbito dos processos de família (juiz de família, por intermédio de um mediador familiar) e das ações de pequeno montante (instâncias perante o juiz de proximidade ou o juiz de instância, por intermédio do conciliador).

Quais as regras a respeitar?

O recurso à mediação

O recurso à mediação está sujeito ao acordo prévio das partes.

Contudo, após ter sido intentada uma ação perante um tribunal, o juiz incumbido do litígio pode, após ter obtido o acordo das partes, designar uma terceira pessoa para as ouvir e confrontar os seus pontos de vista, permitindo assim às partes encontrarem uma solução para o conflito que as opõe (artigo 131.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

O juiz pode também intimar as partes, no âmbito restrito da determinação do exercício do poder paternal ou das medidas provisórias em matéria de divórcio, a assistirem a uma reunião de informação sobre mediação. Essa reunião é gratuita para as partes e não pode dar origem a qualquer sanção específica (artigos 255.º e 373.º, n.º 2-10 do Código Civil).

O Despacho n.º 2011-1540 de 16 de novembro de 2011 efetuou a transposição da Diretiva 2008/52/CE, que define um enquadramento destinado a favorecer a resolução amigável dos litígios pelas partes mediante a ajuda de um terceiro - o mediador - alargando as suas competências não só às mediações transnacionais mas também às mediações a nível nacional, salvo no caso dos litígios suscitados no âmbito de um contrato de trabalho ou do direito administrativo.

O referido despacho alterou a lei de 8 de fevereiro de 1995, definindo um enquadramento geral para a mediação. Fornece uma definição do conceito de mediação, especifica as qualidades que deve ter o mediador e recorda o princípio da confidencialidade da mediação, que é essencial para o êxito deste processo.

O despacho consagra ainda o princípio segundo o qual o juiz de uma causa pode, em qualquer altura, designar um mediador que, na prática, pode igualmente ser um conciliador de justiça. O juiz não pode, contudo, delegar no mediador as tentativas prévias de conciliação em caso de divórcio ou de separação de pessoas e bens. O despacho permite ao juiz que não tenha obtido o acordo das partes intimá-las a encontrarem um mediador de modo a serem informadas sobre o teor e a forma da mediação. Por lei, só podem ser incumbidos

desta missão de informação os conciliadores de justiça e os mediadores familiares.

O Decreto n.º 2012-66 de 20 de janeiro de 2012, adotado nos termos do despacho de 16 de novembro de 2011, criou no âmbito do Código de Processo Civil um novo Livro V, dedicado à resolução amigável de conflitos, que especifica as regras aplicáveis à mediação e à conciliação convencionais, assim como as respeitantes ao processo participativo. O referido Livro V constitui o contraponto dos títulos VI e VI *bis* do Código de Processo Civil, respetivamente, consagrados à conciliação e à mediação judiciais. Além disso, o Decreto n.º 78-381 de 20 de março de 1978 foi modificado e já só contém as disposições estatutárias relativas aos conciliadores de justiça.

A regulação da mediação

A nível nacional, não existe nenhum «código de conduta» aplicável aos mediadores.

A Câmara do Comércio e Indústria de Paris elaborou um código de boa conduta e assegura a sua própria regulação.

Em matéria de família, os mediadores familiares estão sujeitos, pela sua adesão direta ou por intermédio do organismo que os emprega, aos códigos ou cartas deontológicas das duas associações federativas dos organismos de mediação familiar, a *Association Pour la Médiation Familiale* (APMF) e a *Fédération Nationale des Associations de Médiation Familiales* (FENAMEF). Estes códigos ou cartas retomam as «regras deontológicas da mediação familiar» adotadas em 22 de abril de 2003 pela CNCMF. Assim, segundo o seu sítio Internet, «a APMF estabelece o código deontológico da profissão, que define as regras éticas da prática profissional e as condições para o exercício da mediação familiar em França. É esse código que rege a profissão».

A FNCFM (*Fédération Nationale des Centres de Médiation*) adotou, em março de 2008, um código deontológico baseado no Código de Conduta Europeu para os Mediadores.

Informação e formação

Não existe nenhum sítio oficial nacional na Internet relativo à mediação.

Neste momento, o direito positivo francês não prevê uma formação específica para se exercer a mediação, exceto em matéria de família. Com efeito, nesta matéria, um decreto de 2 de dezembro de 2003 e uma portaria de 12 de fevereiro de 2004 criaram o diploma de mediador familiar.

Em matéria de mediação familiar, os textos preveem uma formação garantida por estabelecimentos aprovados e um diploma emitido pelo prefeito da região após uma formação ou provas de certificação através da validação da aprendizagem anterior. A formação é assegurada por centros aprovados pela Direção Regional de Saúde e da Segurança Social (DRASS). Nesses centros, os alunos recebem uma formação de 560 horas repartidas por três anos, com um mínimo de 70 horas de prática. No final da formação, o candidato presta provas destinadas a validar a sua formação.

Quanto pode custar uma mediação?

Para as pessoas que recorrem a este modo alternativo de resolução de litígios, a mediação extrajudicial ou judicial é paga. Em matéria de mediação judicial, a remuneração do mediador pode ficar a cargo do apoio judiciário. Em todos os casos, é fixada pelo magistrado que define as taxas, após a sua execução e mediante a apresentação de

um memorando ou nota de despesas (artigo 119.º do Decreto n.º 91-1266 de 19 de dezembro de 1991).

O juiz deve fixar o depósito e a remuneração (artigo 131.º, n.ºs 6 e 3 do Código do Processo Civil). Na falta de uma tabela de referência definida nesses mesmos textos, o custo unitário das prestações de mediação familiar é portanto variável. Os serviços que beneficiam de uma prestação de serviços de mediação familiar comprometeram-se, no quadro do protocolo nacional assinado pelo Ministério da Justiça, pelo Ministério do Trabalho, das Relações Sociais, da Família e da Solidariedade, pela Caixa Nacional das Prestações Familiares e pela Caixa Central de Mutualidade Social Agrícola, a respeitarem uma tabela nacional variável em função dos rendimentos das partes. Sob reserva da apreciação do juiz, a participação financeira deixada a cargo das partes, por sessão e por pessoa, pode variar entre 5 EUR e 131,21 EUR.

Em matéria de família, a CNAF (*Caisse nationale des allocations familiales* – Caixa Nacional das Prestações Familiares) criou um procedimento de comparticipação que permite às estruturas beneficiarem de uma prestação de mediação familiar, desde que respeitem certas normas.

O acordo resultante de uma mediação pode ter força executória?

Nos casos de mediação extrajudicial, o artigo 1 565.º do Código de Processo Civil prevê que o acordo alcançado pelas partes possa ser sujeito à homologação do juiz da causa a fim de lhe conferir força executória.

Quando a mediação se processa no âmbito de um processo judicial, o artigo 131.º-12 do Código de Processo Civil prevê que, a pedido das partes, o juiz da causa possa homologar o acordo alcançado por estas. O artigo L. 111-3, n.º 1. do Código do Processo Civil de Execução prevê que constituem títulos executivos os acordos resultantes de mediação judicial ou extrajudicial a que os tribunais civis ou administrativos tenham conferido força executória”.⁵¹⁰

3.4 Comentários a Respeito da Mediação na Argentina

Todas as peculiaridades que envolvem os meios alternativos resolução de conflito, à primeira vista, geram um sentimento de incerteza e de desconfiança, os quais, são originados nos mais variados campos, especialmente quando se trata de uma proposta de uma justiça mais rápida e humana. Contudo, com o passar do tempo, essas práticas, tanto individuais como coletivas, estão passando por algumas transformações e modificações que as privilegiam de uma maneira primordial.

Analisando essas mudanças no país da Argentina, percebe-se que essa região vem passando por muitos avanços. Apesar de um grande preconceito inicial, a prática da mediação de conflitos foi eficaz para sanar as peculiaridades do país.

⁵¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Mediação nos Estados-Membros - França**. Luxemburgo, 3 fev. 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-pt.do?member=1>. Acesso em: 2 nov. 2018.

Entretanto, na tradição europeia existe muitos métodos possíveis para solucionar determinada questão. Exemplo disso, é o fato de o Direito Francês ser marcado por inovações que demonstram um excelente resultado. Entretanto, nos Estados Unidos, as formas de tratar os conflitos sempre fez parte do cotidiano ético da população, sendo que, esses novos métodos são analisados como um componente exitoso da Common Law. Todos esses mecanismos estão em um constante crescimento, especialmente com o enquadramento dos tribunais especializados na justiça restaurativa, da jurisprudência terapêutica e dos tribunais especializados em técnicas restaurativas⁵¹¹.

Todas essas iniciativas, tiveram a sua origem perante a insuficiência que se encontravam nas práticas rotineiras do direito, juntamente com o incentivo da necessidade de existência de novos métodos alternativos que pudessem substituir as crises presentes na administração da justiça e a sobrecarga do trabalho do judiciário. Todos esses métodos, automaticamente, trouxeram para a cultura do direito uma certa humanização na resolução dos processos burocráticos, fazendo conseqüentemente, com que a sociedade seja menos individualista, prezando os vínculos comunitários.

Nasce, dessa maneira, um movimento que revolucionou os métodos alternativos de resolução de conflitos, principalmente no que tange o âmbito da mediação comunitária, pois ela foi muito bem aceita em muitos ordenamentos jurídicos, pois, a partir do momento em que se tem um sentido comum jurídico, todo tensor existente em torno de uma controvérsia se modifica. Contudo, toda a informalidade existente nessas praticas está relacionado com as crises do Estado de bem-estar e da necessidade de soluções práticas, flexíveis, rápidas e que estejam ao alcance dos envolvidos, o que fortificou ainda mais a mediação comunitária. Percebe-se, dessa maneira, que muitos conflitos comunitários originam-se em questões menores, os quais, rapidamente crescem e tornam-se preocupantes.

Assim, todos os métodos alternativos de resolução e de tratamento dos conflitos englobam um grande conjunto de métodos e de procedimentos orientados, o que faz com que a mediação seja uma cultura superadora do conflito original, pois trata diretamente da origem do conflito, fortificando também os avanços do legislativo.

⁵¹¹ PUCEIRO, Enrique Zuleta. Artigo no prelo para publicação em livro.

Percebe-se, dessa maneira, que desde o início os novos métodos de resolução de conflitos rapidamente ganharam uma grande expansão com diversas orientações teóricas e metodológicas. Assim, a mediação de conflitos nasceu como uma resposta para a necessidade crescente do sistema de justiça em encontrar mecanismos que supram as funções sociais do direito de uma maneira social e duradoura. Exatamente por isso, que inicialmente, a prática da mediação não era considerada obrigatória, mas sim, optativa.

Além disso, a mediação de conflitos procura buscar um ponto de vista final e definitivo para os conflitos, tratando assim, essas peculiaridades como um todo. Assim, dessa maneira, o seu reconhecimento social está exatamente no consenso entre as partes, no benefício que irão receber perante a ajuda de terceiros. Nasce assim, uma confiança nesse método, comprometendo as partes ao desenrolar do conflito e da sustentação dos resultados futuros. Dessa maneira, a sua consolidação está relacionado com o avanço de variadas formas de reconhecimento do pluralismo social e da liberdade econômica. Aqui, tudo está baseado no interesse das partes e no seu posicionamento perante determinada questão.

De um lado, analisa-se a mediação de conflitos como uma nova cultura de revolução crescente, com funções tradicionais do direito, contudo adentram na colaboração, na cooperação, no consenso e na fidelidade e comprometimento consigo mesmo. Contudo, a disciplina dos operadores dessa prática precisa ser aperfeiçoada cada vez mais, para que seja possível uma incorporação de saberes, técnicas e experiências práticas do direito, nascidas por uma nova concepção do direito.

O direito, assume dessa maneira, uma nova cultura de paz e de confiança, sendo um direito flexível e aberto para o posicionamento dos envolvidos, pois traz soluções equilibradas, sem ganhadores e nem perdedores.

Na América Latina, essa prática deve partir de uma análise de um posicionamento dentro de um panorama atual dos métodos e alternativas existentes para as possíveis soluções daquele conflito. Assim, cria-se um reconhecimento da sociedade e da comunidade jurídica, principalmente no que tange a formação e o treinamento desses operadores. A cultura da paz começa a ganhar um campo de visão maior, sendo mais privilegiada e prestigiada, fato esse, que acaba fortalecendo essas práticas de uma forma nunca vista. Além disso, a sua adaptação na sociedade está crescendo cada vez mais.

Entretanto, alguns posicionamentos culturais impedem que essas práticas sejam vistas com bons olhos por toda a população, pois falta um controle nos modelos de qualidade e nos processos de intervenção, juntamente com a diversidade dos regimes jurídicos.

Mesmo, assim, a população ainda está bastante desinformada perante a existência desses métodos alternativos de resolução e de tratamento dos conflitos sociais. Contudo, esses métodos diminuem o impacto da pobreza, especialmente com a quantidade de conflitos que estão surgindo na sociedade.

Todo esse processo está relacionado com uma transformação das características revolucionárias do papel do direito em todo o mundo, principalmente na administração do conflito social. É necessário, dessa maneira, fortalecer e fortalecer a confiança desses operadores, para que eles incentivem e passe confiança para a população, para assim, tratar e solucionar todas as mais diversas peculiaridades que possam vir à tona, de uma maneira ética, comprometida e cooperativa.

Conforme consultado recentemente

Na Argentina o movimento para utilização de métodos mais adequados de resolução de conflitos começou a ser desenvolvido no final de 1990.

Em dez anos a Argentina desenvolveu o Plano Nacional de Mediação, leis foram aprovadas regulando a mediação prejudicial de caráter obrigatório no processo civil e comercial, o Serviço de Conciliação do Trabalho.⁵¹²

Contudo, toda essa prática, juntamente com seu crescimento está alcançando uma grande demanda social, a qual é sustentada por novas respostas do sistema de justiça. A questão econômica e as custas processuais também entram em jogo, trazendo novas estratégias para as justificativas das decisões realizadas.

⁵¹² MEDIAÇÃO internacional: como a mediação é aplicada em outros países? [S.l.], 16 abr. 2018. Disponível em: <https://www.mediacaonline.com/blog/mediacao-internacional-como-mediacao-e-aplicada-em-outros-paises/#_ftn6>. Acesso em: 28 dez. 2018.

TERCEIRA PARTE

SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO



4 DA (IN)POSSIBILIDADE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

Conforme Dra. Michèle Guillaume-Hofnung, a institucionalização da mediação em países de primeiro mundo é um fracasso, em vista do procedimento ao qual rigorosamente pautamos, sem interesses no que diz respeito a números de acordos conquistados. Além disso, países subdesenvolvidos como o Brasil, estão utilizando o exemplo dos países desenvolvidos como Estados Unidos no que tange a prática, mas que a teoria, se enquadra mais do modelo Frances, o que pode gerar problemas na efetividade da continuação de projetos institucionais e também não institucionais⁵¹³.

Muitas vezes, quando as questões que envolvem a institucionalização da mediação são debatidas, muitos prós e contras entram em jogo. Antes de qualquer coisa, é necessário analisar todas as peculiaridades que podem vir a existir perante essa questão. Percebe-se que o Judiciário é o lugar para onde a maioria dos conflitos encontra um lar. Contudo, meios alternativos de resolução de conflitos auxiliariam na sobrecarga existente no Judiciário, reduzindo assim, conseqüentemente a sua morosidade. Junto a isso, seria disponibilizado com a presença da mediação de conflitos, novas formas de acesso à justiça, proporcionando para as partes, um maior poder de escolha. Além disso, todas os acordos realizados nas sessões de mediação seriam acompanhados mais de perto, o que possibilitaria para os envolvidos, uma maior segurança jurídica.

Assim, após serem analisadas essas questões, Daniela Monteiro Gabbay⁵¹⁴ relata:

Por institucionalização da mediação, entende-se a sua implementação, regulação e suporte conferidos pelo Judiciário, quer antes do processo judicial, quer incidentalmente a ele (mediação pré-processual e processual). Isso implica em sua instituição formal por alguma norma (portaria, provimento, resolução, decreto ou lei), com regras acerca de seu procedimento e funcionamento existência de orçamento específico, capacitação de recursos humanos e provimento de cargas para os programas, buscando que a sua continuidade não dependa apenas da iniciativa individual de alguns atores, como do juiz no gerenciamento de processos ou do Presidente do Tribunal no exercício de sua gestão e mandato.

⁵¹³ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013.

⁵¹⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 65.

Percebe-se também, a possibilidade da institucionalização da mediação de conflitos em outros âmbitos, como por exemplo, no Poder Executivo, nos Centros e Câmaras de Mediação e Arbitragem. Contudo, para que toda essa institucionalização ocorra, é necessário o incentivo do Poder Judiciário, juntamente com a criação de alguns programas de mediação e a modificação do pensamento dos profissionais do direito. Assim, com essa mudança de perspectiva acerca da mediação de conflitos, esses profissionais teriam a possibilidade de olhar para essa prática com outros olhos, aplicando-a, conseqüentemente em suas rotinas⁵¹⁵.

Apesar disso, analisa-se uma grande falha na preparação desses profissionais ainda na fase da sua graduação. Isso ocorre principalmente pelo fato de que, atualmente, o Brasil está focado apenas na solução de conflitos por meio de processos judiciais. Com o passar do tempo, essa crença acarretou na “cultura da sentença”, onde todas as controvérsias existentes apenas seriam solucionadas corretamente e de uma maneira eficaz a partir de um processo judicial.

Toda essa questão é apresentada por Daniela Monteiro Gabbay⁵¹⁶:

No Brasil, o movimento de democratização do acesso à justiça, teve como um de seus marcos centrais a criação dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7224/84), posteriormente denominado Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9099/95). Na exposição de motivos da Lei nº 7224/84, definiu-se a democratização do acesso à justiça como facilitação do acesso do cidadão à Justiça por meio da conciliação, simplicidade dos procedimentos, celeridade e economia. A Constituição Federal de 1988 foi também um importante marco institucional no movimento de acesso à justiça, com realce aos papéis assumidos pelo Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, juntamente com outros importantes instrumentos legislativos como a Lei Ação Civil (Lei nº 7347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/1990), propiciaram um maior acesso à justiça no que se refere à tutela dos interesses e direitos individuais e coletivos.

Toda essa questão acima mencionada foi alvo de críticas da parte da população que se mantinha preocupada com a celeridade processual e com os impactos financeiros que a implementação da mediação de conflitos poderia trazer

⁵¹⁵ SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 66.

⁵¹⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 68-69.

para o campo judicial. Contudo, essa insegura ocasionou uma crise no Poder Judiciário⁵¹⁷. Toda essa questão é trabalhada por Daniela Monteiro Gabbay⁵¹⁸:

Em se pensando na função do Judiciário de prestador de serviços e solucionador de conflitos, os programas de mediação e de conciliação podem ser ferramentas importantes à lógica eficientista de racionalizar, otimizar e tornar mais célebre a prestação jurisdicional. Para Owen Fiss, por outro lado, a função primordial do Judiciário não deve ser solucionar controvérsias, mas dar um significado adequado aos valores públicos e reorganizar instituições, atuando assim como um ator político.

Após analisar esses benefícios, é necessário perceber, que a institucionalização da mediação de conflitos poderia trazer para a prática uma visão de segunda classe, como uma ferramenta de aliviar a pressão que o Judiciário possui com os seus processos. Esses quesitos podem frequentemente fazer com que a população analise essas práticas alternativas de resolução de controvérsias como algo com pouca importância e conseqüentemente, ineficaz. Assim, muitos casos que iriam chegar no Judiciário poderiam ser encaminhados para uma sessão de mediação ou de conciliação sem passar pela devida análise. Cabe destacar, que tem todos os casos que entram no Judiciário são passíveis de uma mediação ou de uma conciliação.

Acerca dessas questões, Daniela Monteiro Gabbay⁵¹⁹ destaca:

Sob o argumento da crise do Judiciário, que enfrenta elevada taxa de congestionamento e alto nível de litigiosidade no Brasil, os mecanismos alternativos de solução de conflitos são incentivados como uma forma de acesso à justiça que reduz e filtra os processos que chegam ao Judiciário. A visão da mediação como uma forma de remediar as patologias do Judiciário (morosidade e custos) é refletida pelo famoso ditado de que um mau acordo vale mais do que uma boa demanda judicial.

O discurso de combate a morosidade processual pela mediação e outros meios alternativos, entretanto, não pode perder de vista que quando se abre uma nova porta aos conflitos, esta porta não é apenas de saída (via acordos que extinguem o processo), mas também de entrada de novos conflitos (litigiosidade contida), que podem ganhar visibilidade e gerar demandas no Judiciário, sem que isso deva ser

⁵¹⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 69.

