

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Estevan Giacomolli Piva

DIFERENTES FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS:
A MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Passo Fundo

2016

Estevan Giacomolli Piva

DIFERENTES FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS:
A MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

PASSO FUNDO

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a meus pais, meu irmão e minha namorada Natália, pelo amor, carinho, companheirismo e confiança, mas principalmente por sempre apostarem e torcerem pelo meu sucesso; Aos meus amigos, por serem exatamente aquilo que sempre me permite desligar do mundo e desfrutar do que há de melhor: a vossa amizade;

À minha orientadora, Me. Marlova Stawinski Fuga, a qual desde a primeira conversa se mostrou atenta, solícita e disponível para me auxiliar a encontrar as melhores respostas e soluções ao problema levantado;

Às demais pessoas (colegas, professores, servidores da Justiça Estadual e Federal, Defensores Públicos e, sobretudo, Deus) que, de uma forma ou outra, contribuíram para minha formação, progresso e êxito enquanto acadêmico e ser humano.

*You give a little love and it all comes back to you.
You're gonna be remembered for the things that you
say and do.*

Paul Williams

*Você dá um pouco de amor e tudo isso volta pra
você. Você será lembrado pelas coisas que você diz
e faz.*

Paul Williams

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
1 INTRODUÇÃO	7
2 A ORIGEM DO CONFLITO E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	10
2.1 Abordagem histórica e estudo sobre a etimologia da palavra.....	10
2.2 O conflito sob a ótica jurídica.....	14
2.3 O Círculo do Conflito	16
3 DIFERENTES FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	23
3.1 As modalidades de resolução de conflitos e o uso das técnicas de ADR (<i>Alternative Dispute Resolution</i>).....	23
3.2 A aplicabilidade das técnicas de ADR no plano internacional.....	33
3.3 Elementos valorativos – <i>Needs and interests instead of positions</i> - <i>BATNA vs WATNA</i>	41
4 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	46
4.1 Panorama da aplicação da técnica de mediação no Brasil anteriormente à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015	46
4.2 A aplicação da Lei n. 13.140/2015 – A Lei da Mediação.....	49
4.3 Lei da Mediação X CPC/2015 (análise do artigo 25 da Lei n. 13.140/15) - Aspectos positivos e negativos da fixação da técnica como obrigatória a partir do CPC/2015.....	60
4.4 Obstáculos à aplicação do procedimento de solução consensual e à qualificação dos mediadores.....	70
5 CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	83
ANEXOS	89

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar estudo sobre as diferentes formas de resolução de conflitos – em especial a mediação – à luz do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, em vigor desde março de 2016, considerando o fomento que tal norma traz às técnicas de ADR (*alternative dispute resolution*) para fins de dissolução de litígios. Assim, busca-se analisar de que forma o legislador pretende implementar tais métodos e seus objetivos teóricos dentro de um ordenamento jurídico já marcado pelo descrédito na própria justiça, pela morosidade processual e por decisões incoerentes ou injustas. Inicialmente, analisou-se a origem do conflito em si, mediante estudo da etimologia da palavra, sua realidade sob a ótica jurídica e o Círculo do Conflito, originário do doutrinador Christopher Moore. Na sequência, foi esmiuçada cada uma das técnicas de ADR consolidadas, fazendo-se um estudo sobre suas aplicabilidades no plano internacional – mediante entrevista com a medidora grega Maria Orfanou – e classificando o conjunto de elementos valorativos que deve ser levado em conta quando de sua aplicação. Verificados os fatores positivos e negativos acerca de tais técnicas, passou-se ao estudo da realidade do cenário jurídico nacional acerca da matéria abordada, mediante comparativo entre o antigo e o atual CPC, bem como sobre o conteúdo da Lei da Mediação (n. 13.140/2015) e seu possível conflito normativo com a lei geral que rege o processo civil pátrio, abordando, ao final, possíveis obstáculos que serão encontrados pelo legislador e pelos operadores do direito à consolidação das propostas trazidas pela Lei n. 13.105/2015.

Palavras-chave: ADR. Código de Processo Civil. Mediação. Técnicas alternativas de resolução de conflitos.

1 INTRODUÇÃO

Sancionada pela Presidente da República, Dilma Roussef, em 16 de março de 2015 e em vigor no ordenamento jurídico nacional desde o dia 18 de março desse ano, a Lei n. 13.105/2015 – Código de Processo Civil (CPC) – tem como seus fundamentos balizadores os propósitos da decisão coerente, precisa e justa, da redução dos litígios, da simplicidade dos procedimentos, humanização da justiça e estímulo à resolução autocompositiva dos conflitos, buscando encontrar tudo isso, primeiramente, de forma extrajudicial ou pré-processual, o que implicaria, por consequência, no desafogo do Poder Judiciário.