⁵¹⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 76.

⁵¹⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 85-86.

interpretado como algo necessariamente negativo. Também não deve ser uma porta lateral ou dos fundos, mas a porta de entrada principal.

Mesmo assim, no Brasil, tanto a mediação de conflitos como a conciliação estão na pauta do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, no âmbito do Poder Judiciário a mediação de conflitos possui uma forte ligação com o gerenciamento do processo, pois o tempo e o custo dedicados para essas questões seriam muito menores. Perante todas essas questões, a sociedade não pode analisar a institucionalização da mediação de conflitos como algo bom ou como algo ruim. Antes de qualquer coisa, é necessário analisar todos os pontos de ambas as propostas, para que assim, seja possível que toda a sociedade chegue a uma conclusão plausível e que esteja de acordo com as necessidades da população.

4.1 Entre o Institucional e o Comunitário

Após uma correta e coerente análise acerca da possibilidade de institucionalização das práticas alternativas de resolução de controvérsias deve partir do institucional ao comunitário ou do comunitário ao institucional. Assim, percebe-se que a mediação e os conflitos que fazem parte dessa prática podem originar-se nos mais variados ambientes. Portanto, a institucionalização da mediação nos campos do Poder Judiciário pode ser vista como uma forma de incentivo para a prática.

Alguns tópicos sobre a mediação institucional e comunitária, conforme Daniela Monteiro Gabbay⁵²⁰, são analisadas perante a seguinte perspectiva:

A mediação institucional e a mediação comunitária são passíveis de distinção segundo a origem dos terceiros facilitadores da solução do conflito (mediadores estabelecidos no alto ou que se colocam embaixo) e os seus respectivos modos de ação. Os mediadores institucionais e mediadores comunitários, embora distintos devem estar em cooperação, dialogando entre si acerca de suas respectivas práticas e funções, mesmo que cada um esteja atuando dentro da sua esfera e do seu papel.

Percebe-se que a mediação comunitária está voltada principalmente ao fato de permitir que os envolvidos assumam um papel mais ativo nas sessões. Assim, esse método de mediação faz com que muitos conflitos possam vir à tona, conflitos esses,

⁵²⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 96.

que em muitos casos ficariam sem solução, evitando dessa maneira, a litigiosidade contida. Essa, é, portanto, uma forma de proporcionar para as classes médias e pobres, a oportunidade de solucionar as pendências de suas vidas, conforme é apresentado brevemente e de uma maneira clara, por Daniela Monteiro Gabbay⁵²¹: “O fenômeno litigiosidade contida poderia ser extremamente perigoso para a estabilidade social, sendo um ingrediente a mais na “panela de pressão” social, que já estava demonstrando sinais de deteriorização do seu sistema de resistência”.

Assim, analisando a possibilidade da institucionalização dos programas alternativos de resolução de conflitos, percebe-se que a grande maioria está formalmente sustentando por alguma norma ou lei. Baseado nessa questão, Daniela Monteiro Gabbay⁵²² sustenta:

Não se pode dizer que a utilização de administração alternativa de conflitos seja necessariamente uma alternativa à intervenção estatal nesse campo, já que o Estado, através de diferentes agências governamentais, financia a maior parte dos programas estudados, seja diretamente prestando esse tipo de serviço ao cidadão, seja financiando ou estabelecendo convênios e parcerias com organizações civis.

Todos as formas alternativas de solução de conflitos podem ser classificadas por meio de variáveis regulatórias, emancipatórias, estatais e não estatais. Assim, as variáveis regulatórias tratam de questões burocráticas, enquanto que as regulatórias priorizam as características retóricas. Enquanto isso, as práticas estatais e não estatais relacionam-se com as peculiaridades realizadas no campo oficial ou não. A mediação de conflitos está vinculada principalmente à um padrão dialógico, horizontal e participativo. Conseqüentemente, essa questão faz com que as peculiaridades da mediação de conflitos ganhem outro enfoque. Assim, Daniela Monteiro Gabbay destaca: “Mesmo nos modelos alterados do processo judicial, a estrutura da mediação pode veicular em sua gênese um potencial emancipatório, na medida em que a sua lógica subverte o padrão adversarial do sistema”.

⁵²¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 97.

⁵²² GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 100.

Acerca disso, Glauca Foley⁵²³ destaca:

Além da mediação processual ser um instrumento voltado tão somente àquela camada social que tem acesso ao Sistema de Justiça, a intensidade da energia emancipatória que pode ser produzida nas experiências concretas estará intimamente ligada à adoção do espaço comunitário como *locus* preferencial.

Além disso, Daniela Monteiro Gabbay⁵²⁴ ensina:

Há controvérsias sobre o nível de ingerência estatal – especificamente do Judiciário – que deve haver na promoção dos meios alternativos de resolução de conflitos – contrapondo-se o âmbito institucional ao comunitário, a esfera pública e à esfera privada. Esses debates têm por base o papel pedagógico do Judiciário e de suas decisões para a escolha da forma mais adequada de solução de conflitos pelas partes, estando por trás desse protagonismo judicial muitas vezes um argumento de insolidarismo social sob a justificativa da não organização e não mobilização da sociedade civil no gerenciamento e solução de seus próprios conflitos.

A prática da mediação de conflitos, para poder crescer, precisa necessariamente sair da sombra do Poder Judiciário e começar a traçar o seu próprio caminho. Somente dessa maneira ela conquistará o seu espaço, o que conseqüentemente fará com que a sociedade observe essa prática com outros olhos. Assim sendo, caso isso ocorra no âmbito da mediação comunitária, os seus procedimentos serão menos regulados, o que conseqüentemente todos os seus resultados deixarão de ser tão controlados⁵²⁵.

4.1.1 O Devido Processo Legal Mínimo na Mediação

O método que envolve a mediação de conflitos, apesar de ser diferente da sistemática do processo judicial, possui algumas semelhanças com o processo judicial. Entre elas, encontra-se o fato de que ambos possuem um procedimento que precisa ser seguido corretamente, como por exemplo, a voluntariedade das partes e a imparcialidade do mediador. Visto isso, questiona-se a possibilidade ou não da

⁵²³ FOLEY, Glauca Falsarella. **Justiça comunitária**: por uma justiça de emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 82.

⁵²⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 103.

⁵²⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cívicos**. São Paulo: Método, 2008. p. 27.

existência de um devido processo legal na prática da mediação e conflitos, questão essa que é respondida por Daniela Monteiro Gabbay⁵²⁶:

Entende-se que sim, muito embora o devido processo legal na mediação deva ser colocado em termos mínimos, sem gerar uma procedimentalização ou formalização excessiva que vá de encontro à autonomia e flexibilidade do desenho processual da mediação. Esses contornos mínimos são dados pela norma constitucional (garantias processuais), e fazem com que as formas autocompositivas possam ser tratadas à luz da teoria geral do processo.

A prática da mediação de conflitos deve sim, possui o seu devido processo legal, mesmo que o poder de decidir as questões não esteja nas mãos de uma terceira pessoa, como ocorre no processo judicial. Por esse motivo, apesar de o mediador necessitar ser imparcial, ele não necessita justificar ou fundamentar as suas falas e posicionamentos. Contudo, a garantia de confidencialidade de todas as peculiaridades que ocorrem na sessão precisam ser respeitadas, para assim, não prejudicar os outros requisitos da prática, fato esse que é ressaltado por Daniela Monteiro Gabbay⁵²⁷:

Assim, as informações reveladas na mediação não podem ser levadas ao processo judicial, nem pelo mediador, nem pelas partes, e não são consideradas como elementos de prova. Os mediadores também não podem fazer relatórios, avaliação ou recomendação para os juízes ou qualquer outra autoridade que tenha alguma relação com o caso levado à mediação, podendo apenas relatar se houve ou não acordo.

Conforme essa questão, Richard Reuben acredita na existência de uma teoria unitária que gira em torno da Constituição Federal, tanto para os métodos alternativos de resolução de controvérsias, como para o processo judicial. Assim, sustenta que os métodos alternativos de resolução de controvérsias precisam necessariamente ser divididos entre públicos e privados, onde, apenas o público deveria ser sustentado pelo devido processo legal. Essa peculiaridade ocorre, pelo fato de todos esses métodos serem influenciados pelo Estado, sendo necessário a implementação de um procedimento, ou seja, de um mínimo devido processo legal onde os princípios da mediação de conflitos fossem respeitados. Esse novo ambiente de pluralismo

⁵²⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29.

⁵²⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31.

processual, conforme Daniela Monteiro Gabbay⁵²⁸, seria “o movimento da teoria unitária mais no sentido de publicização dos meios alternativos do que privatização do processo judicial”.

Assim, Daniela Monteiro Gabbay⁵²⁹ ensina fortemente:

Um mínimo de devido processo legal não compromete a flexibilidade procedimental, sujeita ao consenso das partes, e a possibilidade de qualquer uma delas poder encerrar a mediação a qualquer tempo e por qualquer razão. Trata-se apenas de uma forma de reconhecer os contornos constitucionais e as garantias dos meios alternativos de solução de conflitos, que também estão sujeitos ao campo da ação estatal. Quanto mais os meios alternativos se expandem no Judiciário, mais se confrontam com questões relacionadas ao devido processo legal.

Todas as questões que envolvem as peculiaridades referentes à minuciosidade com o devido processo legal, estão conseqüentemente relacionadas com um resultado eficaz. Na mediação de conflitos, caso o mediador não possua uma postura correta e não incentive o diálogo entre as partes, será impossível que os envolvidos possam discutir, debater e tratar os conflitos que estão prejudicando as suas vidas. Muitas vezes, não analisar corretamente o devido processo legal e seguir os seus passos de uma maneira pragmática pode levar a invalidação de um acordo realizados pelas partes presentes na mediação de conflitos.

Por mais banais que possam parecer, esses mínimos detalhes estão presentes no Código de Ética⁵³⁰, e precisam ser seguidos. Caso não sejam aplicadas essas regras pelos mediadores ou pelos conciliadores, eles poderão ser excluídos do cadastro e impedidos de atuar como mediadores ou conciliadores no Poder Judiciário. Entretanto, no Brasil, apesar de existir uma Lei que protege a mediação de conflitos, depara-se com o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

⁵²⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 32.

⁵²⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 33-34.

⁵³⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 56.

(CONIMA), que conforme Daniela Monteiro Gabbay⁵³¹, estabelece algumas diretrizes que precisam necessariamente ser seguidas:

O referido regulamento define os princípios básicos a serem observados no processo de mediação, que são: i. o caráter voluntário; ii. o poder dispositivo das partes, respeitando o princípio da autonomia da vontade, desde que não contrarie os princípios da ordem pública; iii. a complementaridade do conhecimento; v. a competência do mediador, obtida pela formação adequada e permanente; vi. a diligência dos procedimentos; vii. a boa fé e a lealdade das práticas aplicadas; viii. a flexibilidade, a clareza, a concisão e a simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos, de modo que atendam à compreensão e às necessidades do mercado para o qual se voltam; ix. a possibilidade de oferecer segurança jurídica, em contraponto a perturbação e ao prejuízo que as controvérsias geram nas relações sociais; x. a confidencialidade do processo.

Por mais que existam regras e procedimentos, algumas etapas e fases da mediação de conflitos não podem confundir-se com o devido processo legal, pelo fato de essas etapas serem estabelecidas entre o mediador e os mediados durante todo o processo de mediação, como por exemplo, na pré-mediação, no início da mediação, na investigação, na agenda, na criação, avaliação e escolha de opções e nas soluções encontradas por ambas as partes. É preciso, portanto, que seja reconhecido o devido processo legal na prática da mediação de conflitos, assim como são reconhecidos os seus procedimentos. Entretanto, acima de tudo, é necessário clareza e equilíbrio para que essa prática possa ser usufruída da forma mais benéfica possível.

4.1.2 Distinções entre os Meios Autocompositivos: mediação, conciliação e negociação

As controvérsias que existem na atual sociedade crescem e modificam-se diariamente. É necessário, portanto, a presença de diversos meios alternativos para a solução dessas questões, pelo fato de que, muitas vezes, nem sempre determinada opção é a escolha mais sábia para tratar determinada questão. Mesmo assim, alguns conflitos não podem ser solucionados por meio de apenas um posicionamento. Ana

⁵³¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 37-38.

Célia e Ronald Guedes Pinto⁵³² falam sobre essa peculiaridade: “As relações sociais pressupõem responsabilidades conjugadas; um fato não ocorre isoladamente; ele vem dentro de uma relação vivencial e dinâmica em que fatores múltiplos interferem”. Os meios possíveis para analisar, tratar e solucionar um conflito, podem ser classificados, portanto, como mediação, conciliação e negociação⁵³³. Assim, a autocomposição, na maioria das vezes, é analisada como uma oportunidade de as partes envolvidas em um conflito tratarem e solucionarem essa questão pendente, conforme destaca Petronio Calmon⁵³⁴:

A autocomposição é a solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito. Distingue-se da tutela jurisdicional porque enquanto esta é uma solução heterocompositiva exercida mediante a imposição de um terceiro imparcial, na autocomposição não há imposição e a solução é parcial. Distingue-se da autotutela porque enquanto esta é imposta por uma das partes, a autocomposição é fruto do consenso.

Quando houver a presença e a influência de uma terceira pessoa imparcial no diálogo, depara-se com a autocomposição assistida, ou seja, com a mediação ou com a conciliação. Entretanto, quando um procedimento presente em um conflito depender exclusivamente de uma relação entre as partes para a produção de um acordo, encontra-se a autocomposição direta, também conhecida como negociação, fato esse que é analisado conforme Petronio Calmon⁵³⁵:

A negociação é uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão) é sempre possível que seja atendido e, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se então o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se, então, de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade.

⁵³² PINTO, Ana Célia Ronald Guedes. O conflito familiar na justiça: mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 65-66, mar. 2001.

⁵³³ PINTO, Ana Célia Ronald Guedes. O conflito familiar na justiça: mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 65-66, mar. 2001.

⁵³⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 48.

⁵³⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 107.

Assim, entre essas três modalidades de solução de conflitos, a conciliação é sustentada no auxílio de uma terceira pessoa totalmente imparcial na tomada de decisões pelas partes interessadas⁵³⁶. Aqui, a figura do conciliador apresenta alguns caminhos para os envolvidos seguirem. Contudo, ele não entra profundamente na origem do conflito e não pode forçar uma escolha e nem impor a sua vontade. Além disso, salienta-se que a todo conciliador atua nitidamente nas questões em que envolvem um diálogo amigável entre os envolvidos, buscando mostrar e sugerir aos envolvidos, o melhor caminho a ser seguido, conforme as suas decisões e desejos. Contudo, apesar de facilitar o diálogo, o conciliador não irá tratar o conflito existente entre as partes, conforme destaca Daniela Monteiro Gabbay⁵³⁷:

A respeito da postura do terceiro imparcial frente à autonomia das partes, o conciliador pode assumir um lugar de poder, pois, embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes, as técnicas que ele utiliza buscam conduzir as partes à realização do acordo. Essa situação é especialmente comum nas conciliações institucionais, como as que ocorrem no Judiciário, tanto nas sessões de conciliação dos Juizados Especiais quando nas audiências de conciliação e julgamento presididas pelo juiz. O conciliador assume um papel na sessão de conciliação diferente daquele assumido pelo mediador na sessão de mediação, onde o protagonismo recai sobre as partes e em sua responsabilidade para decidir o conflito.

Encontra-se também a mediação de conflitos, a qual, é analisada como uma técnica voluntária e confidencial, onde, uma terceira pessoa imparcial auxilia e incentiva um diálogo saudável entre as pessoas interessadas, para que elas possam realmente solucionar essas questões. Assim, investiga profundamente a origem da questão debatida, para poder estimular as partes a explorar o diálogo e posteriormente, a realizar um acordo⁵³⁸.

Analisando essas questões, Águda Arruda Barbosa⁵³⁹ comenta:

Mediação é comunicação, é um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual, uma terceira pessoa imparcial e

⁵³⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 76.

⁵³⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 48-49.

⁵³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação e mediação**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

⁵³⁹ BARBOSA, Ágata Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; ALVES, Leonardo Barreto Morreira (Coord.). **Leituras complementares**: direito das famílias. Salvador: JusPODIVM, 2010. cap. 13, p. 386.

especialmente formada para este mister, ensina os mediandos, por meio de um comportamento adequado no qual verbalizam, tomam a palavra – tornando-se capazes de volver os olhos para o futuro – em lugar de aprisionar o olhar no passado – e, assim, passam a narrar os projetos para uma nova fase da vida daquele núcleo familiar, despertando os recursos pessoais adormecidos

Haim Grunspum⁵⁴⁰ também segue o mesmo raciocínio:

Mediação é um processo no qual uma terceira pessoa, neutra, que é o mediador, facilita a resolução de uma controvérsia ou disputa entre duas partes. É um processo informal, sem litígio, que tem por objetivo ajudar as partes em controvérsia ou disputa a alcançar a aceitação mútua e concordância voluntária. Na mediação as tomadas de decisões e a autoridade ficam inteiramente com as partes. O mediador age como facilitador, orientando as partes na identificação dos temas, engajando as partes na solução dos problemas em conjunto e explorando as possibilidades de acordos alternativos.

Após analisar essas três formas alternativas de resolução de conflitos, percebe-se que todas possuem o seu lado positivo e o seu lado negativo. Mesmo assim, elas são extremamente eficazes no tratamento e na solução de conflitos que pairam sobre a sociedade. Contudo, é necessário que os interessados, possuam clareza para poder escolher a alternativa que melhor se enquadra na sua vida, conforme as suas percepções e os seus objetivos.

4.1.3 A Respeito das Técnicas Autocompositivas e Heterocompositivas no Mundo

Analisando as modificações que ocorrem no mundo do Direito, observa-se que a prática da autocomposição não nasceu para tomar o lugar do processo judicial, mas sim, para se colocar a *latere* dele. Assim, pode existir uma harmônica comunicação entre eles, especialmente no que tange o âmbito da diminuição da sobrecarga do Judiciário. Essa questão é analisada por Paulo Afonso Brum Vaz⁵⁴¹:

A autocomposição pressupõe a justiça e está também se amplia para acomodar a forma consensual da resolução de conflitos de interesses aos casos em que é possível e recomendável. São faces da mesma

⁵⁴⁰ GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar, o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 13.

⁵⁴¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 395-396.

moeda. Melhor dizendo, a autocomposição representa “a outra face da justiça, que, até aqui permaneceu oculta.

A adjudicação, permite, portanto, uma grande possibilidade de análise no texto legal e constitucional, possibilitando assim, uma análise profunda perante o interesse dos sujeitos envolvidos. Entretanto, essa possibilidade pode vir a se tornar um desequilíbrio entre as partes, conforme apresenta Paulo Afonso Brum Vaz⁵⁴²:

A hipossuficiência das partes é um problema comum à autocomposição e à adjudicação. Representações fracas e mal elaboradas tanto podem distorcer um juízo adjudicatório como a levar a um acordo com concessões unilaterais. Por isso, ambos devem albergar mecanismos que permitem arredar os inconvenientes do desequilíbrio de poder entre os conflitantes.

Todo as políticas que visam o tratamento de controvérsias não possuem o intuito de privatizar a justiça, mas sim, de ampliar os campos de horizonte, permitindo que sejam criadas estruturas sistêmicas que aumentem o campo de atuação das práticas alternativas de solução de conflitos, possibilitando para a sociedade a possibilidade mais completa de análise sobre esses meios existentes. Mediar e conciliar é uma tarefa muito árdua, que necessita de tempo e de dedicação, portanto, somente atuando com o coração e com os sentimentos em primeiro lugar é que será possível modificar a forma com que a sociedade observa essas práticas alternativas de resolução de conflitos.

4.1.4 Limites, Riscos e Vantagens da Mediação de Conflitos

Analisando todas as modificações que ocorrem na sociedade, depara-se com uma nova forma de analisar e de observar o poder judiciário. Em meio a toda a crise que permeia a Justiça, percebe-se um questionamento acerca da prevenção e da resolução de demandas. Assim, frente a essas novidades, outras alternativas que fogem do padrão do Judiciário e que proporcionam autonomia para as partes envolvidas em determinado caso, começam a ser debatidas⁵⁴³.

⁵⁴² VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 396.

⁵⁴³ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de estudos judiciários, 2016. p. 366.

Acerca dessa questão, Paulo Afonso Brum Vaz⁵⁴⁴ destaca:

O processo jurisdicional, com sua profunda dependência em relação aos advogados, como representantes de seus clientes, tende a negar-lhes a oportunidade de assumir o controle de sua própria situação, fortalecendo sua expectativa de um veredito da autoridade externa, o juiz. A autoestima e o sentido de competência e responsabilidade que surgem no processo de autocomposição são atributos importantes para proporcionar autodireção, atenuando a necessidade de os conflitantes continuarem a disputa, na medida em que dilui as hostilidades e promove a cooperação entre eles.

O ponto principal e mais benéfico da autocomposição, está na autonomia que é depositada nas partes envolvidas em determinado conflito. Assim, por meio de um diálogo saudável, elas estipulam e decidem o que é melhor para elas, conforme as suas necessidades e interesses. Por essa questão, os vínculos pré-existentes são fortificados, especialmente pelo fato o foco principal não estar em um ganhador ou em perdedor, mas sim, em um ganho mútuo por ambas as partes, permitindo que os envolvidos cheguem sozinhos a um consenso. Todas as decisões tomadas pelos envolvidos, serão transformadas em um acordo, o qual, deverá ser cumprido posteriormente⁵⁴⁵.

A realização de um acordo é analisada como uma característica benéfica da autocomposição, fato esse que é apresentado por Paulo Afonso Brum Vaz⁵⁴⁶:

Assim, uma vantagem recorrente da solução consensual de uma disputa reside na facilitação ao cumprimento voluntário do preceito acordado. Um dos grandes problemas da execução das sentenças judiciais está em que, para o seu cumprimento, é preciso desenvolver uma atividade coercitiva muito custosa na fase de execução forçada. Na autocomposição, ao contrário, a finalização do conflito é pautada e assumida por ambas as partes como a melhor possível, o que conspira favoravelmente ao cumprimento espontâneo.

Assim sendo, a autocomposição permite uma liberdade maior para todos os envolvidos, pois deixa de lado o julgamento apenas focado no direito, para que, as

⁵⁴⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de estudos judiciários, 2016. p. 366-367.

⁵⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação e mediação**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

⁵⁴⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de estudos judiciários, 2016. p. 367.

decisões pessoais ganhem ênfase. Além disso, é importante destacar, que outro benefício da autocomposição está no seu pequeno custo, o que possibilita uma maior acessibilidade para todos os grupos sociais, pois muitas vezes, esse público não possui condições de arcar com as despesas de um processo judicial e nem de uma mediação judicial.

Ademais, esse método faz com que o Estado não possua mais o poder de decisão acerca dos fatos da vida dos cidadãos. Muitas vezes, a população procura imediatamente o Judiciário, deixando de analisar os leques de possibilidades que estão ao seu alcance para resolver determinada questão.

Essa problemática é destacada brevemente por Paulo Afonso Brum Vaz⁵⁴⁷:

A autocomposição sustenta uma política de mínima intervenção do Estado nos conflitos pessoais. A ausência de mecanismos diversos e adequados para resolver os conflitos faz com que se recorra à justiça estatal de maneira absolutamente irracional. O princípio da subsidiariedade determina que as questões devem ser tratadas, sempre que possível, de maneira descentralizada (nível mais baixo). A via judicial (nível mais elevado) deveria ficar reservada aos conflitos absolutamente insuscetíveis de solução consensual. Nesse formato piramidal da solução de conflitos, os tribunais não devem ser o *locus* em que se diz que as disputas começam, mas sim receber o conflito depois de esgotado os outros métodos de resolução, salvo se, pela natureza da matéria controvertida verificada de plano, autocomposição não se revele adequada.

Contudo, apesar dessas questões que foram apresentadas e de facilitar às pessoas o acesso ao processo de autocomposição, não é permitido analisar essa prática como algo elitizada e que irá encerrar com o processo judicial. Ela pode ser analisada sim, como um complemento do processo judicial, mas nunca como única ferramenta. Nasce, dessa maneira, os riscos que nasceriam se fosse implementada no sistema jurídico, uma justiça de duas vias, pois poderia surgir uma diferenciação entre as classes sociais⁵⁴⁸.

Além disso, toda a abertura dessa possibilidade de cidadania deve ser analisada como algo que irá beneficiar as pessoas. Assim, não é saudável apenas analisar a possibilidade de desobstrução das vias judiciais. Essa questão, apesar de

⁵⁴⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de estudos judiciais, 2016. p. 369.

⁵⁴⁸ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 20.

ser importante, não é o elemento essencial para impulsionar o crescimento e a implantação das práticas alternativas de resolução de controvérsias. Dessa maneira, toda a questão que envolve a diminuição do processo deve ser analisada como uma boa consequência para esse método, mas não como o seu único e principal objetivo.

Visto isso, encontra-se a necessidade de a mediação de conflitos fortalecer-se, para assim, conseguir equiparar-se com os outros métodos de resolução de controvérsias. Contudo, é necessário que seja realizado uma análise correta e minuciosa acerca dos casos em que é mais eficaz aplicar o método autocompositivo ou resolver determinada questão por meio do litígio judicial⁵⁴⁹.

A prática da mediação de conflitos, demonstra à sociedade a forma com que, dentro ou fora do Judiciário são encontradas as mais variadas esferas para solucionar, tratar e resolver as pendências existentes em suas vidas. Contudo, é necessário que seja realizado uma correta explicação acerca desses modelos, para que, possam escolher, com harmonia, qual será o caminho mais adequado e benéfico.

4.2 O Direito Comparado como Mecanismo Alternativo de estabelecimento de uma Unificação de um Conceito de Mediação em Pról da Institucionalização

O Direito Comparado tem por função primária adquirir o conhecimento, e como secundária, a utilização dos resultados obtidos para o alcance de objetivos específicos, estudando as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes Estados.

Assim, acerca dessa questão, Paulo Afonso Brum Vaz⁵⁵⁰ destaca:

A experiência do Direito comparado, se tivermos a preocupação de evitar o mimetismo poderá representar, contextualizadamente, um contributo importante para melhor compreensão e aperfeiçoamento no sistema judiciário de solução de conflitos. Nos grandes sistemas jurídicos ocidentais de Justiça, os modelos tradicionais heterocompositivos, como via de solução de conflitos por intermédio de um terceiro com poder de decisão, cada vez mais cedem espaço aos modelos de autocomposição, em que as próprias partes, com a

⁵⁴⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 270.

⁵⁵⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 182.

intervenção ou não de um terceiro - sem poder decisório com função de aproximação - tornam-se os artifícios o desenho das soluções convenientes para os seus conflitos. Embora exista uma manifesta tendência mundializada de se instituir caráter obrigatório para prévia tentativa de solução consensual (mediação a conciliação), como condição para acesso à justiça (condição de procedibilidade), ao que se vê, tal regime não é compatível com a natureza do próprio instituto que pressupõe liberdade e autonomia de ação daqueles que são os “senhores” do conflito, não devemos ser institucionalizada no modelo da justiça brasileira sem embargos das medidas de incentivo que se deva adotar para que se crie uma cultura de autocomposição dentro e fora do Poder Judiciário.

Além disso, seguindo esse mesmo raciocínio, Paulo Afonso Brum Vaz⁵⁵¹ destaca:

Sobretudo, parece ser um equívoco refletir a autocomposição somente com o propósito de desobstruir as vias de acesso à justiça. Isso representa apenas uma das consequências de um projeto muito mais amplo de emancipação, de resgate da autonomia e da autorresponsabilidade das partes conflitantes.

Assim sendo, o referido ramo assume um papel de extrema relevância, servindo de parâmetros de referência para outros Estados. A partir de tais resultados, o direito comparado oferece um grande auxílio para se estabelecer uma igualdade internacional, de modo em que todos sejam iguais, perfazendo-se útil para se compreender as políticas legislativas e todo o contexto histórico de desigualdade já confrontado.

4.2.1 Uma Análise Internacional sobre a Acepção da Mediação de Conflitos

As relações internacionais atribuem à mediação a um regime e funções que a distinguem mal do conceito de conciliação, quando não é o caso específico da arbitragem. Há a concordância em usar os bons escritórios ou a mediação antes de recorrer às armas e encorajar a iniciativa das potências estrangeiras em conflito, quando as circunstâncias são adequadas. Alguns artigos trazem ao papel do mediador indicações sem diferenciar mediação e conciliação. Por outro lado, eles às vezes fornecem indicações sobre mecanismos de mediação. De fato, as funções

⁵⁵¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 65.

cessam assim que há a constatação, por ele mesmo ou por um dos envolvidos no litígio, da sua rejeição. Pesa sobre os mediadores a obrigação de se tornarem instrumentos. Mesmo em caso de falha, seu mandato não acaba: os mediadores devem “aproveitar toda ocasião para tentar restabelecer a paz”⁵⁵².

O comércio internacional utiliza métodos alternativos de resolução de disputas (ADR). Além da arbitragem, a mediação (na realidade, a conciliação) é favorecida pela OMC. Os contratos fornecem cada vez mais frequentes cláusulas de mediação que os tribunais reconhecem se forem previstas precisamente as modalidades de nomeação do mediador, sua remuneração e a condução da mediação. Seus estatutos estabelecem procedimentos de mediação próximos à conciliação ou serviços de perícia⁵⁵³.

A perspectiva do futuro da mediação internacional está em novos campos, em particular aquele do diálogo intercultural, o da construção de uma governança internacional democrática aberta a novos atores. A mediação fornecerá uma ferramenta essencial para promover a cooperação pacífica fomentada por organizações como a Unesco e a mediação intercultural se tornará essencial para o desenvolvimento de normas internacionais de bioética. O poder da mediação repousa na falta de poder/interferência do mediador⁵⁵⁴.

Os novos atores são incompatíveis com o poder, a mediação será desenvolvida por sociedades civis, indivíduos, associações, academias, universidades. Ela se torna um elemento decisivo de governança compartilhada, permitindo às sociedades civis em países beligerantes impor aos governantes, fora dos circuitos clássicos de poder, um fato consumado de paz, sempre sofrem o fato consumado da guerra⁵⁵⁵.

A mediação discreta na Noruega, ocorreu em condições que ilustram bem a natureza da mediação. Ela aconteceu fora da instituição, por iniciativa de uma pessoa desprovida de poder, reconhecida apenas moralmente pelos participantes presentes. A proliferação de candidatos mediadores nos conflitos que perturbam com suas aflições o início do século XXI, confunde pelo número e pelo perfil de alguns

⁵⁵² VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 98.

⁵⁵³ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013.

⁵⁵⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013.

⁵⁵⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013.

postulantes. Não obstante, a mediação pode valer-se de uma determinada antiguidade no campo internacional⁵⁵⁶.

Desde os trabalhos preparatórios no Seminário EuroFen, em Créteil, não podemos mais afirmar que a mediação contemporânea vem dos Estados Unidos. A mediação contemporânea é um avatar vernáculo, situado no tempo, de uma ideia comum a muitas culturas⁵⁵⁷.

O desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos, apesar da variedade de experiências, a literatura as reduz a “Alternative Dispute Resolution”, que possui características comuns, as quais as autoridades públicas apenas seguiram, tais como: predomínio do serviço voluntário, origem privada e não estatal do movimento. Um exemplo de cisão nas práticas da mediação: a distinção entre a mediação depois da condenação do criminoso em liberdade condicional e a mediação antes do julgamento, distinção que a transposição para a Europa negligenciou⁵⁵⁸.

Os programas de mediação não estatais guardam sua independência financeira e funcional das autoridades oficiais. Os conselhos comunitários seguem a tradição americana, que prefere criar uma associação para atuar em vez de reivindicar uma ação estatal. Desta forma, o advogado Ray Shonoltz iniciou o movimento em 1976 em bairro de San Francisc, com o objetivo de ir além do duelo judicial para buscar a paz social, reduzir as tensões sociais e raciais, além da insegurança, por meio da prevenção de conflitos de vizinhança⁵⁵⁹.

A mediação nas relações de consumo tem forte ação estatal, baseada na arbitragem, e, recentemente, com a mediação. A mudança de uma estratégia para a outra se manifesta pela terminologia: do Better Business Bureau (praticando arbitragem), vai-se ao Worcester Country Consumer Mediation Project (WCCMP). Já em 1984, o Ministério da Justiça desencadeou a WCCMP e a mediação, que desempenhou um papel sobressalente em caso de falha nos modos tradicionais, como a conciliação, por vezes os suplantou até o ponto em que a WCCMP terminou por assumir os litígios antes de recorrer aos modos tradicionais⁵⁶⁰.

A onda da justiça alternativa se dá em consequência da necessidade de conter a forte propensão processual dos americanos. O termo mediação é, além disso, muito

⁵⁵⁶ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. Ciaco, Anthemis vie et société, 2013. p. 56.

⁵⁵⁷ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. Ciaco, Anthemis vie et société, 2013. p. 47.

⁵⁵⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013.

⁵⁵⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013.

⁵⁶⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013.

menos utilizado que o da Alternative Dispute Resolution (ADR). A tradução por mediação, embora errônea, gerou uma ideia inversa. Com a regulação não-judicial, os projetos estão prestando maior atenção às disputas entre particulares e órgãos governamentais. Ou seja, nos EUA, conforme dr. Marcelo Rosadila⁵⁶¹ (professor da Universidade de Pepperdine em Malibu – California), não tem as técnicas de tratamento de conflitos bem diferenciadas no momento da aplicabilidade, sendo que entrando na vala das ADRs, o conflito será tratado, se é pela mediação, conciliação, negociação ou outra forma, não influi, o importante é restar em um acordo que seja bom para as partes.

Em Atlanta, nos EUA, em 1974 um advogado abriu um escritório de prática privada de mediação familiar. Em virtude do aumento excessivo de divórcios, sua iniciativa tendeu a estimular a autonomia e o senso de responsabilidade paterna dos candidatos à separação e a encontrar uma solução amigável que evitasse o trauma da intervenção judicial.

O movimento se expandiu tão rapidamente que um censo de 1982 apontou mediadores familiares em 44 Estados membros. A Legislação rapidamente supervisiona essas iniciativas espontâneas. Ao “modelo” canadense, que é para algumas correntes europeias, a referência absoluta, não falta ambiguidade nem deficiências. Enquanto na Europa, algumas correntes consideram como uma referência o conceito estreito que limita a chamada mediação familiar ao gerenciamento da ruptura matrimonial no melhor interesse da família da criança para evitar o “sistema adversário” (justiça)⁵⁶².

A ligação da mediação à conciliação é a principal fraqueza do sistema canadense. A Lei 65 (1997) altera o Código de Processo Civil no que diz respeito à mediação familiar e, assim, o tribunal antes do julgamento e com o consentimento dos envolvidos pode adiar a instrução “com vistas a favorecer seja a reconciliação, seja a conciliação dos envolvidos através da mediação, art. 43 do CPC, ou seja, a mediação aparece apenas como um meio de reconciliação. O Canadá serviu como centro de difusão do modelo ADR desenvolvido nos Estados Unidos e em um momento em que o modelo canadense está em crise, alguns meios jurídicos europeus o transpõem sem espírito crítico e estão caindo no impasse da mediação-conciliação⁵⁶³.

⁵⁶¹ Conversação direta feita via Skype em novembro de 2018.

⁵⁶² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

⁵⁶³ CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. Ciaco, Anthemis vie et société, 2013. p. 81-82.

Na apresentação fenomenológica da mediação, a indicação das distorções – devido a uma tradução errada e sobretudo às deturpações para capturar sua imagem positiva – é essencial. De fato, na França e na Europa, definições confiáveis e reconhecidas da mediação permitiriam identificá-la e garantir o respeito em suas diversas áreas, pois estes conteúdos foram pensados na unidade fundamental do conceito de mediação para serem conduzidos para qualquer setor por simples mudança do adjetivo que caracteriza a mediação⁵⁶⁴.

A terminologia está expandindo, mas nem sempre a mediação. O paradoxo que domina a totalidade da primeira parte é simples: a maioria das práticas possui mediação apenas no nome escolhido por via da conciliação mais ou menos delegada, o que pode obscurecer a unidade fundamental do conceito de mediação. E assim, ela engloba todas as áreas da atividade humana, da mais privada à mais pública, é um fenômeno associado também ao desenvolvimento de modos não jurídicos de resolução de conflitos, mesmo que sua interpenetração crie uma prejudicial indefinição terminológica⁵⁶⁵.

A unidade fundamental da mediação deve muito ao trabalho de J.-F. Six, *Le Temps des médiateurs*, que preserva sua amplitude e destaca todas as suas facetas. De acordo com J.-F. Six, existe a “mediação criativa” que visa criar novos laços entre os indivíduos ou grupos, a “mediação renovadora” que reativa os laços enfraquecidos, a “mediação preventiva” para evitar o surgimento de conflitos e “mediação curativa” para ajudar os participantes em conflito e encontrar a solução. No entanto, as principais formas de mediação podem ser reduzidas em duas: mediações fora de todos os conflitos e mediações conflitantes⁵⁶⁶.

O vínculo social passa pela mediação de um terceiro elemento, pelo objeto, pelo ser e pelo mediado por excelência: a linguagem. A mediação é entendida mais pela falta do que pelo seu bom funcionamento, o que explica por que a mediação do conflito, mais dramática, mascarou a mediação do direito comum. Fora de qualquer conflito, a mediação pode criar laços até então inexistentes ou restaurar vínculos enfraquecidos sem atritos: uma é criativa, a outra é restauradora⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

⁵⁶⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

⁵⁶⁶ SIX, Jean-François. **Le temp de médiateurs**. [S.l.]: Le Seuil, 1990. p. 56.

⁵⁶⁷ SIX, Jean-François. **Le temp de médiateurs**. [S.l.]: Le Seuil, 1990. p. 60.

No campo do conflito, distinguimos entre a intervenção da mediação para prevenir um conflito e a intervenção de uma mediação com objetivo apenas curativo. Ao trabalhar com as palavras usadas pelos parceiros, o mediador os ajudará a formular suas demandas, suas queixas, seus valores comuns ou divergentes. Quando a mediação vem após a ruptura do conflito, ela constitui a mediação restauradora, a mais conhecida.

4.2.2 Escolas de Mediação

Inicialmente, é necessário destacar algumas peculiaridades acerca das questões descritivas e das questões prescritivas. Não existe ainda uma classificação de mediação. As escolas de mediação demonstram estas diferenças inclusive ideológicas, com um caráter descritivo e prescritivo de como a mediação deve ser realizada. De mesmo modo, elas não se restringem às três escolas tratadas a seguir.

Assim, acerca dessa questão, Daniela Monteiro Gabbay⁵⁶⁸ destaca:

Não há uma definição única de mediação nem um consenso quanto a suas características e seus objetivos. Isso reflete a diversidade de pensamentos e perspectivas, e as Escolas de mediação demonstram essas diferenças inclusive ideológicas, com um caráter descritivo e também prescritivo de como a mediação deve ser realizada. Nenhuma definição é mais correta do que a outra, e elas não se restringem às três Escolas tratadas a seguir. Trata-se de receitas e não de seitas.

É comum ouvir-se falar na possibilidade de uma combinação entre os diferentes tipos de escolas de mediação. Entretanto, Hush e Folger consideram que ainda que diferentes teorias sobre o conflito e mediação possam ser válidas, não seria possível combiná-las ou integrá-las de forma coerente. Assim, para esses autores não seria possível haver uma mediação transformativa e ao mesmo tempo voltada ao acordo (settlement-transformative version of mediation). Há por trás disso diferentes visões sobre a sociedade e os conflitos, e é certo que cabe às partes decidirem o modelo a seguir, e o papel do mediador é qualificar esta escolha ao informá-las e deixá-las conscientes sobre os objetivos, premissas e práticas de cada modelo.

⁵⁶⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 50.

Acerca dessa questão, Daniela Monteiro Gabbay⁵⁶⁹ destaca:

De todo modo, é certo que cabe às partes decidirem o modelo a seguir, e o papel do mediador é qualificar esta escolha ao informa-las e deixá-las conscientes sobre os objetivos, premissas e práticas de cada modelo. O mais importante é que as partes estejam de acordo com a forma de mediação a ser seguida.

Após isso, é necessário apresentar a negociação assistida baseada em princípios (problem-solving). Segundo Leonard L. Riskin, é útil analisar a mediação sob dois tipos de abordagens: a abordagem adversarial considera que a negociação é focalizada em recurso limitado - como o dinheiro - e que as partes decidirão se o dividem e como o fazem (os objetivos das partes entram em conflito - o que uma ganha, a outra tem que perder). A abordagem não adversarial (problem-solving), em contraste, procura revelar e compor os interesses subjacentes das partes, ou seja, os interesses que motivam suas posições. Trata-se da diferença entre os modelos distributivo e integrativo de negociação⁵⁷⁰.