Descrevendo-se tais intenções, pode-se questionar a maneira com que o legislador pretende consolidar o implemento desses (nem tão) novos conceitos em um ordenamento que já restou marcado e crucificado exatamente por exibir uma realidade de absoluta contrariedade ao objetivo atual.

Nesse sentido, o Poder Legislativo, a fim de buscar uma nova realidade ao cenário atual, utilizando-se de mecanismos extrajudiciais (como a mediação, a conciliação e/ou a arbitragem), busca diminuir – quiçá acabar – com as decisões incoerentes ou equivocadas, independentemente da esfera de transação, resultando talvez na redução da morosidade processual e da nuvem negra que impede a transparência de muitas questões atinentes à Justiça, tornando-se vital aos operadores do Direito o dever de abraçar a ideia proposta para que de fato os resultados almejados se verifiquem na prática.

Entretanto, certamente inúmeros obstáculos que há anos já atrasam o Poder Judiciário nacional serão verificados até que se inicie a consolidação das propostas do legislador, isso sem mencionar os demais percalços que surgirão a partir da interpretação das novas normas, seja sobre quando utilizá-las, como superar o conflito entre elas ou, ainda, de que forma absorver, interpretar e implementar seus conteúdos de modo a valorizar a construção legislativa em consonância com os princípios gerais do direito.

Ainda, levando-se em conta possível conflito normativo, há de se atentar que anteriormente à vigência do atual Código de Processo Civil passou a vigorar no ordenamento nacional a Lei da Mediação, logo, boa parte da matéria acerca dos

métodos de resolução de conflitos trazida pela Lei n. 13.105/2015 terá correspondências e, ao mesmo tempo, incongruências diante da coexistência de norma específica e posterior, de modo que será mais uma situação a dificultar a consolidação dos objetivos trazidos pelo legislador no atual CPC.

Em razão do cenário descrito e da inserção, no conjunto normativo nacional, de um moderno sistema para reger o processo civil a partir de uma nova ótica perante o Poder Judiciário – com perspectiva inédita acerca dos conflitos interpessoais –, realizar-se-á um estudo a fim de averiguar maneiras para implementar as propostas do CPC de 2015 (fundamentadas nos propósitos já referidos anteriormente) em um ordenamento jurídico já saturado por uma realidade que demonstra absoluta contrariedade ao objetivo atual.

Mediante análise das situações descritas, buscar-se-á estabelecer as razões que levam a crer na possibilidade de um novo sistema de processo civil guiado por atalhos que permitam às partes ir ao encontro da intenção do legislador, propiciando que de fato a vejam concretizada na prática diária de resolução de conflitos, sob o fundamento de que a chave para tanto está em analisar as diferentes formas de auto/heterocomposição e encontrar nelas o sustentáculo para a proposta de inovação do sistema processual civil, viabilizando a ascensão das soluções de conflitos de maneira extrajudicial e a redução dos números de ações na via judicial.

Contudo, cientes da árdua tarefa de atingir o objetivo traçado no sentido de tornar as vias alternativas à litigância em juízo o caminho para chegar até a meta do legislador, sabe-se que, caso não se adote esse sistema de resolução autocompositivo (em especial a mediação) de forma adequada e sob a égide dos princípios que devem norteá-lo, estar-se-á produzindo serviço ineficaz e gastos de tempo e dinheiro, sem retorno aos cofres públicos, à reputação do legislador e, principalmente, superlotando o Poder Judiciário com situações que muitas vezes não mereceriam ser por ele analisadas, ou, ainda, fazendo-o julgar determinadas circunstâncias sem o devido conteúdo fundamental.

Por isso, mediante estudo detalhado acerca do conflito, busca-se compreender suas origens, tipos e causas a partir da interpretação e análise do Círculo do Conflito, realizando desde uma abordagem histórica e estudo sobre a etimologia da palavra, até seu exame sob a ótica jurídica inclusive, para que se possa chegar a uma definição rasa (por não adentrar profundamente no contexto psicológico), porém

precisa, acerca daquele que talvez seja o mais antigo fomentador das divergências e da evolução mundana, qual seja, o conflito em si.

Em seguida, demonstrando os fundamentos, características e peculiaridades de cada uma das formas alternativas de resolução de conflitos, pretende-se estabelecer paralelos entre os fundamentos e princípios dos sistemas de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) em ordenamentos jurídicos estrangeiros e no ordenamento nacional, mediante entrevista com profissional da área que já atuou como mediadora no cenário jurídico internacional, levando-se em consideração as diferenças sociais e culturais das partes em conflito, também para que seja possível identificar pontos em comum na forma de lidar com as pessoas em realidades jurídicas distintas e verificar eventuais contribuições e/ou inobservâncias aos princípios norteadores do processo civil que podem advir da aplicação das ADRs.

Finalmente, mediante estudo restrito às características do sistema processual nacional, traçando-se comparativos entre a Lei da Mediação, o antigo e o atual Código de Processo Civil, buscar-se-á pontuar as principais diferenças entre os dois últimos e, a partir delas, analisar o instituto da mediação à luz das alterações trazidas pelo legislador com a Lei n. 13.105/2015, averiguando eventuais conflitos de normas (aparentes ou não), bem como identificar os principais obstáculos à consolidação das propostas do legislador no que tange ao fomento do uso das técnicas de resolução de conflitos a partir dos métodos autocompositivos, com especial ênfase à mediação, tendo em vista o foco principal adotado por esse trabalho.

Portanto, para que seja possível obter, ao final da pesquisa, conhecimento suficiente para julgar a adequação ou não das propostas estabelecidas pelo atual Código de Processo Civil no sentido de fomentar a resolução de conflitos pela forma autocompositiva, encerrada essa breve introdução, parte-se agora para análise do conflito em sua essência.

2 A ORIGEM DO CONFLITO E SUAS DIFERENTES ESPÉCIES

Inicialmente, adequado elucidar aqui que o objeto de estudo abordado com esse trabalho apenas tem razão de ser em virtude da existência do conflito, sem o que não haveria razão para manutenção das formas alternativas de resolução de conflitos de um modo geral, e, de modo específico, da mediação como uma de suas modalidades. Assim, passar-se-á a estudar a origem desse que talvez seja o mais antigo fomentador das divergências e da evolução mundana: o conflito em si.

2.1 Abordagem histórica e estudo sobre a etimologia da palavra

Sabe-se que o conflito é algo inerente às relações dos humanos enquanto seres racionais e não meramente intuitivos, logo, sua origem data dos primeiros registros da vida do homem na terra¹, justamente por ser ele capaz de estabelecer “naturalmente relações intersubjetivas e até mesmo intergrupais marcadas por divergências de ordens diversas, as quais podem ser definidas como a gênese de um dos fenômenos mais comuns e recorrentes de qualquer sociedade: o conflito” (LUCENA FILHO, 2010, p.02).

Podemos pensar a origem do conflito sob diversos prismas, seja ele o religioso – quando Adão, na história bíblica, após superar o conflito paradoxal individual decide aceitar o fruto proibido no Paraíso –, o científico, segundo o qual o conflito entre partículas teria gerado, há 15 bilhões de anos atrás, o chamado Big Bang, que deu origem ao que hoje chamamos de Universo, ou outros inúmeros casos envolvendo os animais propriamente ditos e o animal homem ao longo de sua evolução.

Justamente em razão de esses embates fazerem parte da evolução humana e serem necessários ao desenvolvimento familiar, social, político e organizacional, Karl Marx (1864-1920), considerado o maior sociólogo da modernidade, criou a Teoria do Conflito, sustentando que a organização social e a sua mudança se baseiam nos conflitos intrínsecos à sociedade, passando-se a perceber com isso também o real

¹ Aristóteles e Hugo Grócio dedicaram estudos ao tema da natureza social do homem e a inclinação inata deste à vida em sociedade, aplicadas à concepção de criação do Direito, Poder Constituinte e do Estado. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral, O Poder Constituinte (A natureza e a titularidade do Poder Constituinte Originário), São Paulo, Ed. Sugestões Literárias, 1980. p. 28-29.

impacto positivo dos conflitos na moldagem da sociedade a partir das divergências interpessoais e intergrupais.

Morais & Spengler, ao citarem Karl Marx, não deixam de estabelecer paralelos com as teorias do conflito estudadas também por Max Weber e Friedrich Engels, sustentando, ao final, que todas, de uma forma ou outra, tratam o conflito como meio de evolução e ressaltam “as relações de poder exercidas pelo Estado sobre o cidadão no tratamento dos conflitos sociais” (2012, p. 60), descrevendo a superestrutura legal/política como formadora da consciência social e o Estado como um instrumento de domínio de classes.

Levando-se em conta a evolução acerca da interpretação dos conflitos nos últimos cento e cinquenta anos, fazendo referência novamente ao mestre em Direito Lucena Filho, hoje o conflito não deve ser encarado como a demonização de pessoas (físicas ou jurídicas) ou passível de sempre ser evitado, afinal, cada indivíduo é dotado “de características próprias que, em certo momento são capazes de colidir com interesses, pretensões e direitos do outro, tempo em que surge uma divergência capaz de polarizar uma relação anteriormente estabilizada” (2010, p. 07).

Assim, justamente por possibilitar esse intercâmbio de posicionamentos é que o conflito equilibrado, com o passar das décadas, adquiriu a conotação positiva atual, fato que antigamente seria inimaginável ante as perspectivas expressamente negativas exaradas pelas culturas ocidentais acerca de sua existência ou funcionalidade.