O programa de negociação de Harvard (The program on negotiation at Harvard Law School - PON) focou no segundo modelo, e desenvolveu uma alternativa à barganha baseada em posições: um método desenhado para produzir resultados amigáveis e eficientes, denominado negociação baseada em princípios ou negociação baseada no mérito. Esse método de solução de conflito possui quatro orientações centrais: I. (pessoa) separar as pessoas do problema. II. (interesses) focalizar nos interesses em jogo, não na posição das partes; III. (opções) inventar opções de ganho mútuo; IV. (critérios) insistir em critérios objetivos⁵⁷¹.

Estas orientações são muito importantes, surgindo assim, muitas formas de mediação a partir delas. Nesse passo, Leonard Riskin desenvolveu um sistema de classificação a partir de duas variáveis: i. definição do nível de amplitude do problema (restrito ou amplo); ii. forma de atuação do mediador (avaliadora ou facilitadora). Estas duas variáveis correspondem aos dois eixos cartesianos do quadro que o autor montou para analisar as técnicas e orientações do mediador: i.(vertical) papel do

⁵⁶⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 51.

⁵⁷⁰ RISKIN, Leonard L. Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed. **Harvard Negotiation Law Review**, [S.l.], v. 7, p. 13-14, 1996.

⁵⁷¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

mediador - avaliador ou facilitador e ii. (horizontal) definição do problema - ampla ou restrita⁵⁷².

Existem quatro tipos de mediadores (avaliador restrito, avaliador amplo, facilitador restrito e facilitador amplo), não havendo uma divisão rígida entre eles e possuindo um caráter estático que não contempla toda e qualquer postura dos mediadores. Toda essa questão pode auxiliar a sociedade a entenderem a mediação e assim, tomarem boas decisões sobre o tipo de processo que querem que seja utilizado para os quesitos pertinentes de suas vidas, bem como sobre a seleção do mediador ideal para determinado caso. A principal crítica que surge em relação a esta classificação de Leonard L. Riskin, e ao modelo de mediação/negociação de Harvard, é referente à sua orientação acordista - a mediação deveria ser centrada no conflito, e não no acordo.

Após isso, encontra-se a mediação transformativa. Segundo esta escola, os conflitos devem ser vistos não como um problema, mas como uma oportunidade para transformações das partes (no sentido de autoconhecimento e de reconhecimento da importância do outro), possuindo foco mais no processo do que no resultado. Para Luiz Warat, os conflitos nunca somem, apenas se modificam, e o papel do mediador é ajudar as partes para que olhem para o lado e para dentro de si mesmas, sem analisar o conflito como algo exterior⁵⁷³.

A mediação é tratada também como uma mediação transformativa sob a ótica da capacidade de transformar qualitativamente a interação conflitual de uma perspectiva negativa e destrutiva para uma perspectiva positiva e construtiva, o que deixaria os indivíduos mais confiantes de si e ao mesmo tempo mais abertos a perceber o outro, gerando uma transformação individual e social das relações. A conexão relacional e a capacidade de transformar a interação das pessoas em relação ao conflito são elementos centrais da mediação transformativa⁵⁷⁴.

Além disso, Daniela Monteiro Gabbay⁵⁷⁵ brevemente ensina:

⁵⁷² RISKIN, Leonard L. Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed. **Harvard Negotiation Law Review**, [S.l.], v. 7, p. 15, 1996.

⁵⁷³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

⁵⁷⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

⁵⁷⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 55.

As pessoas aprendem a viver em um mundo onde o conflito é inevitável. O empoderamento gera a percepção pelos indivíduos do seu valor e capacidade de tomar suas próprias decisões para lidar com problemas, enquanto o reconhecimento evoca nos indivíduos a sensibilidade para conhecer a situação e a visão do outro. A conexão relacional e a capacidade de transformar a interação das pessoas em relação ao conflito são elementos centrais da mediação transformativa.

Entretanto, Luiz Alberto Warat analisa essas peculiaridades de uma forma mais concreta: a figura do mediador seria um psicoterapeuta de vínculos conflitivos, onde deveria auxiliar os mediandos para que eles se conectem com os seus sentimentos e construam vínculos, de forma autônoma e holística, a partir de sua identidade e sensibilidade. A função da mediação é a de transformar o modo como as partes percebem os seus conflitos, criando uma solução em que as mesmas sejam capazes de lidar autonomamente com a conflituosidade inerente à sua relação, no presente e no futuro⁵⁷⁶.

Assim, sobre a figura do mediador de conflito, Daniela Monteiro Gabbay⁵⁷⁷ destaca:

O mediador deve ter em mente que toda a relação humana é plena de tensões e que nem o conflito pode ser definitivamente resolvido, nem isso é desejável, pois a conflituosidade, é requisito e não empecilho para uma convivência natural e saudável. Por isso, a função do mediador é de transformar o modo como as partes percebem os seus conflitos, de forma a criar uma solução em que as mesmas sejam capazes de lidar autonomamente com a conflituosidade inerente a sua relação, no presente e no futuro.

Em qualquer situação em que a interação entre as partes importe e a qualidade desta interação possa impactar a produzir melhores resultados, mesmo que a relação não seja continuada, a mediação transformativa pode ser aplicada. Há inúmeras técnicas a serem aplicadas, sumarizando o que as partes apresentaram, parafraseando, checando o que as partes elencam como pontos centrais do conflito e o que gostariam de levar adiante, de forma que mesmo quando estão em silêncio, os mediadores não estão inativos.

⁵⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 90.

⁵⁷⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 57.

Assim, Daniela Moteiro Gabbay⁵⁷⁸ destaca:

O quadro pode também auxiliar as pessoas a entenderem a mediação e tomarem boas decisões sobre o tipo de processo que querem que seja utilizado, bem como sobre a seleção do mediador ideal para determinado caso. Além disso, mediadores individuais podem usar um gráfico para refletir sobre o seu próprio trabalho, entendendo que cada abordagem carrega vantagens e desvantagens.

Nos EUA, em 1994, diante de uma situação de elevada litigiosidade, os Correios, um dos maiores empregadores dos EUA, adotaram um programa de mediação transformativa para os conflitos entre seus funcionários no ambiente de trabalho, o U.S Postal Service REDRESS Mediation Program, um programa inovador no ambiente corporativo⁵⁷⁹.

A maior parte dos litígios nos Correios estava ligada à discriminação de empregados, e o volume de reclamações informais chegava a 30.000 por ano. Com o programa, os empregados que apresentassem reclamações de discriminação poderiam optar pela mediação antes de começar o processo formal de investigação interna. A presença na mediação tornou-se obrigatória para os gerentes que tivessem sido nomeados, muito embora eles fossem livres para fazer concessões ou não durante a participação do processo⁵⁸⁰.

Após ser testado em algumas cidades, em 1997 o programa adquiriu status nacional, sendo as mediações realizadas por terceiros neutros. Nos primeiros 22 meses de operação, os resultados foram impressionantes: de setembro de 1998 a Junho de 2000, 17.645 disputas informais foram mediadas pelo programa REDRESS e, destas, 80% foram resolvidas⁵⁸¹.

Além dessa questão, necessita-se frisar que as pessoas vivem em um mundo onde sempre existirá controvérsias e conflitos. A forma com que cada pessoa analisa as peculiaridades que ocorrem a sua volta modificam consideravelmente a sua visão de mundo. Essas questões fazem com que o ser humano empodere-se, permitindo que possam conhecer as duas faces da moeda, ou seja, eles passam a analisar o outro lado da história do seu semelhante.

⁵⁷⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 54.

⁵⁷⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

⁵⁸⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

⁵⁸¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

4.2.3 A Busca por uma Definição Global da Mediação

A mediação de conflitos, entre as suas esferas, possui uma dimensão subjetiva, objetiva e procedimental, a qual é analisada conjuntamente, pois, não é possível pensar em um método de resolução de conflitos que não relacione as partes, o conflito do processo e a forma que as partes irão decidir tratar essa questão. Somente pela comunicação dessas dimensões é que será possível trazer segurança jurídica para qualquer decisão que for tomada⁵⁸².

Assim, analisando essas peculiaridades, Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁸³ destaca:

Em geral, a definição global da mediação é denominada acima de tudo como um procedimento de comunicação ética baseada na responsabilidade e autonomia dos participantes, em que um terceiro promove, através de entrevistas confidenciais, o estabelecimento, o restabelecimento do vínculo social, a prevenção ou solução da situação em questão. Entende-se a expressão vínculo social como aquilo que compõe a sociedade, seja qual for o tamanho do grupo: a família, a empresa, o bairro...

Assim, destaca-se o fato de que, essa definição acima citada, foi elaborada em maio de 2011 pela 3ª turma de mestrado em “Diplomacia e negociações estratégicas” da Universidade de Paris-XI, buscando dar resposta a ordem da Conferencia das OING do Conselho da Europa. Dessa maneira, percebe-se a forte ligação que a mediação possui com a definição de conflito e com as peculiaridades da comunicação. Todas essas esferas estão relacionadas e são dependentes, sistemicamente, uma das outras⁵⁸⁴.

Analisando essa questão, Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁸⁵ ensina:

A mediação cumpre uma função fundamental para restaurar ou estabelecer a comunicação. O conflito não faz parte da definição geral de mediação, mas a definição geral de mediação não exclui a resolução de conflitos. A mediação é ternária na sua estrutura e em seu resultado. Sem o terceiro elemento, a mediação não existe. Essa característica fundamental distingue-a da negociação e da conciliação, que podem dispensar o terceiro. Não existem mediações diretas, a etimologia proíbe o despejo do intermediário. A mediação não se

⁵⁸² GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 21.

⁵⁸³ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 84.

⁵⁸⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 84.

⁵⁸⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 85.

contenta em ser ternária em sua estrutura, ela também o é em seus resultados. O que a distingue radicalmente de conflitos jurídicos que, em casos semelhantes à mediação ternária em sua estrutura – graças ao juiz fora do conflito e indiferente aos parceiros, são binárias em seu resultado: mesmo que o juiz busque a conciliação até o último momento, a missão da justiça lhe obriga a decidir.

Todos os métodos presentes na mediação de conflitos precisam necessariamente seguir alguns critérios, para que todas as questões que envolvem essa prática possam ter analisadas de uma maneira coesa. Dessa forma, entre os critérios da mediação, está a intervenção de um terceiro, distinguindo claramente da negociação ou conciliação, que não se definem pelo terceiro, uma vez que se pode negociar ou conciliar a dois. Na mediação, a presença de um terceiro não é, por si só, constitutiva. Ele deve combinar qualidades específicas (imparcialidade, neutralidade, independência), tendo como objetivo de tornar-se verdadeiramente um terceiro executor⁵⁸⁶. Toda essa questão envolvendo a presença de uma terceira pessoa imparcial é apresentada brevemente por Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁸⁷:

Na mediação, o terceiro desempenha um papel importante, como em muitas teorias, seja na superação da relação dialética, para Hegel, seja na figura do terceiro imparcial, para Simmel. A presença de um terceiro não é, por si só, constitutiva da mediação. Na definição de mediação, ele deve combinar qualidades específicas (imparcialidade, neutralidade, independência), tendo como objetivo de tornar-se verdadeiramente um terceiro executor, um processo realmente ternário (a ausência do poder institucional do terceiro). Toda terceira pessoa não é um terceiro. De fato, em linguagem jurídica, a externalidade é o sinal distintivo do terceiro, então se o terceiro tiver uma relação legal, subordinada ou representativa (este é o caso do advogado), como um dos mediadores, ele não será o terceiro.

Além disso, encontra-se o fato de que, a independência do terceiro não pode ser apreciada in abstracto: ela é avaliada tanto no que se refere às pessoas mediadas quanto a parceiros de peso, as autoridades tutelares públicas ou privadas. Percebe-se, dessa maneira, que em alguns casos, o mediador é apenas o representante do interesse de alguma das partes, sendo, portanto, um mandatário, o que retira o caráter de mediação de conflitos para dar lugar a uma negociação ou a uma conciliação⁵⁸⁸.

Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁸⁹ apresenta essa questão da seguinte forma:

⁵⁸⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 85.

⁵⁸⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 85.

⁵⁸⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 86.

⁵⁸⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 86.

A avaliação da independência do terceiro é particularmente exigente matéria de mediação. Em outras áreas, contenta-se geralmente com a falta de submissão poder hierárquico para se reconhecer a independência; mas ausência de pressão política, moral e financeira também orienta avaliação da independência. Quanto ao mediador, ele também deve garantir sua independência funcional: seu encaminhamento depende da vontade de um poder? É ele encorajado se reportar a uma autoridade na condução de uma mediação? O segredo absoluto do mediador é o elemento de sua independência. O mediador pode aceitar que um procedimento estereotipado e pré-estabelecido lhe seja imposto, em particular a exigência do respeito de um prazo como ocorre para certos mediadores de seguros? Às vezes, o regulamento das empresas proíbe-os a organizar uma reunião com os parceiros. Em certas situações, as condições de remuneração de um mediador não voluntário são com o ponto chave no âmbito da mediação. O voluntariado não é um critério de mediação, mas as condições de uma remuneração devem ser sujeitas a precauções que preservem a independência do mediador.

A neutralidade e a imparcialidade do terceiro não podem ser assimiladas e nem relacionadas com a questão que envolve sentimentos e afetos, pois, todo o procedimento exige uma grande capacidade de distanciamento do terceiro. A imparcialidade, está relacionado com o laço entre o mediador e os mediados, sendo então, uma atitude em relação às pessoas presentes. Entretanto, a neutralidade está intimamente relacionada com a conclusão da mediação, sendo uma atitude em relação aos resultados adquiridos⁵⁹⁰.

A questão que envolve os pressupostos da neutralidade, são sabiamente destacados por Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁹¹:

A neutralidade corresponde à preocupação de não influenciar, seja pelo benefício de uma missão complementar (segurança, assistência, ajuda, equidade, justiça), seja por um resultado que o mediador considere benéfico. A ausência de influência corrobora a autonomia da mediação e de suas funções, bem como a liberdade dos parceiros. O mediador os acompanha em seu projeto sem fazer prevalecer o dele. É por isso que devemos evitar escolher mediadores especialistas em segundo plano, porque eles poucos resistem a postura de especialista. A imparcialidade difere da neutralidade. Ela é analisada na ausência de prevenção, de participantes tomados por antipatia ou afinidade. É o mínimo que pode ser exigido de um mediador, que deve evitar a suspeita de parcialidade.

A ausência do poder institucional do terceiro suscita mal-entendidos e controvérsias, pelo fato de ser muito complicado uma sociedade entender de maneira

⁵⁹⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 87-88.

⁵⁹¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 88.

correta, uma ausência de poder. As objeções baseadas nos contraexemplos de mediadores dotados poder decisivo ou consultivo prejudicam significativamente essa questão. Assim, considerando a outra objeção e o fato de que o mediador possui alguns poderes, como por exemplo o de aceitar uma mediação ou de recusá-la, de estabelecer o quadro e de deixá-lo. Além disso, ele possui também a responsabilidade de garantir a existência e autenticidade da mediação ao longo do procedimento⁵⁹².

O mediador não tem outro recurso do que a autoridade que os requerentes de mediação o conferem, ao abordá-lo, sem a coerção de qualquer instituição. A ausência de poder e a livre escolha induzem nos mediadores a uma atitude ativa e construtiva, facilitando o surgimento de uma solução que lhes pertence para encontrar em completa autonomia. Dessa maneira, todas essas peculiaridades são apresentadas por Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁹³:

O mediador não tem poder, mas uma função de garante ético da realidade da comunicação. A mediação é um contrato baseado na autonomia da vontade das pessoas e do mediador. Ela exige igualdade entre os parceiros. O mediador pode, em sua alma e consciência, pôr fim à mediação, mas os parceiros também podem fazê-lo. A mediação é diferente do julgamento e da arbitragem. O juiz ou árbitro são terceiros, independentemente dos parceiros, mas são intencionalmente habilitados e decidir. O mediador não, o que preserva plenamente a liberdade dos mediadores. A ausência de poder é um fator muito importante, contudo, muitas vezes pensamos que, para alcançar essa condição, é suficiente não dar ao mediador o poder de decisão. A ausência de poder é avaliada de forma mais sutil, perceptível graças a exemplos concretos que trazem a noção do poder induzido.

A autonomia conceitual da mediação requer apenas o terceiro e seu próprio procedimento, fundamentos de sua autonomia conceitual, ela não é uma subcategoria ou mesmo um complemento de algumas técnicas de resolução de conflitos não jurisdicionais. A mediação não é uma negociação, arbitragem, intervenção de autoridade, conciliação, assistência a pessoas em conflito, nem uma transação. Portanto, a mediação necessita continuar com a sua correta classificação, pois possui um conceito preciso e original, que, por meio de sua essência caracterizam as suas peculiaridades.

⁵⁹² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 89.

⁵⁹³ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 89-90.

4.2.4 Definições dos Métodos de Solução de Conflitos Internacional

Conforme já destacado anteriormente, a mediação não é uma conciliação, uma arbitragem ou uma negociação. Visto isso, a autonomia em relação à conciliação faz parte da missão do juiz judicial e administrativo, que lhe confere um escopo menor do que a mediação, uma vez que a missão jurisdicional exige a existência de um litígio. Dessa maneira, ela está em um constante processo de crescimento.

Assim, destacam-se alguns elementos de distinção entre a mediação e as outras práticas de resolução de conflitos. Entre esses elementos, encontra-se o fato de que, a conciliação está ligada à existência de um conflito, enquanto a mediação, em um âmbito internacional, não. Além disso, a conciliação está relacionada tanto aos meios quanto ao resultado de determinada questão, podendo ser imposta por uma autoridade pública.

Partindo desse pressuposto, Guillaume-Hofnung Michèle⁵⁹⁴ ensina:

Mesmo que seja necessário obter o acordo das pessoas, esta possibilidade de pôr em dúvida a precisão dos pontos de vista expressos por elas introduz a verticalidade na relação como conciliador, ao contrário da horizontalidade que caracteriza a intervenção do mediador. Mas é a natureza facultativa do terceiro que certamente distingue a conciliação da mediação, como demonstra essa definição: 'A conciliação é um acordo direto das partes para pôr fim à disputa. Ela pode ser realizada por ambas as partes em uma disputa entre elas sem a presença de uma terceira pessoa. Na maioria das vezes, a conciliação é praticada com a ajuda de um terceiro, denominado conciliador e cujo único papel é fazer com que as partes se encontrem'.

Entre os requisitos de aplicação dessa prática, encontra-se o fato de que a conciliação pode ser realizada sem a participação de uma terceira pessoa, enquanto a mediação não pode fugir do seu modelo originário. Assim, essa relação é destacada por Guillaume-Hofnung Michèle⁵⁹⁵:

Assim, o termo 'conciliação' deve ser preferido ao de 'mediação' sempre que o terceiro não cumprir todas as condições que deve ser absolutamente cumpridas pelo terceiro no contexto da mediação, e em todos os casos em que seu status não lhe garante total liberdade criativa. A maioria dos mediadores de seguros, que devem seguir um procedimento estereotipado que muitas vezes exclui seu encontro

⁵⁹⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 92-93.

⁵⁹⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 93.

com os parceiros e restringe sua atividade por limitações de encaminhamento e prazos, são, portanto, conciliadores.

A autonomia em relação à transação é um contrato especial, o qual, muitas vezes, confunde-se com a mediação de conflitos e faz parte dos contratos sinalagmáticos⁵⁹⁶. Contudo, diferente da mediação de conflitos, as transações que envolvem contratos especiais necessariamente precisam de um objeto pecuniário. Entretanto, analisado a autonomia que envolve a arbitragem, percebe-se que ele não é um modo alternativo de resolução de controvérsias⁵⁹⁷. Essa classificação é realizada por Michèle Guillaume-Hofnung⁵⁹⁸:

É um procedimento pelo qual as partes em um litígio concordam em apresentá-lo a um árbitro cuja decisão concordam antecipadamente em respeitar. Esta é uma derrogação parcial do monopólio da justiça estadual, de uma jurisdição de bases convencional, composta por pessoas privadas escolhidas pelas partes. A arbitragem leva uma decisão arbitral, um julgamento verdadeiro, que tem o valor jurisdicional: não é uma simples opinião. A sentença arbitral, no entanto, não é, por si só, vinculante. Seu respeito dependeria da vontade das partes, se não fosse possível de conferi-la essa força vinculativa pelo procedimento *ex-quatour* perante o presidente do tribunal de grande instância. As categorias de arbitragem são diversas. Assim, o grau de liberdade das partes varia quanto ao recurso à arbitragem, à escolha do árbitro e ao alcance de seus poderes. Existe uma ampla gama de procedimentos entre a arbitragem contratual, o que coloca grande ênfase na disposição das partes em arbitrar, e a maioria das etapas da arbitragem compulsória. Embora, como regra geral, os árbitros estejam vinculados pela regra do direito, eles podem levar em conta a equidade quando as partes lhe confiaram a missão de julgar compositores amigáveis.