No que tange à etimologia da palavra, o dicionário online Michaelis (2016) a trata, de um modo geral, como mera oposição de interesses e incompatibilidade de valores; um embate de pessoas que lutam, estabelecem desordem e geram tumulto. Ao mesmo tempo, mediante análise da palavra sob um contexto psicológico, se refere ao conflito como a tensão produzida pela presença simultânea de motivos contraditórios nos quais, segundo a psicanálise, haveria sempre um desejo reprimido, inconsciente.

Já sob o aspecto sociológico, é o conflito entendido como a competição consciente entre indivíduos ou grupos que visam à sujeição ou destruição do rival, em razão de incompatibilidade entre valores culturais cujos portadores humanos estabelecem contato.

Referida palavra, segundo Morais & Spengler, “nascida do antigo latim, tem como raiz etimológica a ideia de choque, ou ação de chocar, contrapor ideias, palavras, ideologias valores ou armas” (2012, p. 45).

No mesmo sentido, porém de forma muito mais ampla, os autores Folger, Poole & Stutman entendem o conflito como uma interação entre pessoas que se deparam com metas/pontos de vista incompatíveis, havendo uma interferência entre um e outro para que consigam atingir o que almejam/defendem² (tradução nossa) (1997, p. 04).

Tendo como origem as próprias relações interpessoais, Folger, Poole & Stutman entendem que

Os conflitos ocorrem em quase todos os segmentos sociais, sendo inerentes às famílias e às amizades, estando presentes nos parques, nas salas de aula, nos campos de futebol ou até mesmo nas rodas de bar entre amigos. Sua existência independe do nível de complexidade da relação ou dos conflitantes, sendo presumível que sua forma de ocorrência será sempre conexa ou similar aos primeiros conflitos experimentados durante a infância de qualquer pessoa³ (tradução nossa) (1997, p. 06).

Segundo Robbins, Judge & Sobral, “o que não faltam são definições para (*a palavra*) conflito, mas a mais comum para a maioria é de que o conflito é uma questão de percepção. Se ninguém tiver noção de sua existência, há um consenso de que ele não existe” (2010, p. 437).

Depreende-se, pois, que não havendo ciência dos envolvidos em determinada situação conflituosa de que de fato estão vivenciando um episódio de divergências, não há que se falar em conflito, uma vez que a percepção pelos sujeitos ativos seria requisito indispensável à sua existência.

Todavia, existindo o conflito, entendem os mesmos doutrinadores que ele não será nada mais do que

Um processo que tem início quando alguém percebe que outra parte afeta, ou pode afetar, negativamente alguma coisa que considera importante. Engloba um amplo escopo de conflitos experimentados nas organizações – incompatibilidade de objetivos, diferenças de interpretação dos fatos, desacordos baseados nas expectativas de comportamento, e assim por diante (2010, p. 437).

² “The interaction of interdependent people who perceive incompatible goals and interference from each other in achieving those goals.” (FOLGER, POOLE & STUTMAN, 1997, p. 04).

³ “The conflict occurs in almost social settings. Most people learn at a very young age that conflicts arise in families, playgrounds, classrooms, Little League fields, ballet centers, scout troops and cheerleading teams. Even as relationships become more complex and people become involved in more diverse public settings, conflicts remain remarkably similar to those experienced in childhood.” (FOLGER, POOLE & STUTMAN, 1997, p. 06).

Discutem-se as diferentes visões acerca da transição do conceito de conflito ao longo do tempo, enquanto razão tanto do progresso como do retrocesso da sociedade de uma forma geral, como se verá a partir das conceituações feitas por Robbins, Judge & Sobral. De acordo com seus estudos, “são três as principais visões acerca do conflito, quais sejam a tradicional, a interacionista e a focada na resolução” (2010, p. 437).

Quanto à primeira – a mais antiga delas –, parte do princípio de que todo conflito é ruim e deve ser evitado, pois é comparado a termos como violência, destruição e irracionalidade, algo condizente ao comportamento dos grupos predominantes até metade do século passado. Conforme conceituam os autores, “seria uma disfunção resultante de falhas de comunicação, abertura e desconfiança entre as pessoas” (ROBBINS, JUDGE & SOBRAL, 2010, p. 437), ou seja, demandaria, para solução, apenas observar as causas e corrigir o que estivesse errado.

Entretanto, com o passar das décadas, percebeu-se que determinados conflitos são inevitáveis, de modo que surgiu a segunda visão acerca do tema – a interacionista.

A visão interacionista, contrariamente ao conceito anterior, se não busca realizar o conflito de todas as formas, no mínimo o encoraja, baseando-se na ideia de que a estagnação e apatia seriam a consequência de uma sociedade estritamente pacífica. Nem tão estimuladas nas áreas jurídicas, mas com forte incidência nas áreas profissionais que envolvem interações negociais, a visão interacionista busca encorajar que se mantenha “um nível mínimo de conflito – o suficiente para que um grupo continue viável, autocrítico e criativo” (ROBBINS, JUDGE & SOBRAL, 2010, p. 437).

Por fim, e a mais importante das visões no que diz respeito ao objeto desse estudo, há de se falar no conflito focado na resolução, que é uma consequência dos excessos provocados pela visão interacionista, ou seja, percebeu-se que incentivar o conflito nem sempre traria grandes vantagens. Assim, reconhecendo-se a inevitabilidade dos conflitos, busca-se focar em sua resolução produtiva, encorajando “limitados níveis de conflitos, para encontrar métodos construtivos para resolvê-los de maneira produtiva, para que sua influência disfuncional seja minimizada” (ROBBINS, JUDGE & SOBRAL, 2010, p. 439).

Para Moraes & Spengler, em suma,

O conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo, fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo, conforme os valores inseridos no contexto social analisado (2012, p. 47).

Enquanto Robbins, Judge & Sobral definiram o conflito em diferentes visões – tradicional, interacionista e resolutive –, Morais & Spengler se utilizam da denominação “dinâmica conflitiva” dentro de um contexto de “sociação” (e não associação) democrática para referir o meio de manter a vida social, de evitar a estagnação e facilitar determinadas formas sociais em detrimento de outras, logo, pode-se verificar que o conflito poderá ser “tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas consequências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender” (2012, p. 53).

Salientam, ainda, que no conflito entre dois litigantes,

Aquilo que os separa, a ponto de justificar o litígio, é exatamente aquilo que os aproxima, no sentido de que eles compartilham a lide um intenso mundo de relações, normas, vínculos e símbolos que fazem parte daquele mecanismo. Portanto, a aposta em jogo separa e une, corta nitidamente a possibilidade de comunicação e instaura outras, sendo elas equivocadas e destrutivas” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 55).

De um modo geral, portanto, percebe-se o conflito como algo inerente às relações humanas, sendo fator positivo enquanto meio de socialização e coesão interna, entretanto, é ao mesmo tempo fato gerador das mais impactantes discórdias e resultados negativos gerados pelo ser humano ao longo da história.

Apesar disso, porém, é notória a ascensão das técnicas que têm buscado dirimir as desavenças e administrar as situações conflitivas, principalmente na seara do Direito aplicado, razão pela qual se faz imprescindível analisar o conflito sob a ótica desse campo de atuação.

2.2 O conflito sob a ótica jurídica

Analisando-se o conflito sob a ótica jurídica, é ele entendido como fator fundamental para existência da lide, a qual, segundo afirmação clássica consagrada do doutrinador italiano Francesco Carnelutti, “corresponde a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (1999, p. 56). Trata-se do núcleo essencial de

um processo judicial civil, o qual visa, em última instância, resolver a lide (conflito) apresentada perante o juízo.

Levando-se em conta a estrutura procedimental do direito brasileiro para resolver os conflitos individuais, pode-se perceber que é ela insuficiente para solucionar a totalidade dos conflitos de interesses que hoje existem, logo, depreende-se que o sistema nacional atual está (ou ao menos deveria estar) capacitado para administrar apenas parte dos litígios existentes.

Justamente em razão disso que Moraes & Spengler tratam a situação de hoje como

Um momento de desacomodação interna, no qual há um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à Justiça, quantitativa e qualitativamente falando, em contraposição a instrumentos jurisdicionais notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas que lhe são propostas (2012, p. 106).

Evidencia-se, pois, que a realidade atual é de um sistema insuficiente para atender aos anseios daqueles que buscam no poder judiciário as soluções para os litígios que dia após dia surgem em progressão geométrica, enquanto os desfechos desses casos, por sua vez, não são verificados sequer em progressão aritmética.

Apesar do panorama desfavorável, percebe-se que parcela do problema está na própria cultura do cidadão, o qual por muitas vezes, em casos simples, prefere transferir a terceiro (Poder Judiciário) o enfado que seria absolutamente seu: buscar solucionar o conflito mediante a mais antiga das alternativas – a comunicação.

Diante do quadro exposto nos parágrafos anteriores, impõe-se o dever de analisar as causas do conflito, as quais, por certo, não poderiam estar desatreladas das necessidades de cada cidadão.

Conforme Schnitman & Littlejohn,

Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pós-consequente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas (1999, p. 170).

Em razão dessas incompatibilidades – as quais, de acordo com Moore (1996), ocorrem por diferenças de necessidades, valores, recursos ou o acúmulo desses três aspectos entre as partes –, é que se faz imprescindível a análise da chamada “*Sphere of Conflict*”, ou Círculo do Conflito.