Visto isso, percebe-se que a mediação de conflitos não pode ser relacionada com a negociação, pois, a negociação não é ternária, podendo ser realizada somente por duas pessoas. A terceira pessoa imparcial, nesse caso, não é essencial, podendo ser descartada sem prejuízos à causa. Entretanto, a mediação de conflitos é muito prejudicada, pois muitas pessoas relacionam essa prática como sendo algo unicamente não judicial, onde não é necessária a existência de juiz. Antes de qualquer coisa, a mediação está relacionada com o conceito de conflito, ou seja, de uma

⁵⁹⁶ A palavra sinalagmáticos significa uma relação de obrigação contraída entre duas partes em comum acordo de vontades. No Direito, o melhor exemplo para a existência deste instituto é o contrato bilateral (venda e compra).

⁵⁹⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 94.

⁵⁹⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: Puf, 2013. p. 94.

situação conflituosa, fato esse que a distingue gradativamente da técnica da negociação⁵⁹⁹. Além disso, Michèle Guillaume-Hofnung⁶⁰⁰ destaca:

A negociação é a arte de um compromisso equilibrado, enquanto a mediação é a superação de uma nova posição comum, mesmo que na mediação, assim como na negociação, cada um possa fazer concessões para se comprometer. Há uma discussão para aproximar-se. Mas o propósito da mediação não é necessariamente chegar a uma solução mediana.

Visto isso, percebe-se nitidamente, que a prática da mediação de conflitos, pretende analisar delicadamente as questões que envolvem os fatos conflituosos. Assim, além de solucionar essas peculiaridades, ela também trata o conflito de uma maneira sistêmica, analisando o todo e não apenas determinadas questões ou peculiaridades.

4.3 Prós e Contras da Institucionalização da Mediação no Brasil

Juntamente com todas as mudanças que estão ocorrendo no âmbito judicial brasileiro, a institucionalização da mediação de conflitos, como qualquer outra prática, possui os seus pontos positivos e seus pontos negativos. Assim, é necessário destacar, que a mediação, caso fosse institucionalizada, assumiria, conseqüentemente um papel de serviço público, sendo controlada, portanto, pelas entidades jurídicas de direito público. Para alguns, essa questão pode ser negativa, enquanto para outros, pode ser positiva.

Visto isso, analisa-se a possibilidade de a mediação de conflitos fazer parte do poder executivo, como um ministério de mediação, o que traria conseqüentemente, a funcionalização da prática da mediação. Entretanto, todas as formas, peculiaridades e princípios norteadores da mediação de conflitos precisam necessariamente ser preservados e mantidos, para que a sua essência não seja modificada. A modificação dessas questões, sem sombra de dúvida, irá retirar o propósito da prática da mediação de conflitos⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 86.

⁶⁰⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 95-96.

⁶⁰¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 86.

Dessa maneira, Daniela Monteiro Gabbay⁶⁰² destaca:

A institucionalização da mediação apenas pode assegurar o acesso à justiça (processual e de resultado) quando vem acompanhada de outras mudanças. Não obstante, seja importante haver a criação de setores de conciliação e mediação, assim como o direcionamento de conflitos a estes setores e a definição de um momento procedimental e gerencial, destinado a realização da mediação, nada disso produzirá resultados efetivos sem que as partes, os advogados, os mediadores, juízes e júzo se preparem para a autocomposição, sem a profissionalização e a capacitação do terceiro, estabelecimento de remuneração adequada, abertura dos advogados e das partes ao diálogo, e a adoção de critérios adequados à triagem dos conflitos. Essas são algumas das mudanças necessárias para que os avanços legais e institucionais tornem-se efetivos, sem o risco de criar apenas uma etapa procedimental e formal que mais afaste do que aproxime as partes da pacificação do conflito.

Entretanto, é necessário analisar delicadamente, a forma com que o Poder Judiciário está se posicionando diante dessa prática e sua possibilidade de institucionalização. O bom funcionamento do Judiciário, em todas as suas esferas, é um requisito essencial para que esse método de resolução de conflitos cresça e se desenvolva rapidamente. Junto a isso, percebe-se a grande necessidade de os profissionais da mediação realizem uma triagem adequada acerca dos casos que são ou não passíveis de uma mediação de conflitos, pois, nem todos os casos são adequados para esse método de solução de conflitos.

Assim, para que a institucionalização da mediação seja aplicada de uma maneira correta no Brasil, é necessário que muitas coisas sejam modificadas, como por exemplo, as questões que envolvem a morosidade processual e principalmente a postura dos profissionais do direito e de toda a sociedade frente a essa prática.

4.3.1 Dos Riscos da Institucionalização

Entre todas as peculiaridades existentes no âmbito da institucionalização da mediação de conflitos, depara-se com a possibilidade dessa prática ser considerada uma justiça de segunda classe, onde, serviria apenas para solucionar parte da morosidade processual, para que o Judiciário não desperdiçasse seu tempo com

⁶⁰² GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 284.

casos mais simples e não tão importantes. Assim, é preciso cautela pra que a mediação não seja vista como um acesso secundário à justiça e de menor importância⁶⁰³.

Dessa maneira, baseada em Waine Brazil, Daniela Monteiro Gabbay⁶⁰⁴ ensina:

Waine Brazil destaca que quando apenas os índices de acordo e de redução de demandas são utilizados para pedir o sucesso dos meios alternativos de resolução de conflitos, o risco é passar a mensagem de que o Judiciário não quer que os litigantes e advogados o incomodem e sobrecarregem com casos que poderiam ser enviados aos programas de meios alternativos (ADR), ficando fora das Cortes. Assim, com a institucionalização desses programas, como o de mediação, o juiz poderia guardar e direcionar sua energia para outras questões 'mais relevantes'. O risco de uma criação de uma justiça de segunda classe precisa ser evitado ao se desenhar os programas de ADR e definir os critérios pelos quais os conflitos são a eles direcionados.

Entretanto, mesmo no momento em que foi criada a Justiça de Pequenas Causas, hoje conhecido como Juizado Especial Cível, nasceu a possibilidade de essa justiça ser associada a uma justiça de segunda classe, como poderia vir a ocorrer com a mediação de conflitos. Contudo, com o passar do tempo, os Juizados Especiais foram ganhando o seu espaço na esfera judiciária, demonstrando ter uma grande importância no processo de democratização do acesso à justiça. Apesar disso, aplicar na mediação de conflitos a mesma forma de tratamento dos casos como nos Juizados Especiais, seria algo totalmente errôneo, pelo fato de que, na mediação de conflitos, em cada nova sessão, os mediadores deparam-se diferentes conflitos, os quais, precisam ser analisados por diversos ângulos e perspectivas⁶⁰⁵.

Assim, acerca dessas questões envolvendo essas duas esferas, Daniela Monteiro Gabbay⁶⁰⁶ relata brevemente:

⁶⁰³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 82.

⁶⁰⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 82.

⁶⁰⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 84.

⁶⁰⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 84-85.

Notou-se que a conciliação tende a lidar com um volume maior de casos do que a mediação, podendo atuar na esfera das disputas e nos limites do objeto dos processos judicial, com um procedimento mais simples, voltado ao acordo, e sem que a relação entre as partes tenha que ser continuada. Já a mediação trabalha mais profundamente as facetas do conflito e os interesses das partes que estão por trás das disputas, estando voltada as relações continuadas, com um processo que demanda mais tempo e que não tem o acordo como meta, mas apenas como um dos resultados possíveis. Entretanto, quando inseridas no ambiente judicial, tanto a mediação quanto a conciliação estão inevitavelmente sujeitas ao volume de demandas e as perfil de litigância que chega ao Judiciário.

Visto isso, percebe-se a necessidade de identificar corretamente os problemas judiciais antes de encaminhar para um dos meios existentes para a sua solução. É preciso estabelecer critérios de triagem, para que somente os casos passíveis de mediação sejam encaminhados para essa esfera. Assim, devem ser monitorados também, a curto e longo prazo, os acordos realizados nas sessões de mediação, pois, analisar essa prática somente com base nos acordos, irá gerar uma grande pressão dos mediadores sobre as partes, podendo virem a realizarem, acordos pouco benéficos⁶⁰⁷.

Analisando essas peculiaridades Daniela Monteiro Gabbay⁶⁰⁸ apresenta:

Sob o argumento da crise do Judiciário, que enfrenta elevada taxa de congestionamento e alto nível de litigiosidade no Brasil, os mecanismos alternativos de solução de conflitos são incentivados como uma forma de acesso à justiça que reduz e filtra os processos que chegam no Judiciário. A visão da mediação como uma forma de remediar as patologias do Judiciário (morosidade e custos) é refletida pelo famoso ditado de que vale mais um mau acordo do que uma boa demanda judicial. O discurso de combate à morosidade processual pela mediação e outros meios alternativos, entretanto, não pode perder de vista que quando se abre uma nova porta aos conflitos, esta porta não é apenas de saída (via acordos que extinguem o processo), mas também de entrada de novos conflitos (litigiosidade contida), que podem ganhar visibilidade e gerar demandas no Judiciário, sem que isso deva ser interpretado como algo necessariamente negativo. Também não se deve ter uma porta lateral ou dos fundos, mas a porta de entrada ou principal.

⁶⁰⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 85.

⁶⁰⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário; Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 85-86.

Todos os meios alternativos de resolução de controvérsias, apesar das suas qualidades, eles não podem ser observados como um remédio para toda a crise pela qual o Judiciário está passando. Assim, percebe-se que a mediação está intimamente relacionada com a melhora da administração da justiça e com a diminuição da morosidade processual. O correto funcionamento do Judiciário e de sua administração é um dos elementos essenciais para que os métodos alternativos de resolução de conflitos sejam aplicados e desenvolvidos positivamente.

Além disso, encontra-se também pouca adesão voluntária dessa prática pelas Cortes, o que, conseqüentemente reflete em toda a população e em toda a sociedade, pois percebe-se que não estão aceitando positivamente essa prática.

Conforme destaca Daniela Monteiro Gabbay⁶⁰⁹, é possível perceber claramente os efeitos desse posicionamento:

Wayne Brazil também trata dessa questão, apontando a pouca participação das partes quando o programa de mediação é voluntário. Há normalmente desconfiança das partes e dos advogados, medo do desconhecido, de tornar o procedimento ainda mais longo, ter mais trabalho, assumir riscos e sair da zona de conforto em que estão acostumados a agir, além do receio dos advogados de reduzir ou ter que mudar a forma de cobrança de honorários. Assim, acredita-se que, ao menos até que haja uma mudança cultural suficiente para gerar maior adesão voluntária aos meios alternativos ao Judiciário, a melhor abordagem seria torná-los obrigatórios para tipos de casos que, por critérios objetivos, pareçam mais prováveis de se adaptar ao processo de mediação e que reforcem a importância e utilidade dos programas anexos às Cortes. Os casos poderão ser retirados do programa caso as partes demonstrem não julgar apropriada esta tentativa de solução autocompositiva, peticionada ao juiz.

Questiona-se dessa maneira, a possibilidade de aplicar um caráter obrigatório para a mediação de conflitos. Inicialmente, essa característica não parece afetar a percepção da prática para os litigantes, especialmente pelo fato de que, os advogados, por saberem que posteriormente o juiz irá requerer uma sessão de mediação, eles sugerem aos seus clientes essa possível solução antes mesmo de ingressar com a ação judicial⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 86-87.

⁶¹⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 89.

Dessa maneira, analisando os riscos da institucionalização da mediação, é necessário primeiramente evitar o risco de ela passar por um engessamento, devendo existir possibilidades de mudanças e algumas alterações no seu procedimento, conforme constar necessidade, para assim, crescer sempre conforme a necessidade das partes envolvidas.

4.3.2 A Importância da Igualdade dos Princípios da Mediação Judicial e Extrajudicial

Em meio a toda a crise que assombra o Judiciário, encontra-se uma queda na sua eficiência de prevenir demandas. Percebe-se que todo o processo jurisdicional possui uma grande dependência na figura do advogado quanto aos seus clientes, o que retira a autonomia das partes envolvidas em determinada questão, o que aumenta a necessidade de continuarem essas disputas. Assim, entre um dos maiores benefícios da autocomposição, está o fato de que, essa prática, devolve às partes o poder de decisão sobre as suas vidas e conseqüentemente, a sua autonomia.

Toda essa questão é apresentada por Paulo Afonso Vaz⁶¹¹:

A conciliação e a mediação, ao facilitar a resolução de conflitos e estimular a autodeterminação das partes, fortalecem os vínculos e valores democráticos, valorizando a dignidade de quem está em conflito por meio da recuperação da autonomia diante dos contextos decisórios, o que representa incremento do nível de sociabilidade e cidadania. A solução adjudicada, ademais, nem sempre tem a capacidade de alcançar as frágeis e complexas relações interpessoais entre os membros de uma sociedade, prenhe de complexidade e contingências. A autocomposição, ao contrário, se bem conduzida, oferece muito mais condições para selecionar informações e reduzir a complexidade do caso, possibilitando que os próprios envolvidos cheguem a um consenso. Diversamente do processo judicial, a ênfase da autocomposição não está em quem tem ou deixa de ter razão, ou quem ganha ou quem perde, mas sim em construir uma solução que satisfaça as necessidades singulares dos conflitantes, ainda que, por um momento seja necessário ir além do campo normativo ou do direito positivo.

Além disso, encontra-se também a facilidade de uma decisão realizada em uma sessão de mediação, ser devidamente e espontaneamente cumprida. A autocomposição, permite assim, uma maior maleabilidade no que tange as regras

⁶¹¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 366-367.

processuais, permitindo a aplicação do princípio da equidade. Os meios autocompositivos, permitem também, uma maior acessibilidade para a sociedade mais pobre, pelo fato de não possuírem condições de arcar com as altas custas processuais de um processo judicial. Os métodos alternativos de resolução de conflitos, reduzem também, custos econômicos e sociais, como a demora da satisfação das partes frente ao direito lesado⁶¹².

Assim, analisa-se o fato de que, a via judicial, deveria ser reservada e utilizada apenas para aqueles casos insuscetíveis de uma resolução consensual. Essa questão, conseqüentemente reduziria significativamente o número de casos que entram no judiciário diariamente. Contudo, essa questão deve ser apenas uma consequência desejável dos métodos alternativos de resolução de conflitos e não o seu único intuito.

4.3.3 Estilo de Mediação Adotado para o Brasil

A mediação de conflitos não nasceu para substituir o processo judicial tradicional, mas sim, para dar uma opção diferente para dar fim a um conflito. Em virtude disso, Paulo Afonso Brum Vaz⁶¹³ destaca:

Uma análise sistêmica e contextual das técnicas de solução dos conflitos adjudicatórios e autocompositivas permite chegar a uma compreensão mais adequada do alcance e do campo de aplicação de cada uma, remetendo o interessado ao conhecimento do caso posto para a definição do melhor método. Conciliar demanda tempo, é um trabalho kairológico que não se compadece com a pressão, a efemeridade e o açodamento. Sejamos realistas, talvez se tenha que gastar mais do nosso escasso tempo aproximando as partes do que gostaríamos se fossemos proferir sentenças de adjudicação, mas os resultados da autocomposição sempre serão compensadores em termos de democratização do acesso à ordem jurídica justa, resgate da autonomia/autoderminação e atenuação da violência do direito legislado.

Destaca-se a importância da atenção dada as partes e a construção da solução do conflito. O tempo que demanda uma sessão de mediação poderá minimizar o

⁶¹² VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 366-367.

⁶¹³ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 396.

arrastamento de um processo por meses ou até anos. Sem ainda adentrar no assunto da eficácia, na melhora da comunicação e do desprendimento da dependência do Juiz para resolver um problema.

No Brasil, nota-se uma forte influencia da mediação americana, desde que o Juiz de Direito André Gomma trouxe de Harward um modelo para praticarmos. Porém é notável a influencia francesa/europeia sobre o ritual praticado. São duas formas similares porém heterogêneas de trabalhar com as partes conflitantes. Em Paris a mediação privada tomou maior espaço, como sendo uma trabalho autônomo realizado por profissionais competentes. Nos EUA e na Argentina, a mediação institucionalizada foi mais bem difundida, embora na Argentina a mediação tenha ficado um tanto engessada, conforme relata Enrique Zuleta Puceiro⁶¹⁴.

A mediação no Brasil ainda está se fortalecendo, ganhando espaço, recentemente saiu no site do CONJUR, que o MEC mantém o curso de Direito em 5 anos e aprova a mediação como disciplina obrigatória⁶¹⁵. Esse é mais um ponto para o reconhecimento da mediação. A mediação brasileira, do ponto de vista da pesquisa, tende a ter maior força no âmbito privado, visto que mesmo já estando configurada como lei obrigatória nos tribunais, ainda existe alguns que menosprezam e não fazem boa utilização da mesma.

⁶¹⁴ PUCEIRO, Henrique Zuleta. Profesor Titular Ordinario de las cátedras de Teoría General del Derecho y de Sociología en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Preside la consultora especializada en investigaciones sociales aplicadas Ibope OPSM. Ha sido profesor visitante en el Ciclo de Doctorado de la Universidad Complutense de Madrid (1975-1984) y en el Departamento de Gobierno de la Universidad de Harvard (1987-1991). En el mismo periodo fue Visiting Fellow del Center for International Affairs, en la mencionada universidad. Es miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en representacion del claustro de profesores. Es miembro de la Comisión Ejecutiva del Instituto Cultural Argentino Norteamericano (ICANA), del Consejo Asesor de la Asociación Cívica CONCIENCIA, del International Advisory Board del Eisenhower Exchange Program, del Consejo Directivo de ESEADE y del Consejo de Administración de la Fundación Premio Nacional de Calidad. Es Académico de Honor de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España y miembro del American Law Institute. Es consultor en temas de desarrollo social y de reformas del sistema de justicia del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo. Entre 1987 y 1989 fue Subsecretario de Asuntos Institucionales del Ministerio del Interior. Trabaja actualmente en temas de reforma del Estado, nuevas regulaciones, privatizaciones y campos diversos del desarrollo social. Ha publicado cinco libros y mas de cien monografías y estudios en temas de su especialidad. Colabora de modo permanente en los principales periodicos y revistas de la Argentina.

⁶¹⁵ VALENTE, Fernanda, MEC mantém curso de direito em 5 anos e aprova novas disciplinas obrigatórias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/mec-mantem-curso-direito-anos-aprova-novos-cursos>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

5 CONCLUSÃO

Após a investigação do tema foram analisados dados de maneira lógica, experimental e bibliográfica sobre a mediação no direito comparado: Brasil, França, Estados Unidos e Argentina. Contudo, no aspecto procedimental, os métodos históricos, tipológicos, funcionalistas e estruturalistas foram a base para desenvolver este trabalho.

Na primeira parte tratou-se da mediação brasileira e do tratamento de conflitos, dando abertura para uma narrativa a respeito de uma nova concepção de direito, coloca-se em evidência as diferenças entre o rito tradicional jurídico e a mediação de conflitos. Sobre a sensibilidade indispensável a um mediador (que prioriza a satisfação de todos os participantes) e a insensibilidade necessária a um operador do direito (que prioriza a vitória da parte que lhe corresponde, devendo priorizar a codificação e o cumprimento desta).

Na segunda parte analisou-se a mediação de conflitos no direito comparado. Ilustrou-se por meio de uma pesquisa realizada em quatro países para dar amplitude sobre a prática: EUA, França, Argentina e Brasil, para que analisadas as diferenças e semelhanças entre os rituais, juntamente com os resultados da mediação de conflitos, os países pesquisados pudessem vir a ser modelos de mediação, visto que habitualmente são mais citados nas bibliografias sobre esse tema e também por consequência do maior fluxo comunicativo entre a pesquisadora e mediadores destes lugares. Agradeço pela freqüente conversação e pelas trocas enriquecedoras realizadas com os mestres: *André Gomma (um dos precursores de projetos sobre mediação, tendo formação em Columbia – NY, EUA) e Marcelo Rosadilla (Mediador/negociador e professor na maior universidade de Mediação dos EUA – Califórnia/Malibu); *Michèle Guillaume-Hoffnung (mediadora e professora, expoente em mediação de conflitos em Paris); e o mais recente, *Dr. Enrique Zuleta Pulceiro (pesquisador profícuo em mediação na Argentina).

Na terceira parte a pesquisa da mediação foi aprofundada sob a análise dos procedimentos internacionais melhor acolhidos pelo Brasil e sobre a (im)possibilidade da adequação do direito para a institucionalização da mediação no judiciário. Buscou-se analisar com rigor quais os exemplos que estamos agregando para conseguirmos vislumbrar os caminhos que estamos trilhando. O direito (positivo dogmático), assim como a mediação, não é perfeito e esse trabalho desejou mostrar que apesar das

limitações de ambos, eles precisam coexistir, pois são tratamentos diferentes dados a um conflito, talvez tentar institucionalizar a mediação (adequar a mediação aos ritos tradicionais jurídicos), seria o mesmo que tentar adequar o direito (rito tradicional jurídico) a mediação.

A tese elaborada evidenciou as formas de mediação realizadas nos países pesquisados, observando suas características e peculiaridades, esclarecendo que a mediação que vem sendo realizada institucionalmente e de modo privado em muitos países do mundo são diferentes. Buscou-se evidenciar os rituais utilizados no Brasil, nos Estados Unidos, na França e na Argentina. Os países escolhidos tiveram prioridade por consequência do maior fluxo comunicativo entre a pesquisadora e mediadores destes territórios. A análise realizada permitiu um melhor espectro dos exemplos que estamos agregando (de quais países estamos nos aproximamos no quesito realização e resultado) e utilizando de fato na prática da mediação extrajudicial e judicial brasileira, dando visibilidade do caminho que está sendo trilhado, podendo observar o seu desempenho. A mediação não é perfeita, ela necessita da observação ternária para a descoberta da existência do real sentimento do outro. Os territórios/países pesquisados demonstram que as partes conflitantes corroboram com reações emocionais semelhantes frente aos conflitos, coadunando com a ideia de que o código ternário é a base do conceito filosófico de mediação, demonstrando a importância de aperfeiçoar a sensibilidade, melhorando e ampliando a percepção de diversos pontos de vista.

Foi empregado o método sistêmico e a análise comparada. O método sistêmico aplicado permite uma abertura cognitiva maior, permitindo que se observe a definição da mediação pelos seus princípios e pela forma na qual ela é realizada, pois somente através dessa rigorosa análise do seguimento da aplicação é que se pode determinar o sucesso ou insucesso da mesma e da sua institucionalização no Brasil.

Historicamente, o direito brasileiro está centrado e focando principalmente no sistema *Civil Law*, contudo, possui algumas peculiaridades do direito europeu. Mesmo assim, o sistema brasileiro e a sua Constituição apresentam características presentes no sistema *Common Law*. Assim, a Constituição de 1988, englobou o famoso “*due process of law*”, introduzindo assim, uma súmula vinculante EC n. 45/2004, com características parecidas com o “*stare decisis*” presente nos Estados Unidos. O Juizado de Pequenas Causas, conhecido pela Lei nº 7.244/84, o qual é conhecido

pela Lei dos Juizados Especiais, pela Lei nº 9.099/95, também foi trazido dos Estados Unidos, através do modelo “*small claims Court*”.

Todas essas peculiaridades foram essenciais para que, além da mediação, a arbitragem brasileira alcançasse outros âmbitos, principalmente com a Lei nº 9.307. Com isso, o Brasil passou a adaptar-se também com uma outra experiência internacional, conhecido como “*amicus curiae*”.

Contudo, nos Estados Unidos a mediação, há mais de 40 anos, tornou-se obrigatória, sendo uma experiência extremamente construtiva e integradora, pois, a mediação é uma forma peculiar e eficiente de composição de litígios caracterizada pela intervenção de um terceiro, o qual é classificado como mediador e que conduz as partes à um diálogo amigável e sereno, para que elas próprias encontrem a solução ou resposta para suas dificuldades e conflitos.

Nos Estados Unidos, não muito diferente da Argentina e da França, os métodos alternativos de resolução de conflitos estão estabelecidos e elencando em um programa privado, em tribunais federais, estaduais e também locais. Apesar de eficiente e obrigatória, muito ainda se questiona sobre as consequências dessa obrigatoriedade imposta pelas Cortes perante essas práticas, as quais podem ser tanto judiciais, como particulares.

Percebe-se, dessa maneira, que essas peculiaridades da lei refletem principalmente na sociedade civil, pois, tudo, inicialmente terá que ser submetido a um mediador particular ou nomeado pelo juiz, para somente depois ocorrer, se necessário, a interferência do Judiciário. Contudo, muitas pessoas ainda destacam essa questão como uma inconstitucionalidade, pois, essa obrigatoriedade da mediação bate de frente com o princípio constitucional de que nenhuma lei poderá proibir o livre acesso do cidadão à jurisdição.

Além disso, no Brasil, há uma confiança no posicionamento de um juiz e do judiciário, não dando tanta importância, por essa questão, para a autonomia que possuem em si mesmas. Percebe-se assim, que isso é uma peculiaridade cultural no nosso país, da necessidade da presença do juiz, o qual é procurado e considerado como um intermediador de conflitos ou criador de uma solução (boa ou não para as partes), apesar de todas as dificuldades por que sofre a estrutura judiciária brasileira.

A prática da mediação já prevista em seu projeto de lei e no Código de Processo Civil, terá uma certa eficácia, pois, as partes, a partir do momento em que ingressarem na Justiça, lhes será concedido um determinado prazo para a tentativa

de resolução da controvérsia por meio da mediação. Assim, será escolhido, um mediador particular ou um mediador ligado ao aparato judicial. Entretanto, caso não exista a tentativa de mediação prévia, o juiz suspenderá o processo judicial já em andamento para que, um mediador conduza a mediação visando o fim da demanda.

Nos Estados Unidos, como já foi afirmado anteriormente, a mediação é obrigatória pelos tribunais e obteve grande sucesso. No Brasil, a Lei da mediação será muito importante para a implementação de um melhor modelo de tratamento dos conflitos, especialmente no que tange o seu caráter de obrigatoriedade. Apesar disso, somente o tempo dirá se esse quesito será bem aceito ou não no nosso país.

Mesmo com toda essa incerteza, entre todos os meios alternativos de solução de conflitos, a mediação é técnica que mais permite ao cidadão a tomada de decisão nos rumos da sua vida privada, o que certamente trará consequências para o meio em que convive e para o seu entorno. Isso ocorre, pois a técnica da mediação, diferente do procedimento judicial, permite que as partes, com o auxílio do mediador, decidam tranquilamente sobre o resultado final da controvérsia, o que traz responsabilidade pelas suas decisões e pelo cumprimento das peculiaridades que foram estipuladas por livre e espontânea vontade.

Assim sendo, provavelmente, o sucesso da implementação da mediação nas regiões pesquisadas não está focado apenas na existência de uma legislação específica sobre o tema, mas também no alto nível de desenvolvimento educacional da população, pois esse é um ponto que auxilia para a sucesso ou insucesso dessa prática ou de qualquer outra técnica alternativa de solução de conflitos no Brasil. Sabe-se também, que a sociedade brasileira é marcada por inúmeras desigualdades sociais, por corrupção, por violência, pelo desrespeito às leis, e outros aspectos negativos que acabam por gerar na população uma descrença geral nas instituições e nos métodos alternativos de solução de controvérsias.

A mediação e os outros métodos de resolução de conflitos, são vistos, portanto, como uma das saídas encontradas para sanar os problemas que assombram a população. Mesmo que isso não seja possível, ao menos essas questões poderão ser abrandadas, juntamente com a descrença na eficácia apenas do Poder Judiciário, e conseqüentemente da justiça brasileira.

Dessa forma, a mediação jamais deverá ser entendida como a solução mágica para todos os problemas que impedem a realização de justiça no Brasil, mas sim como uma alternativa para que em certos conflitos, seja possível encontrar a

melhor escolha de solução para e pelas partes, buscando a melhoria do serviço jurisdicional.

Contudo, não é possível não reconhecer as vantagens apresentadas pelas formas alternativas de solução de conflitos (ADR) do direito norte-americano se comparadas ao sistema judicial, pois elas foram semeadas com as esperanças retiradas daqueles que encontram dificuldade em compreender as fases do processo judicial, o qual é grotesco ao impor respeito, e caro demais para obter resultados práticos. Assim, os processos judiciais não justificam seus custos, ou seja, há muitas leis e pouca Justiça, há muitas normas e poucos resultados.

Ainda, nota-se que a Rede Judiciária da União Europeia (França) traz elementos bastante avançados para solução de conflitos, notadamente quanto a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos. A Rede Judiciária da União Europeia quanto ao tratamento adequado de conflitos/disputas mostra-se como exemplo dinâmico a ser seguido pelo Brasil e Mercosul, especialmente, no que tange a adoção de métodos de resolução de disputas, trazendo um aspecto evolutivo na metodologia adotada para o tratamento de conflitos via mediação, traçando fases e princípios específicos para o correto e eficaz procedimento da mediação.

Por fim, na tentativa de dar uma definição global da mediação, observam-se os princípios que regem a sua prática, pois as técnicas utilizadas garantem flexibilidade e abertura comunicativamente, evitando o engessamento do ritual (o direito sobrepõe esse efeito sobre a mediação), podendo ele se desenrolar conforme as partes reagirem e se comportarem. Isso, pragmaticamente, irá definir a mediação. Por fim, a conclusão é de que a definição global da mediação se dá através dos princípios seguidos pelos mediadores e pela condução que é dada independente do país, tribo, faixa etária ou classe social. Isso evidenciará o sucesso/insucesso e a diferenciação entre a mediação privada, outros meios consensuais de resolução de conflitos e a mediação institucional, em qualquer parte do mundo.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVES JUNIOR, Sergio Antonio Garcia. Lei uniforme de mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARGENTINA. Ley 26.589 mediacion y conciliacion. Buenos Aires, 15 de abril de 2010. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 6 mayo 2010. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/83741/92712/F26304469/ARG83741.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2018.

ARISTOTELES. **Politique, II**, 3, 1282. Introduction, notes et index par J. Tricot. Paris: Jvrin, 1987.

ARNOULD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições filosóficas do direito e do estado. Tradução de Patrice C. Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.) **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça, 2013.

AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4.

BARBOSA, Ágata Arruda. Mediação familiar: Instrumento para a reforma do judiciário. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Morreira (Coord.). **Leituras complementares**: direito das famílias. Salvador: JusPODIVM, 2010. cap. 23.

BARRETO, Vicente Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2013.

BARRETTO, Vicente de Paulo; PINTO, Gerson Neves. **O direito e suas narrativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BERTASO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). **Diálogo e entendimento**: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012. v. 4.

BIDIMA, Jean-Godefroy. **La palabre**: une juridiction de la parole. [S.l.]: Michalon, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil brasileiro: Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174276278/lei-13105-15#art-165>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

BUSH, R.; FOLGER, J. **The promise of mediation**. San Francisco: Jossey-BassPublishers, 1994.

CALIFORNIA. **Code of civil procedure – CCP**. Disponível em: <<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CCP>> Acesso em: 07 nov. 2018.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CARVALHO, Joana Campos. **A conciliação judicial**. 2009. 47 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses) -- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: <www.academia.edu/16354809/A_Concilia%C3%A7%C3%A3o_Judicial>. Acesso em: 10 out. 2018.

CASTELAIN, Bernard. **De l'autre coté du conflit: la médiation**. Limal: Anthemis, 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. **Modos alternativos de resolução dos litígios**: informações gerais. [S.l.], 30 abr. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gen_pt.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação e mediação**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de justiça em números**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programaseaco-es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 04 nov. 2018.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupo de Pesquisa, 2004. v. 4.

D'ANTIN Martine Bourry; PLUYETTE Gérard; BENSIMON, Stephen. **Art et techniques de la mediation**. Paris: Litec. p. 23.

DELGADO, José et. al. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários (CJF), 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EUROPEAN UNION. **98/257/EC**: commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance). Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX: 31998H0257](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998H0257)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Ovivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

FISS, Owen. Against settlement. **Yale Law Journal**, [S.l.], v. 93, 1984.

FISS, Owen. Contra o acordo. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.) **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. de Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FOLEY, Glaucia Falsarella. **Justiça comunitária**: por uma justiça de emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GAGLIETTI, Mauro; WILANI, Sheila Uhlmann; COSTA, Thaise Nara Graziottion. A mediação de conflitos diante da sociedade conjugal: pressupostos da teoria do discurso de Habermas. In: GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália Formagini. **Direito contemporâneo em pauta**. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: EDIURI, 2012.

GANDHI, Mohandas Karamchand. **A roca e o calmo pensar**. São Paulo: Palas Athena, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6: Direito de família.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. Coimbra: Almedina, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SADEK, Maria; Watanabe, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/paz/ongoing-projects.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar, o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTr, 2000.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. I y II. 4. ed. España: Taurus, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas do site**. Rio De Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/novo-portal-estatisticas-do-site.html>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Textos Filosóficos, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Planejamento estratégico do poder judiciário. **Revista Justiça & Cidadania**, [S.l.], n. 135, 2011. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Edições Veja, 2001.

LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MASSUCI, Alfonso. El procedimiento de mediacion como médio alternativo de resolucion de litígios en el derecho administrativo: esboço de lãs experiências francesa, alemã e inglesa. **Revista de Administracion Publica**, Madri, n. 178, p. 18, enero/abr.2009.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Buenos Aires, Lumen, 2003.

MEDIAÇÃO internacional: como a mediação é aplicada em outros países? [S.l.], 16 abr. 2018. Disponível em: <https://www.mediacaonline.com/blog/mediacao-internacional-como-mediacao-e-aplicada-em-outros-paises/#_ftn6>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MORAIS, José Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos**: novos paradigmas de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.9, n. 26, p. 23, out. 1994.

NASH, John. Equilibrium points in n-person games. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, [S.l.], v. 36, n. 1, Jan. 15, 1950.

NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 78-108, jan./jun., 2011.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

LOUDIN, Federica. Critique de la législation française relative à la médiation. In: CASTELAIN, Bernard. **De l'autre côté du conflit**. [S.l.]: Anthemis, 2013.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008**: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32013L0011>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

PEREIRA, Ana Lúcia; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço; PASQUALIN, Roberto. O CONIMA e a mediação. In: MARODIN, M.; MOLINARI, F. (Org.). **Mediação de conflitos**: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006. cap. 1.

PETRAGLIA, Izabel Cristina. **Edgar Morin**: a educação e a complexidade do ser e do saber. Petrópolis: Vozes, 1995.

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

PINTO, Ana Célia Ronald Guedes. O conflito familiar na justiça: mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 65-66, mar. 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD no Brasil). **Estudo qualitativo sobre boas pratica em mediação no Brasil**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/recrutamento/20140428_1130.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. Artigo no prelo para publicação em livro.

RESTA, Eligio. **Direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RISKIN, Leonard L. Understanding mediators' orientatios, strategies and techniques: a grid for the perplexed. **Harvard Negotiation Law Review**, [S.l.], v. 7, p. 13-14, 1996.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. In: ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. In: ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. A trajetória de Warat e a influência de Kelsen para uma concepção de mediação na observação do direito. In: BRAVO, Alvaro Sanchez; CERVI; Jacson Roberto (Org.). **Reflexões contemporâneas sobre direitos humanos**. 1. ed. Santo Ângelo: FuRI, 2016. v. 1.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, p. 111-130, 2014.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação e direitos humanos. In: HOLANDA, Ana Paula Araujo de (Org.). **Direitos humanos**: histórico e contemporaneidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 2, p. 319-344.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. Mediação em Warat: releitura sistêmica da ecologia do desejo. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, S. M. U. WARAT: de Kelsen á mediação. In: LOIS, Cecilia Caballero; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Org.). **Da teoria da norma á teoria do ordenamento**: o positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 1.

ROCHA, Leonel. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livro do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RODRIGUES, Silvia. **Arbitragem e mediação**: a reforma de legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**. [S.l.]: Seuil, 2011.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes Sales. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

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

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007.

SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014.

SCHNITMAN, Dora Fried; LIRRLEJOHN, Stefen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

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

SIX, Jean-François. **Le temp de médiateurs**. [S.l.]: Le Seuil, 1990.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da jurisdição e a cultura da paz**: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 5., 2011, Porto Alegre. **Anais eletrônicos...** Porto Alegre, 2011. Disponível em:

<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Web/978-85-397-0173-5/Sumario/3.1.4.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2018.

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

TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

THE EUROPEAN PARLIAMENT; THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1527012857311&text=mediacao&scope=EURLEX&type=quick&lang=pt>>. Acesso em: 22 maio 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Mediação nos Estados-Membros - França**. Luxemburgo, 3 fev. 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-pt.do?member=1>. Acesso em: 2 nov. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Panorama da mediação na UE**. Luxemburgo, 26 out. 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-pt.do>. Acesso em: 2 nov. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Princípios fundamentais**. Luxemburgo, 14 fev. 2018. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_key_principles_and_stages_of_mediation-383-pt.do>. Acesso em: 2 nov. 2018.

UNITED STATE. Government. **Federal rules of civil procedure december 1, 2017**. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf> Acesso em: 07 nov. 2018.

VALENTE, Fernanda, MEC mantém curso de direito em 5 anos e aprova novas disciplinas obrigatórias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/mec-mantem-curso-direito-anos-aprova-novos-cursos>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos judiciários, 2016.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e prática – guia para utilizadores e profissionais. 2. ed. Lisboa: Agora Comunicações, 2005.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, n. 12, p. 195-196, enero/jun. 2007.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ANEXO A - LEI DE MEDIAÇÃO BRASILEIRA

Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Vigência

Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

CAPÍTULO I DA MEDIAÇÃO Seção I Disposições Gerais

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.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

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.

Seção II
Dos Mediadores
Subseção I
Disposições Comuns

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

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.

Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

Subseção II

Dos Mediadores Extrajudiciais

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.

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.

Subseção III

Dos Mediadores Judiciais

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.

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.

Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

Seção III

Do Procedimento de Mediação

Subseção I

Disposições Comuns

Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Art. 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

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.

Subseção II

Da Mediação Extrajudicial

Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;

II - local da primeira reunião de mediação;

III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

§ 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

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

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

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

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

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

§ 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus

serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação.

Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

Subseção III

Da Mediação Judicial

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nºs 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes,

homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo.

Art. 29. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

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 abrangida 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.

CAPÍTULO II

DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Seção I

Disposições Comuns

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Seção II

Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza

administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

III - quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

~~Parágrafo único. O disposto no inciso II e na alínea a do inciso III não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.~~

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016) (Produção de efeito)

Art. 39. A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

CAPÍTULO III DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. A Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, bem como manter relação de mediadores e de instituições de mediação.

Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

Art. 43. Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

Art. 44. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

§ 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

§ 3º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.

§ 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput.

§ 5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir

a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados.” (NR)

“Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação é restrita a órgão colegiado formalmente constituído, composto por pelo menos um dirigente estatutário.

§ 2º O acordo de que trata o caput poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o limite máximo de sessenta.

§ 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo.” (NR)

Art. 45. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 14-A:

“Art. 14-A. No caso de determinação e exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da administração pública federal, a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União é considerada reclamação, para fins do disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”

Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial.

Art. 48. Revoga-se o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Brasília, 26 de junho de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Joaquim Vieira Ferreira Levy

Nelson Barbosa

Luís Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.6.2015

ANEXO B - LEI DE MEDIAÇÃO AMERICANA

Diferentemente do Brasil, não existe uma lei Federal que "reja os tratamentos de conflitos". Primeiro porque como é um país de Common Law, a codificação é muito pequena - e a jurisdição vem mais da jurisprudência prévia. Segundo, porque é uma federação, o que significa que cada estado regula atos independentemente.

Portanto, não existe uma lei federal como a que procuras. Teria que buscar esta de algum Estado em particular. Mas muitos não têm tal tipo de legislação. A California, por exemplo, não possui lei alguma sobre como "reger os tratamentos de conflitos", se estas forem as formas "alternativas". Se não, para procedimentos judiciais, terá, sim, acesso ao Código de Processo Civil de cada estado, assim como o Federal Rules of Civil Procedure.

Segue exemplo da sua divisão:

The Code of Civil Procedure of California CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CCP

TÍTULO DO ATO

(Título promulgado em 1872)

Este ato será conhecido como o Código de Processo Civil, e é dividido em quatro partes, como segue:

Parte I.	Dos tribunais de justiça.
II.	De ações civis.
III	De processos especiais de natureza civil.
IV.	Disposições Diversas.