2.3 O Círculo do Conflito de Christopher W. Moore

De acordo com a definição dada por seu próprio criador, o autor e mediador Moore (1996) traz, em conceitos individuais, as razões dos conflitos e seus diferentes tipos, classificados em uma subdivisão com conflitos intrapessoais, interpessoais, intragrupo e intergrupo, todos eles formando o chamado Círculo do Conflito.

Quanto à primeira subdivisão dos conflitos (intrapessoal), refere Moore que essas situações conflitivas “ocorrem dentro do próprio indivíduo, estão diretamente relacionadas com a consciência e o eu interior de cada pessoa – envolvem ideias, pensamentos, sentimentos e emoções, os quais entram em colisão uns com os outros” (1996, p. 60-61).

No que diz respeito aos conflitos interpessoais, demandam a existência de outro indivíduo que imponha resistência a determinado posicionamento, estabelecendo-se, assim, a relação conflitiva. É o maior foco da abordagem de conflito no presente trabalho, abrangendo as relações entre marido e mulher, empregador e empregado, discussão entre amigos, etc.

Embora a primeira impressão ao abordar o tema conflito remeta às oposições de ideias pessoais e entre indivíduos, sua incidência transcende a esfera individual, de modo a gerar as situações conflitivas intragrupo e intergrupo. Sobre a primeira, “tem sua origem quando o conflito é gerado dentro de um pequeno grupo – como um conflito familiar, empresarial ou até mesmo em um grupo de amigos” (MOORE, 1996, p. 60-61).

Já o conflito intergrupo, por sua vez, requer a existência de grupos distintos com ideias opostas, que imponham resistência uns aos outros, como é o caso de nações em guerra, empresas concorrentes, sindicatos profissionais e outras situações semelhantes. Ressalta-se que as hipóteses conflitivas desse tipo são as mais difíceis de administrar, em razão de que o grande contingente de envolvidos e as interações entre

eles torna a busca por um ponto comum, favorável a todos, uma tarefa bastante complicada, senão inviável (MOORE, 1996).

De acordo com Moore (1996), existem cinco principais tipos de conflitos dentro da subdivisão já mencionada, dentre os quais estão elencados os embates de interesse, de relacionamento, dados, valores e os estruturais, perfazendo, dessa forma, a já mencionada *Sphere of Conflict*, em que o autor elenca as causas e as possíveis intervenções a serem feitas para dar fim aos conflitos gerados levando em conta os valores envolvidos caso a caso.

Talvez a causa mais natural e inevitável da grande maioria das divergências seja os interesses colidentes dos indivíduos. Conforme explica o autor ora referido,

Conflitos de interesse ocorrem quando há atual ou perceptível escassez de recursos em relação a ativos físicos (dinheiro ou outras coisas tangíveis), a questões processuais (como as decisões devem ser tomadas) ou a problemas psicológicos (o que está errado emocionalmente)⁴ (tradução nossa) (1996, p. 60-61).

Em tese, os interesses das partes são o porquê elas querem alguma coisa. Suas motivações, assim, podem ser conflitantes, tal como quando um pai tenta impor sua autoridade sobre o filho adolescente e este, em busca de maior autonomia, confronta as ordens de seu genitor.

Apesar da oposição dos motivos de ambos, o que eles querem é, sobretudo, ter o controle, daí então a importância de buscar articular quais são as motivações, qual a possibilidade de se verem reconciliadas ou, no mínimo, acordarem que discordam um do outro e buscar um comprometimento, com cada uma delas cedendo um pouco em suas posições.

No mesmo sentido é o que está disposto no Manual de Resolução de Conflitos das Nações Unidas acerca das divergências – em qualquer de suas subdivisões (intrapessoal, interpessoal, intragrupo ou intergrupo) – envolvendo interesses díspares, referindo que “a concorrência real ou percebida de interesses em relação aos recursos, à forma de resolver uma disputa ou às percepções de confiança e equidade” (UNDESA, 2001, p. 09) é o que caracteriza esta categoria de conflito.

⁴ “Interest conflicts occur when there are actual or perceived scarce resources such as physical assets (money or other tangible things), procedural issues (how decisions should be made) or psychological issues (who is in the wrong emotionally)” (MOORE, 1996, p. 60-61).

Moore cita ainda determinadas formas de intervenção mais do que úteis para que, levando em contas os interesses das partes, seja possível buscar uma solução criativa e que zele pelos anseios de todos, sem comprometer, no entanto, o sucesso da resolução do conflito, quais sejam

Concentrar-se nos interesses e não nos posicionamentos assumidos; procurar critérios objetivos; desenvolver soluções integradoras que atendam às necessidades de todas as partes; procurar formas de expandir opções ou recursos; desenvolver soluções de compromisso para satisfazer interesses ou forças diferentes⁵ (tradução nossa) (1996, p. 60-61).