(Alterado por Stats. 1965, cap. 299.)⁶¹⁶

Outro exemplo também é a Federal Rules of Civil Procedure.⁶¹⁷

⁶¹⁶ CALIFORNIA. **Code of civil procedure – CCP**. Disponível em: <<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CCP>> Acesso em: 07 nov. 2018.

⁶¹⁷ UNITED STATE. Government. **Federal rules of civil procedure december 1, 2017**. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

ANEXO C - LEI DE MEDIAÇÃO DO PORTAL EUROPEU E FRANCES

MEDIAÇÃO

É possível resolver um litígio sem recorrer a um tribunal. Se não conseguir resolver o litígio pelos seus meios, pode considerar a possibilidade de recorrer à resolução alternativa de litígios («RAL»), nomeadamente a mediação.

A mediação pode ser definida como um processo estruturado através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de uma parte terceira neutra e qualificada ("mediador"). Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

O mediador ajuda as partes a chegarem a acordo sem expressar efectivamente nem formalmente uma opinião sobre as soluções possíveis para o litígio.

Durante a mediação, as partes são convidadas a encetar ou reatar o diálogo e a evitar confrontos. As partes escolhem elas próprias a técnica de resolução do litígio e desempenham um papel particularmente activo nos esforços para encontrar a solução que mais lhes convém. Noutros casos, em especial nos conflitos de consumo, é o mediador que encontra a solução e a apresenta às partes. A resolução do litígio depende da obtenção de um acordo entre as partes; se as partes não chegarem a acordo, o mediador não impõe uma solução.

A mediação é considerada mais rápida e, na maior parte das vezes, mais barata do que um procedimento judicial ordinário. Evita o confronto entre as partes inerente ao procedimento judicial e permite às partes manterem as suas relações profissionais ou pessoais para além do litígio. A mediação permite igualmente às partes encontrar soluções criativas para o seu litígio que não poderiam obter em tribunal.

Para mais informações, consulte as páginas Panorâmica na UE e Estados-Membros.

PANORAMA DA MEDIAÇÃO NA UE

A União Europeia promove ativamente os modos de resolução alternativa de litígios («RAL»), nomeadamente a mediação. A Diretiva «Mediação» é aplicável em todos os países da UE. A Diretiva abrange a mediação em matéria civil e comercial.

Ao incentivar o recurso à mediação, está-se a facilitar a resolução dos litígios e a contribuir para evitar a preocupação, a perda de tempo e os custos inerentes aos processos judiciais, permitindo assim que os cidadãos exerçam de forma eficaz os direitos que lhes assistem.

A Diretiva «Mediação» é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial em que pelo menos uma das partes tenha domicílio num Estado-Membro distinto do Estado-Membro de qualquer das outras partes à data em que estas decidam, por acordo, recorrer à mediação ou em que a mediação seja ordenada por um tribunal.

O principal objetivo deste instrumento jurídico consiste em incentivar o recurso à mediação nos Estados-Membros.

Para esse efeito, a diretiva estabelece cinco regras substantivas:

- Obriga os Estados-Membros a incentivarem a formação de mediadores e a garantirem uma mediação de elevada qualidade.
- Confere a cada juiz o direito de convidar as partes em litígio a recorrerem primeiro à mediação, se o considerar adequado atendendo às circunstâncias do caso.
- Prevê a possibilidade de os acordos obtidos por via de mediação serem declarados executórios se ambas as partes o solicitarem. O caráter executório pode ser estabelecido, por exemplo, mediante homologação de um tribunal ou certificação efetuada por um notário público.
- Assegura a condução da mediação num clima de confidencialidade. Neste sentido, dispõe que num futuro litígio entre as partes na mediação, os mediadores não podem ser obrigados a prestar depoimento em tribunal sobre o que ocorreu durante a mediação.
- Garante que as partes não perdem a possibilidade de levar o caso a tribunal em resultado do tempo gasto na mediação: os prazos de instauração da ação judicial suspendem-se durante a mediação.

MEDIAÇÃO NOS ESTADOS-MEMBROS

A mediação encontra-se em estádios de desenvolvimento diferentes consoante os Estados-Membros. Nalguns Estados-Membros existe uma legislação abrangente

ou regras processuais em matéria de mediação. Noutros, os órgãos legislativos têm mostrado pouco interesse em regular a mediação. No entanto, há também Estados-Membros com uma sólida cultura de mediação que se apoiam principalmente na auto-regulação.

É cada vez maior o número de litígios levados a tribunal. Daí resulta não só que sejam mais longos os períodos de espera até à resolução dos litígios, mas também que as custas judiciais sejam impelidas para níveis muitas vezes desproporcionados em relação ao valor do litígio.

Na maior parte dos casos, a mediação é mais rápida e, por conseguinte, em geral mais barata do que um procedimento judicial ordinário. Isto é particularmente verdade nos países em que o sistema judicial tem um volume considerável de processos em atraso e em que os processos judiciais duram, em média, vários anos.

É por esta razão que, apesar da diversidade dos domínios e métodos de mediação verificados em toda a União Europeia, tem vindo a aumentar o interesse por este meio de resolver os litígios enquanto alternativa às decisões judiciais.

Para obter informações pormenorizadas sobre o direito nacional de um país, clique na respetiva bandeira.

MEDIAÇÃO FAMILIAR TRANSFRONTEIRAS

A mediação pode ser especialmente útil em litígios familiares transnacionais e em casos de rapto de menores pelos próprios pais. A expressão «questões familiares» abrange uma vasta gama de litígios, dos totalmente privados aos que carecem da intervenção das autoridades públicas.

O que é a mediação familiar transnacional?

A mediação familiar transnacional consiste num processo conduzido por um ou vários terceiros imparciais e qualificados, os mediadores. Os mediadores não têm poder para decidir, mas ajudam as partes a retomar contacto e a tentar resolver os problemas sem intervenção do tribunal.

O acordo eventualmente alcançado será uma solução adaptada às circunstâncias específicas do litígio, garantindo que as decisões tomadas servem o interesse superior dos menores, se os houver.

As questões familiares incluem: responsabilidade parental e direitos de acesso, rapto de menores, medidas de proteção de menores, alimentos de menores ou ex-cônjuges e outras consequências do divórcio ou separação.

Os parceiros são incentivados a assumir a responsabilidade pelas decisões que tomam relativamente à família e a tentar resolver o litígio de forma extrajudicial.

A mediação pode, assim, criar as condições para um debate construtivo e garantir a boa-fé das negociações entre os pais, tendo igualmente em conta o interesse superior dos menores.

Para mais informações, consulte as páginas seguintes:

- Princípios fundamentais e fases da mediação
- Especificidades da mediação transnacional
- Custos da mediação transnacional
- Legislação aplicável à mediação transnacional

Para obter informações pormenorizadas sobre o direito nacional de um país, clique na respetiva bandeira.

Como funciona?

Na qualidade de parte, pode solicitar a mediação em todos os Estados-Membros. Em alguns deles, são os juízes que convidam as partes em litígio a tentar a mediação.

Se todas as partes aceitarem recorrer à mediação, o mediador selecionado trata dos aspetos práticos. A forma de seleção do mediador varia consoante o país – pode encontrar informações nas páginas nacionais disponíveis no lado direito desta página.

Os representantes legais podem desempenhar um papel importante, ao prestarem os esclarecimentos jurídicos necessários para as partes poderem tomar decisões informadas.

Os acordos alcançados no processo de mediação podem ganhar força executiva, se ambas as partes o solicitarem. Em função dos países, a executoriedade terá de ser declarada pelo tribunal ou por um notário.

Os representantes legais podem analisar o acordo para garantir que ele produz efeitos jurídicos em todos os países em questão.

Para quê tentar a mediação?

- Terá oportunidade de controlar o resultado final do seu litígio.
 - A mediação proporciona um ambiente propício ao entendimento, no qual são as partes que determinam o andamento do processo.
 - A mediação permite-lhe rever e ajustar os contornos do conflito.
 - Pode tomar decisões ou firmar um acordo, mas não é obrigado a fazê-lo.
 - Ao tentar a mediação, não renuncia ao direito de instaurar uma ação judicial.
 - É uma possibilidade em que todas as partes podem ganhar.
 - O mediador é um terceiro imparcial com formação específica que o pode ajudar a tentar resolver o litígio de forma extrajudicial.
 - Comparada com uma ação judicial, a mediação tem um preço muito inferior.
 - A mediação é relativamente rápida. Os encontros podem ser marcados segundo a conveniência mútua das partes e podem realizar-se em vários locais.
 - A mediação permite soluções flexíveis (adaptadas ao caso concreto) e ajuda a manter ou a permitir uma relação e contactos futuros construtivos entre as partes.
 - Durante a mediação, é possível obter apoio e aconselhamento de um representante legal.
 - A mediação pode reduzir os litígios no futuro.
- Clique aqui para encontrar um mediador.

Limites da mediação

Se houver indicações de que o litígio não se adequa à mediação ou de que uma ou ambas as partes não querem tentar a mediação, é necessária a intervenção das autoridades judiciais. Ao analisar a possibilidade de mediação, deve atender-se especialmente à existência de eventuais riscos, como a violência doméstica nos seus diversos graus, o consumo excessivo de álcool ou drogas, o rapto de menores, etc. A adequabilidade do litígio deve ser apreciada caso a caso, em função das normas aplicadas pelo mediador e pelo organismo de mediação.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E FASES DA MEDIAÇÃO

A mediação caracteriza-se por alguns princípios fundamentais, comuns aos diferentes sistemas dos Estados-Membros da UE. As fases da mediação abaixo descritas existem em qualquer dos modelos de mediação seguido.

Princípios fundamentais

Imparcialidade

Os mediadores mantêm uma posição neutra e não tomam partido no litígio. Os mediadores não são conselheiros, pelo que não dão conselhos acerca de posições específicas, recomendando em geral que se procure aconselhamento jurídico durante o processo de mediação.

Confidencialidade

Em geral, nem o que for dito na mediação nem os documentos apresentados nesse contexto poderão ser usados como provas num processo judicial sobre o mesmo litígio. Os mediadores também não podem ser testemunhas.

Natureza voluntária

As partes em litígio devem ser informadas da mediação como opção adicional para resolver o conflito. A recusa de tentar a mediação não tem qualquer influência no resultado final do processo judicial.

Este princípio não colide com as sessões de informação obrigatórias sobre mediação, desde que as partes não sejam obrigadas a resolver o conflito por esse meio.

Fases da mediação

1. Abertura: o mediador explica o processo

O mediador começa por explicar a finalidade da mediação, o processo seguido e o papel do mediador. O mediador fixa as regras a seguir e pede às partes que aceitem este processo específico.

2. Descrição do problema pelas partes

O mediador ouve a exposição de cada uma das partes.

O mediador acolhe as emoções expressas e sossega as partes, se necessário, identificando cabalmente os receios de cada uma delas.

3. Identificação das questões a debater e fixação do conteúdo das negociações

Durante esta fase, o mediador fixa a matéria a negociar, resumindo os domínios em que há acordo (ou receios semelhantes) e aqueles em que não há. O mediador determina, depois de consultar as partes, as questões a debater.

4. Procurar opções/soluções

O mediador ajuda as partes, pensando com elas, a ponderar as várias opções/soluções para a sua situação.

5. Ponderar as opções e selecionar a solução mais viável/aceitável

Durante esta fase, o mediador ajuda as partes a chegar a acordo, ponderando as opções propostas e selecionando as mais viáveis e aceitáveis para as partes.

6. Fim da mediação

Chegar a acordo

O mediador ajuda as partes a redigir um acordo claro e circunstanciado.

Os representantes legais podem analisar o acordo para garantir que ele produz efeitos jurídicos em todos os países em questão.

Inexistência de acordo

Se as partes não chegarem a acordo, o mediador resume as questões debatidas e os progressos registados. O mediador agradece às partes e encerra o processo de mediação. As partes podem instaurar então uma ação judicial ou prosseguir a ação já instaurada.

PARTICULARIDADES DA MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRAS

A presente página contém informações sobre aspetos específicos da mediação familiar transfronteiras.

Prazos

Embora a mediação possa começar em qualquer momento, é aconselhável começá-la o mais rapidamente possível, de preferência antes da eventual instauração de uma ação judicial.

Atendendo à eficácia do recurso à mediação enquanto método preventivo de resolução de problemas resultantes da mudança da residência de menores para outro país, a mediação deve ser altamente recomendada em todos os conflitos familiares transnacionais e em especial nos litígios relativos à reinstalação de menores noutro país. No entanto, visto que a mediação não se adequa a todos os casos de rapto, seria uma boa prática prever uma entrevista inicial de triagem, que poderá ajudar a

desvanecer os eventuais receios dos pais e a esclarecer as suas dúvidas acerca da mediação.

A mediação nunca deve servir de desculpa para uma das partes adiar a resolução do conflito. Este aspeto é especialmente importante nos casos de rapto de menores, em que o tempo de atuação é fundamental.

Os mediadores devem dar às partes informações explícitas sobre isto durante a fase de informação ou no início da mediação.

Depois do regresso do menor raptado ao país de residência habitual, a mediação deve igualmente ser proposta a fim de evitar conflitos futuros.

Cooperação estreita com as autoridades administrativas/ judiciais

Nos casos de rapto de menores em que as autoridades centrais e/ou judiciais são chamadas a intervir, o mediador deve explicar às partes os efeitos da mediação no contexto do processo em curso.

Em alguns países, as autoridades centrais dispõem dos seus próprios mediadores com formação específica.

Nesta página encontra uma lista de autoridades centrais.

Executoriedade do acordo em todos os países em questão (acesso a informações jurídicas úteis)

Para ser eficaz, o acordo resultante da mediação deve produzir efeitos jurídicos e ser executório em todos os países em questão.

O acesso às informações sobre os procedimentos aplicáveis nesses países pode ser facilitado pelas autoridades centrais ou pelos pontos de contacto centrais da mediação familiar internacional.

Pode obter mais informações sobre a executoriedade nos Estados-Membros na página Mediação nos Estados-Membros.

Dificuldades linguísticas e meios de comunicação modernos

Em termos gerais, a presença física das partes durante a mediação é importante. Assim, os países em que a mediação deverá ter lugar devem tomar as

medidas adequadas para facilitar a emissão dos documentos de viagem necessários, nomeadamente vistos.

Sempre que adequado e possível, deve recorrer-se à mediação binacional.

É altamente vantajoso que o mediador fale a língua de ambas as partes ou pelo menos a língua comum do casal (se a houver). Na mediação binacional, pode ser suficiente o mediador falar a língua de uma das partes e compreender a língua da outra parte, se não for possível encontrar outra solução. As partes devem compreender todos os termos jurídicos. A finalidade de encontrar um mediador que fale a língua das partes não é só a redução dos custos devido à dispensa de intérprete, há também o aspeto psicológico e a necessidade de as partes compreenderem o acordo que estão a negociar.

O mediador deve igualmente ser sensível ao contexto cultural em que as partes vivem ou de que provêm e estar ciente das diferenças culturais entre os países.

A introdução de meios de comunicação modernos (telefone, videoconferência, *webcams*, etc.) ajuda a reduzir os custos e a organizar a mediação mesmo à distância, se as partes não puderem estar fisicamente presentes. Todos os Estados-Membros deveriam dispor destes instrumentos técnicos e a mediação «à distância» deveria ser testada.

Deve ser desenvolvido *software* interativo seguro para apoiar a mediação.

Além disso, independentemente da língua usada na mediação, é importante que todos compreendam a língua e a terminologia utilizada pelos mediadores.

Relação entre a mediação e os processos relativos a menores

São vários os instrumentos internacionais que promovem a procura de soluções amigáveis:

- Regulamento Bruxelas II-A: artigo 46.º (mecanismo que garante a executoriedade dos acordos resultantes da mediação)

– Convenção da Haia de 1980: artigos 7.º, alínea c) (medidas adequadas da autoridade central para garantir o regresso voluntário do menor ou fomentar uma resolução amigável), 10.º (medidas adequadas para obter o regresso voluntário do menor) e 16.º (não há decisão sobre o mérito dos direitos de guarda no Estado requerido).

– Convenção da Haia de 1996: artigos 31.º (medidas adequadas da autoridade central para facilitar uma solução amigável através da mediação), 23.º e 26.º (reconhecimento e execução), 16.º (lei aplicável = lei do Estado da residência habitual do menor), 7.º (o Estado da residência habitual do menor imediatamente antes do rapto mantém a competência para decretar medidas de proteção do menor) e 24.º («reconhecimento avançado»).

– Convenção da Haia de 2007: artigos 19.º a 31.º (a decisão também inclui uma transação ou um acordo).

Efeitos dos processos penais

Os processos penais devem ser tidos em consideração. Os órgãos judiciais e administrativos (como as autoridades centrais) devem poder prestar às partes as informações gerais necessárias sobre a legislação aplicável à instauração e conclusão de processos penais.

Informações sobre autoridades centrais/pontos de contacto centrais da mediação familiar internacional.

CUSTOS DA MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRAS

As partes envolvidas na mediação transfronteiras devem poder ter uma ideia clara dos custos em que incorrerão com a mediação.

O recurso à mediação pode ser, com frequência, condicionado pelos seus custos. A mediação gratuita, que existe em alguns Estados-Membros, facilita obviamente o acesso à mediação, o que também se verifica se os custos forem cobertos pelo apoio judiciário.

No entanto, se as partes tiverem de pagar logo a partir da primeira reunião de informação sobre a mediação, é fundamental que haja transferência, ou seja, que os preços sejam corretamente comunicados. Na prática, esta transparência pode conseguir-se mediante a fixação prévia dos honorários dos mediadores, por lei ou pelos juízes, ou a sua indicação no contrato de mediação celebrado entre o mediador e as partes antes do seu início. Além disso, as partes devem ter acesso ao tarifário aplicável.

Pode obter mais informações sobre os custos da mediação na página Mediação nos Estados-Membros.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRAS

Informações sobre os instrumentos jurídicos da União pertinentes para a realização da mediação transfronteiras.

Nacional

As normas gerais de mediação aplicam-se, em regra, aos litígios familiares.

Europeia / internacional

O recurso a este método de resolução de conflitos está previsto ou é reforçado em vários instrumentos europeus e internacionais.

A nível da União Europeia:

– Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial;

– Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000;

– Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.

A nível da Conferência da Haia de direito internacional privado:

– Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças;

– Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das crianças;

– Guia de boas práticas de mediação, em especial ao abrigo da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças.

A nível do Conselho da Europa:

– Recomendação n.º R (98)1 do Comité de Ministros aos Estados membros sobre mediação familiar, adotada em 21 de janeiro de 1998;

– Recomendação Rec (2002) 10 do Comité de Ministros aos Estados membros sobre a mediação em matéria civil.

A nível do Parlamento Europeu:

– Estudo do Parlamento Europeu.

Outras ligações úteis

Para encontrar um mediador especializado em mediação de famílias transnacionais clique aqui: <http://www.crossbordermediator.eu/>

ANEXO D - LEI DE MEDIAÇÃO ARGENTINA

MEDIACION Y CONCILIACION Ley 26.589 Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Sancionada: Abril 15 de 2010 Promulgada: Mayo 3 de 2010 El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º — Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

ARTICULO 2º — Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.

ARTICULO 3º — Contenido del acta de mediación. En el acta de mediación deberá constar: a) Identificación de los involucrados en la controversia; b) Existencia o inexistencia de acuerdo; c) Comparecencia o incomparecencia del requerido o terceros citados notificados en forma fehaciente o imposibilidad de notificarlos en el domicilio denunciado; d) Objeto de la controversia; e) Domicilios de las partes, en los cuales se realizaron las notificaciones de las audiencias de mediación; f) Firma de las partes, los letrados de cada parte y el mediador interviniente; g) Certificación por parte del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, de la firma del mediador interviniente en los términos que establezca la reglamentación de la presente ley.

ARTICULO 4º — Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5º de la presente ley.

ARTICULO 5º — Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos: a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización

expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; l) Procesos voluntarios.

ARTICULO 6º — Aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. En los casos de ejecución y desalojos el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria será optativo para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía.

ARTICULO 7º — Principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios: a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria; b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación; c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación; d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria; f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto; g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido; h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

ARTICULO 8º — Alcances de la confidencialidad. La confidencialidad incluye el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación. La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes.

ARTICULO 9º — Cese de la confidencialidad. La obligación de la confidencialidad cesa en los siguientes casos: a) Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron; b) Para evitar la comisión de un delito o, si éste se está

cometiendo, impedir que continúe cometiéndose. El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.