Ao referir que as partes devem buscar concentrar-se em interesses e não em posicionamentos, faz-se imprescindível distinguir ambas as ideias, de modo que, conforme consta no Manual da ONU ora referido, “posicionamento seria o que designa a solução declarada de uma parte em relação ao conflito” (UNDESA, 2001, p. 28).

Nesse sentido, a ideia a partir do foco nos interesses – que nada mais são do que as necessidades básicas, preocupações, medos ou valores subjacentes à determinada posição num conflito – seria oportunizar aos conflitantes que encontrassem um ponto de interesse em comum, sob o qual encontrassem uma base sólida para se chegar a um acordo, vez que seus posicionamentos, obviamente em razão da oposição das partes, tendem a ser naturalmente incongruentes.

Conforme Moore, tais interesses estão divididos entre materiais (relacionados com recursos físicos, tais como dinheiro, terras ou tempo), psicológicos (relacionados a questões de confiança, justiça e consideração) e de procedimento (que concernem à forma de resolução da disputa, quem está envolvido e como serão tomadas as decisões), estando todos inter-relacionados (1996, p. 60-61).

Quanto à necessidade de estarem relacionados, diz-se isso justamente porque o conflito solucionado com base em apenas um dos interesses está fadado ao fracasso, conforme relatado no próprio Manual de Resolução de Conflitos da ONU:

Se estes três tipos de interesse não forem satisfeitos, o projecto pode nunca chegar a arrancar. São muitos os exemplos de projectos de desenvolvimento que não foram adiante por se ter negligenciado interesses psicológicos e de procedimento [...] (UNDESA, 2001, p. 28).

⁵ “Focus on interests, not positions; look for objective criteria; develop integrative solutions that address needs of all parties; search for ways to expand options or resources; develop trade-offs to satisfy interests or different strengths” (MOORE, 1996, 0. 60-61).

Fugindo da abordagem dos interesses como causas às situações conflitivas, passa-se a analisar os conflitos gerados a partir da existência de valores distintos entre as pessoas, entendendo-se a palavra dentro de um contexto psicossocial, como juízo de valor. Segundo o dicionário online Michaelis, a palavra valor, dentro do contexto abordado, tem o seguinte significado:

Juízo de valor: a) Psicol: apreciação subjetiva, que revela as preferências pessoais de cada pessoa, segundo suas tendências e influências sociais a que está submetida; b) em Filosofia, designa os julgamentos não diretamente procedentes da experiência, ou de elaboração pessoal, em oposição aos julgamentos de realidade, próprios do conhecimento objetivo, ou da ciência (MICHAELIS, 2016).

Essa definição remeterá novamente ao conceito de Moore, ainda dentro do círculo do conflito, segundo o qual “conflitos de valores são causados por diferentes critérios para avaliar ideias ou comportamentos, objetivos exclusivos e intrinsecamente valiosos, bem como diferentes formas de vida, ideologia e religião⁶” (1996, p. 60-61).

Definição semelhante pode ser encontrada no Manual de Resolução de Conflitos da ONU, em que se defende que tal espécie de conflito

Surge em virtude de diferenças ideológicas ou de diferentes padrões de avaliação das ideias e comportamentos. As diferenças reais ou percebidas em termos de valores não levam necessariamente ao conflito. Este surge apenas quando são impostos valores aos grupos, ou quando se impede que os grupos mantenham os seus sistemas de valores (UNDESA, 2001, p. 09).

Moore propõe formas de intervenção às situações envolvendo esse tipo de conflito de uma forma nem tão simples, qual seja a de

Evitar definir o problema como uma questão de valores, ainda que para isso tenha que ser oportunizado às partes a chance de concordar e discordar umas das outras, criando, assim, uma esfera de influência onde um conjunto de valores predomine, buscando a partir daí encontrar um objetivo em comum, do qual todas as partes compartilhem⁷ (tradução nossa) (1996, p. 60-61).

Em que pese as formas de intervenção elencadas pareçam simples de início, o fato de os conflitos de valores compreenderem questões religiosas e comportamentais

⁶ “Value conflicts are caused by different criteria for evaluating ideas or behavior, exclusive intrinsically valuable goals or different ways of life, ideology and religion” (MOORE, 1996, p. 60-61).

⁷ “Possible value-rated interventions avoid defining problem in terms of value, allow parties to agree and disagree, create spheres of influence in which one set of value dominates and search for superordinate goal that all parties share (MOORE, 1996, p. 60-61).

talvez os tornem mais complicados para se chegar à solução, pelo próprio caráter controverso, de paixão e fanatismo a que estão relacionados.