ARTICULO 10. — Actuación del mediador con profesionales asistentes. Los mediadores podrán actuar, previo consentimiento de la totalidad de las partes, en colaboración con profesionales formados en disciplinas afines con el conflicto que sea materia de la mediación, y cuyas especialidades se establecerán por vía reglamentaria. Estos profesionales actuarán en calidad de asistentes, bajo la dirección y responsabilidad del mediador interviniente, y estarán sujetos a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

ARTICULO 11. — Requisitos para ser mediador. Los mediadores deberán reunir los siguientes requisitos: a) Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula; b) Acreditar la capacitación que exija la reglamentación; c) Aprobar un examen de idoneidad; d) Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación; e) Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente.

ARTICULO 12. — Requisitos para ser profesional asistente. Los profesionales asistentes deberán reunir los requisitos exigidos para los mediadores en el artículo 11, incisos b), d) y e).

ARTICULO 13. — Causas de excusación de los mediadores. El mediador deberá excusarse, bajo pena de inhabilitación, en todos los casos previstos por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la excusación de los jueces. También deberá excusarse durante el curso de la mediación, cuando advierta la existencia de causas que puedan incidir en su imparcialidad. Cuando el mediador hubiera sido propuesto por el requirente, el excusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta.

ARTICULO 14. — Causas de recusación de los mediadores. Las partes podrán recusar con causa a los mediadores en los mismos supuestos mencionados en el primer párrafo del artículo 13, dentro de los cinco (5) días de conocida la designación. Cuando el mediador hubiera sido designado por sorteo, se practicará inmediatamente nuevo sorteo. Cuando el mediador hubiera sido propuesto por el requirente, el recusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta. Cualquiera de las partes podrá recusar al mediador durante el curso de la mediación, cuando

advierta la existencia de causas sobrevinientes que puedan incidir en su imparcialidad. Si el mediador no aceptara la recusación la cuestión será decidida judicialmente.

ARTICULO 15. — Prohibición para el mediador. El mediador no podrá asesorar ni patrocinar a ninguna de las partes intervinientes en los procedimientos de mediación prejudicial obligatoria en los que hubiera intervenido, hasta pasado un (1) año de su baja formal del Registro Nacional de Mediación. La prohibición es absoluta en relación al conflicto en que intervino como mediador.

ARTICULO 16. — Designación del mediador. La designación del mediador podrá efectuarse: a) Por acuerdo de partes, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito; b) Por sorteo, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero ante el cual correspondería promover la demanda y con los requisitos que establezca la autoridad judicial. La mesa de entradas sorteará al mediador que intervendrá en el reclamo y asignará el juzgado que eventualmente entenderá en la causa. El presentante entregará al mediador sorteado el formulario debidamente intervenido por la mesa de entradas del fuero en el término de cinco (5) días hábiles; c) Por propuesta del requirente al requerido, a los efectos de que éste seleccione un mediador de un listado cuyo contenido y demás recaudos deberán ser establecidos por vía reglamentaria; d) Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación. Esta mediación se cumplirá ante mediadores inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, y su designación se efectuará por sorteo, salvo acuerdo de partes respecto a la persona del mediador.

ARTICULO 17. — Suspensión de términos. En los casos contemplados en el artículo 16 inciso d), los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes.

ARTICULO 18. — Prescripción y caducidad. La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos: a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero; b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial; c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al

requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero. En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquél a quien se dirige la notificación. En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanudará a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.

ARTICULO 19. — Comparecencia personal y representación. Las partes deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a las domiciliadas a más de ciento cincuenta (150) kilómetros de la ciudad en la que se celebren las audiencias. El apoderado deberá contar con facultad de acordar transacciones. Quedan eximidos de comparecer personalmente quienes se encuentren autorizados a prestar declaración por oficio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 407 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La asistencia letrada es obligatoria. Se tendrá por no comparecida a la parte que concurriere a las audiencias sin asistencia letrada, salvo que las partes acordaren la determinación de una nueva fecha para subsanar la falta.

ARTICULO 20. — Plazo para realizar la mediación. El plazo para realizar la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. En el caso previsto en el artículo 6º, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos el término podrá prorrogarse por acuerdo de partes.

ARTICULO 21. — Contacto de las partes con el mediador antes de la fecha de audiencia. Las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones.

ARTICULO 22. — Citación de terceros. Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, de oficio, o a solicitud de cualquiera de las partes, o por el tercero, en todos los casos con acuerdo de las partes, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora. El tercero cuya intervención se requiera debe ser citado en la forma y con los recaudos establecidos para la citación de las partes. Si el tercero incurriere en incomparecencia injustificada no podrá intervenir en la mediación posteriormente.

ARTICULO 23. — Audiencias de mediación. El mediador fijará la fecha de la primera audiencia a la que deberán comparecer las partes dentro de los quince (15) días corridos de haberse notificado de su designación. Dentro del plazo establecido para la

mediación, el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias que considere necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

ARTICULO 24. — Notificación de la audiencia. El mediador deberá notificar la audiencia por un medio fehaciente o personalmente. La notificación deberá ser recibida por las partes con una anticipación no menor a tres (3) días hábiles. La notificación por cédula sólo procede en las mediaciones previstas en el artículo 16 inciso b) de la presente ley. Si el requerido se domiciliase en extraña jurisdicción, la diligencia estará a cargo del letrado de la parte requirente y se ajustará a las normas procesales vigentes en materia de comunicaciones entre distintas jurisdicciones. Si el requerido se domiciliase en otro país, se considerarán prorrogados los plazos durante el plazo de trámite de la notificación. A criterio del mediador, podrá solicitarse la cooperación del juez designado a fin de librar exhorto o utilizar un medio que se considere fehaciente en el lugar donde se domicilie el requerido. El contenido de la notificación se establecerá por vía reglamentaria.

ARTICULO 25. — Incomparecencia de las partes. Si una de las partes no asistiese a la primera audiencia con causa justificada, el mediador fijará una nueva audiencia. Si la incomparecencia de la parte requerida fuera injustificada, la parte requirente podrá optar por concluir el procedimiento de la mediación o convocar a nueva audiencia. Si la requirente incompareciera en forma injustificada, deberá reiniciar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

ARTICULO 26. — Conclusión con acuerdo. Cuando durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se arribara al acuerdo de las partes, se labrará acta en la que constarán sus términos. El acta deberá ser firmada por el mediador, las partes, los terceros si los hubiere, los letrados intervinientes, y los profesionales asistentes si hubieran intervenido. Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la homologación judicial. En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez podrá aplicar, a pedido de parte, la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 27. — Conclusión sin acuerdo. Si el proceso de mediación concluye sin acuerdo de las partes, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial acompañando su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La falta de acuerdo también habilita la vía judicial para

la reconvencción que pudiere interponer el requerido, cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y se lo hiciere constar en el acta.

ARTICULO 28. — Conclusión de la mediación por incomparecencia de las partes. Si el proceso de mediación concluye por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El reclamante queda habilitado para iniciar el proceso judicial, a cuyo fin acompañará su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La parte incompareciente deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria.

ARTICULO 29. — Todos los procedimientos mediatorios, al concluir, deberán ser informados al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, a los fines de su registración y certificación de los instrumentos pertinentes.

ARTICULO 30. — Ejecutoriedad del acuerdo instrumentado en el acta de mediación. El acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 inciso 4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 31. — Mediación familiar. La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, a excepción de las excluidas por el artículo 5º inciso b) de la presente ley. Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre: a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil; b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes; c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia; e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil; f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación

de bienes y nulidad de matrimonio; g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

ARTICULO 32. — Conclusión de la mediación familiar. Si durante el proceso de mediación familiar el mediador tornase conocimiento de circunstancias que impliquen un grave riesgo para la integridad física o psíquica de las partes involucradas o de su grupo familiar, dará por concluida la mediación. En caso de encontrarse afectados intereses de menores o incapaces, el mediador lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público de la Defensa a fin de que solicite las medidas pertinentes ante el juez competente.

ARTICULO 33. — Mediadores de familia. Los mediadores de familia deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación.

ARTICULO 34. — Profesionales asistentes. Los profesionales asistentes deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación, en el capítulo correspondiente al Registro de Profesionales Asistentes que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación.

ARTICULO 35. — Honorarios del mediador y de los profesionales asistentes. La intervención del mediador y de los profesionales asistentes se presume onerosa. El mediador percibirá por su desempeño en la mediación, un honorario básico cuyo monto y condiciones de pago se establecerán reglamentariamente por el Poder Ejecutivo nacional.

ARTICULO 36. — Falta de recursos de las partes. Quien se encuentre en la necesidad de litigar sin contar con recursos de subsistencia y acreditare esta circunstancia podrá solicitar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en forma gratuita. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria y gratuita se llevará a cabo en los centros de mediación del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y en centros de mediación públicos que ofrezcan este servicio. El Poder Ejecutivo nacional establecerá, en oportunidad de reglamentar esta ley, la

oficina administrativa que tomará a su cargo la diligencia, la forma y el modo en que se realizará la petición y la prestación del servicio.

ARTICULO 37. — Honorarios de los letrados de las partes. La remuneración de los abogados de las partes se regirá de acuerdo con lo establecido por la Ley de Aranceles de Abogados y Procuradores y las pautas del artículo 1627 del Código Civil.

ARTICULO 38. — Entidades formadoras. Se considerarán entidades formadoras a los fines de la presente ley aquellas entidades públicas o privadas, de composición unipersonal o pluripersonal, dedicadas de manera total o parcial a la formación y capacitación de mediadores.

ARTICULO 39. — Requisitos de las entidades formadoras. Las entidades formadoras deberán encontrarse habilitadas conforme a las disposiciones contenidas en la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

ARTICULO 40. — Registro Nacional de Mediación. El Registro Nacional de Mediación se compondrá de los siguientes capítulos: a) Registro de Mediadores, que incluye en dos apartados a mediadores y mediadores familiares; b) Registro de Centros de Mediación; c) Registro de Profesionales Asistentes; d) Registro de Entidades Formadoras. El Registro de Mediadores tendrá a su cargo la autorización, habilitación y control sobre el desempeño de los mediadores. El Registro de Centros de Mediación tendrá a su cargo la autorización, habilitación y control sobre el funcionamiento de los mismos. Los centros de mediación deberán estar dirigidos por mediadores registrados. El Registro de Entidades Formadoras tendrá a su cargo la autorización, habilitación y control sobre el funcionamiento de las entidades dedicadas a la formación y capacitación de los mediadores. La reglamentación establecerá los requisitos para la autorización y habilitación de los mediadores, centros de mediación y entidades formadoras en mediación. La organización y administración del Registro Nacional de Mediación será responsabilidad del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. En la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional contemplará las normas a las que deberá ajustarse el funcionamiento del Registro Nacional de Mediación y cada uno de sus capítulos.

ARTICULO 41. — Inhabilidades e incompatibilidades. No podrán desempeñarse como mediadores quienes: a) Registren inhabilitaciones comerciales, civiles o penales o hubieren sido condenados con pena de reclusión o prisión por delito doloso; b) Se encontraren comprendidos en algunos de los supuestos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial para los casos de excusación de los jueces; c) Se

encontraren comprendidos por las incompatibilidades o impedimentos del artículo 3º de la ley 23.187 para ejercer la profesión de abogado, con excepción del inciso a) apartado 7, u otras incompatibilidades emanadas de normas específicas.

ARTICULO 42. — Matrícula. La incorporación en el Registro Nacional de Mediación requerirá el pago de una matrícula anual. La falta de acreditación del pago de la matrícula durante dos (2) años consecutivos dará lugar a que el órgano de aplicación excluya al matriculado del Registro Nacional de Mediación. Regularizada la situación, la reincorporación del mediador al registro se producirá en el período consecutivo siguiente.

ARTICULO 43. — Quedará en suspenso la aplicación del presente régimen a los juzgados federales en todo el ámbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las secciones judiciales en donde ejerzan su competencia.

ARTICULO 44. — Procedimiento disciplinario de los mediadores. El Poder Ejecutivo nacional incluirá en la reglamentación de esta ley el procedimiento disciplinario aplicable a los mediadores, centros de mediación, profesionales asistentes y a las entidades formadoras inscriptas en los registros.

ARTICULO 45. — Prevenciones y sanciones Los mediadores matriculados estarán sujetos al siguiente régimen de prevenciones y sanciones: a) Llamado de atención; b) Advertencia; c) Suspensión de hasta un (1) año en el ejercicio de su actividad como mediador; d) Exclusión de la matrícula. Las sanciones aplicadas serán anotadas en el legajo correspondiente del profesional sancionado. El Poder Ejecutivo nacional establecerá por vía reglamentaria las causas sobre las que corresponde aplicar estas prevenciones y sanciones. Las sanciones se graduarán según la seriedad de la falta cometida y luego del procedimiento sumarial que el Poder Ejecutivo nacional establezca a través de la respectiva reglamentación. El mediador no podrá ser excluido del Registro de Mediadores por causas disciplinarias sin previo sumario, el que se desarrollará aplicándose las normas que dicte la autoridad de aplicación.

ARTICULO 46. — Sentencia penal. En todos los casos que recaiga sentencia penal condenatoria por delito doloso de un mediador, será obligación del tribunal o juzgado interviniente comunicar al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos la pena aplicada, con remisión de copia íntegra del fallo recaído y la

certificación de que la misma se encuentra firme, siempre que le constare la condición de mediador del condenado.

ARTICULO 47. — Prescripción de las acciones disciplinarias. Las acciones disciplinarias prescribirán a los dos (2) años de producidos los hechos que autoricen su ejercicio. Cuando hubiere condena penal, el plazo de prescripción de las acciones disciplinarias de esta ley será de seis (6) meses a contar desde la notificación al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos dispuesta por el artículo 46 de la presente ley.

ARTICULO 48. — Fondo de financiamiento. Créase un fondo de financiamiento que solventará las erogaciones que irroque el funcionamiento del sistema de mediación, conforme lo establezca la reglamentación.

ARTICULO 49. — Integración del fondo de financiamiento. El fondo de financiamiento se integrará con los siguientes recursos: a) Las sumas previstas en las partidas del presupuesto nacional; b) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito hecha en beneficio del fondo; c) Los aranceles administrativos y matrículas que se establezcan reglamentariamente por los servicios que se presten en virtud de esta ley; d) Las sumas resultantes de la multa establecida en el artículo 28 de la presente ley.

ARTICULO 50. — Administración del fondo de financiamiento. La administración del fondo de financiamiento estará a cargo del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en los términos que surjan de la reglamentación que se dicte.

ARTICULO 51. — Caducidad de la instancia de mediación. Se producirá la caducidad de la instancia de la mediación cuando no se inicie el proceso judicial dentro del año a contar desde la fecha en que se expidió el acta de cierre.

ARTICULO 52. — Sustitúyese el artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente: Artículo 34: Deberes. Son deberes de los jueces: 1. Asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada. En el acto de la audiencia, o cuando lo considere pertinente, si las circunstancias lo justifican, podrá derivar a las partes a mediación. Los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo

expreso de las partes. En los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal. 2. Decidir las causas, en lo posible, de acuerdo con el orden en que hayan quedado en estado, salvo las preferencias establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional. 3. Dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos: a) Las providencias simples, dentro de los tres (3) días de presentadas las peticiones por las partes o del vencimiento del plazo conforme a lo prescrito en el artículo 36, inciso 1) e inmediatamente, si debieran ser dictadas en una audiencia o revistieran carácter urgente; b) Las sentencias interlocutorias y las sentencias homologatorias, salvo disposición en contrario, dentro de los diez (10) o quince (15) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado; c) Las sentencias definitivas en juicio ordinario salvo disposición en contrario, dentro de los cuarenta (40) o sesenta (60) días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computará, en el primer caso, desde que el llamamiento de autos para sentencia, dictado en el plazo de las providencias simples, quede firme; en el segundo, desde la fecha de sorteo del expediente, que se debe realizar dentro del plazo de quince (15) días de quedar en estado; d) Las sentencias definitivas en el juicio sumarísimo, dentro de los veinte (20) o treinta (30) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o tribunal colegiado. Cuando se tratase de procesos de amparo el plazo será de diez (10) y quince (15) días, respectivamente. En todos los supuestos, si se ordenase prueba de oficio, no se computarán los días que requiera su cumplimiento. 4. Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia. 5. Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código: I. Concentrar en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea menester realizar. II. Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades. III. Mantener la igualdad de las partes en el proceso. IV. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe. V. Vigilar para

que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal. VI. Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes. ARTICULO 53. — Sustitúyese el artículo 77 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente: Artículo 77: Alcance de la condena en costas. La condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito, mediante el cumplimiento de la obligación, incluyendo los del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Los correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal. No serán objeto de reintegro los gastos superfluos o inútiles. Si los gastos fuesen excesivos, el juez podrá reducirlos prudencialmente. Los peritos intervinientes podrán reclamar de la parte no condenada en costas hasta el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios que le fueran regulados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 478.

ARTICULO 54. — Sustitúyese el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente: Artículo 207: Caducidad. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.

ARTICULO 55. — Sustitúyese el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente: Artículo 360: Audiencia preliminar. A los fines

del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto: 1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria. 2. Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescrito en el artículo 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto. 3. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba. 4. Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar. 5. Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado. 6. Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

ARTICULO 56. — Sustitúyese el artículo 500 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente: Artículo 500: Aplicación a otros títulos ejecutables. Las disposiciones de este título serán asimismo aplicables: 1. A la ejecución de transacciones o acuerdos homologados. 2. A la ejecución de multas procesales. 3. Al cobro de honorarios regulados en concepto de costas. 4. Al acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador, con la certificación de su firma, salvo en el supuesto en que se hayan controvertido derechos de menores e incapaces. En estos casos, el representante legal con intervención del ministerio pupilar, deberá requerir previamente, la homologación del acuerdo al juez anteriormente sorteado o al que sea competente de acuerdo a la materia. Tales actuaciones estarán exentas del pago de la tasa de justicia. ARTICULO 57. — Sustitúyese el artículo 644 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente: Artículo 644: Sentencia.

Cuando en la oportunidad prevista en el artículo 639 no se hubiere llegado a un acuerdo, el juez, sin necesidad de petición de parte, deberá dictar sentencia dentro de cinco (5) días, contados desde que se hubiese producido la prueba ofrecida por la parte actora. Admitida la pretensión, el juez fijará la suma que considere equitativa y la mandará abonar por meses anticipados, desde la fecha de interposición de la mediación. Las cuotas mensuales a que se refiere este artículo, como también las suplementarias previstas en el siguiente, devengarán intereses desde la fecha fijada en la sentencia para el pago de cada una de ellas.

ARTICULO 58. — Hasta el cumplimiento del término establecido en el artículo 63 de la presente ley, el procedimiento de mediación prejudicial obligatorio se llevará adelante con los mediadores inscriptos en el registro creado por la Ley 24.573.

ARTICULO 59. — Dentro de los noventa (90) días de publicada la presente en el Boletín Oficial, los mediadores inscriptos en el registro creado por la Ley 24.573, deberán manifestar su voluntad de mantener su inscripción en el Registro Nacional de Mediación que crea esta ley, de la manera que disponga la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

ARTICULO 60. — Toda documentación relativa a mediadores o entidades formadoras que hubiesen renunciado o se los haya dado de baja en los diversos registros que crea esta ley o anteriores a ella, podrá ser destruida luego de transcurrido un (1) año desde la notificación del acto administrativo, sin que se haya reclamado su devolución y caducará todo derecho a objetar el procedimiento al cual fuera sometida y su destino posterior.

ARTICULO 61. — Los recursos remanentes del fondo de financiamiento creado por Ley 24.573 pasarán a formar parte del fondo de financiamiento creado por la presente ley. ARTICULO 62. — Derogaciones. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, deróganse los artículos 1º a 31 de la Ley 24.573, y las Leyes 25.287 y 26.094. ARTICULO 63. — Vigencia. Esta ley comenzará a aplicarse a partir de los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial.

ARTICULO 64. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS QUINCE DIAS DEL MES DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL

DIEZ. — REGISTRADA BAJO EL N° 26.589 — JULIO C. C. COBOS. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada⁶¹⁸.

⁶¹⁸ ARGENTINA. Ley 26.589 mediación y conciliación. Buenos Aires, 15 de abril de 2010. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 6 mayo 2010. Disponible em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/83741/92712/F26304469/ARG83741.pdf>> Acceso em: 07 nov. 2018.