Não muito distante do conflito envolvendo os valores está também a situação que envolve as relações interpessoais, que se identifica dentro do círculo do conflito citado por Moore no termo “relacionamento”, tratado no Manual de Resolução de Conflitos da ONU, citando o próprio doutrinador aqui referido, como a “consequência de emoções fortes, dos estereótipos, da falta de comunicação e do comportamento negativo persistente” (UNDESA, 2001, p. 09).

Para o mencionado autor, possíveis formas de intervenção em situações dessa dimensão seriam

Mediante certo controle ao expressar emoções, de modo a legitimar os sentimentos e proporcionar métodos de desmistificar posicionamentos, tornando-os positivos; desenvolvimento tanto da qualidade como da quantidade de comunicação estabelecida entre os conflitantes; bloqueio de comportamentos negativos, a partir de uma modificação da estrutura do ambiente, através de encorajamentos a atitudes que solucionem eventuais imbróglis⁸ (tradução nossa) (1996, p. 60-61).

Permanecendo dentro da análise do círculo do conflito de Moore, dois fatores causadores ainda merecem serem abordados, quais sejam os estruturais e aqueles que envolvem dados. Em relação aos primeiros, diz o autor e mediador acima citado que “são causados pela distribuição desigual ou injusta do poder e dos recursos, limitações de tempo, padrões de interação destrutivos e fatores geográficos ou ambientais desfavoráveis contribuem para o conflito estrutural⁹” (1996, p. 60-61).

Assim, por nenhuma das partes controlarem as estruturas que operam, essa espécie conflituosa é bastante difícil de ser solucionada, porém, o ponto de partida para dizimar eventuais desacordos deve ser a partir da identificação das questões estruturais controversas, dando fim a elas quando possível, ou então, pelo menos, buscando um melhor entendimento sobre seus problemas, a fim de uma mudança com efeitos futuros (RICKOVER, 2014).

⁸ “Possible relationship interventions: control expression of emotions through procedure, ground rules, cáucuses, and so forth; promote expression of emotions by legitimizing feeling and providing a process; clarify perceptions and build positive perceptions; improve quality and quantity of communication; block negative repetitive behaviour by changing structure; encourage positive problem-solving attitudes” (MOORE, 1996, p. 60-61).

⁹ “Are caused by destructive patterns of behavior or interaction; unequal control, ownership or distribution of resources; unequal power and authority; geographic, physical, or environmental factors that hinder cooperation; or time constraints” (MOORE, 1996, p. 60-61).

Já quanto à última espécie – conflitos envolvendo dados – aduz Moore, citado no Manual de Resolução de Conflitos da ONU, que essas ocorrências têm relação direta com a falta de informações ou com informações mal transmitidas, bem como diferentes visões e interpretações acerca de um mesmo tema/dado/informação, além de divergências quanto à relevância ou procedimentos de avaliação de determinados dados (UNDESA, 2001, p. 09).

Como atesta Rickover, “quando as partes, num litígio, veem-se sem informações/dados, o conflito é provável. A maneira de começar a resolver a disputa é identificar a informação que está faltando, e analisar se resolver as questões de fato poderá solucionar parte ou todo o conflito¹⁰” (tradução nossa) (2014, p. 01).

Lembra a autora, ainda, que muitas vezes é preciso resolver algo mais do que “o que os dados são?”, mas também responder o que os dados de fato significam. Já Moore, por sua vez, ao abordar maneiras de intervenção em conflitos envolvendo dados, aponta para a necessidade de buscar um denominador comum entre as partes, o qual deverá ser no sentido de que “todos identifiquem a importância do dado/informação faltante ou precário, bem como assumam a necessidade de coletar esse conteúdo, desenvolvendo um critério comum em relação aos dados trabalhados”¹¹ (tradução nossa) (1996, p. 60-61).

Evidente, pois, que a dificuldade dos conflitos envolvendo dados os tornam extremamente desafiantes, uma vez que inúmeras partes optam por manter informações confidenciais em reuniões, sessões de mediação ou algo do gênero, razão pela qual se faz imprescindível, em casos assim, iniciar com todos tendo acesso aos dados trabalhados, haja vista que eventual acordo versando apenas sobre o conteúdo exposto já é complicado, então o que se dirá de um material que está sob certo sigilo e inacessível?!

Findas as explanações acerca do conflito sob a ótica jurídica e esmiuçados os detalhes e possíveis soluções baseadas no Círculo do Conflito de Christopher Moore, deve-se atentar às diferentes modalidades de auto e heterocomposição que podem ser

¹⁰ “When the parties to a dispute are missing data, then conflict is likely. The way to start to resolve the dispute is to identify the information that is missing, and start to see if resolving the factual issues can resolve some or all of the conflict” (RICKOVER, 2014, p. 01).

¹¹ “Reach agreement on what data are important, agree on process to collect data, develop common criteria to assess data and use third-party experts to gain outside opinion or break deadlocks” (MOORE, 1996, p. 60-61).

utilizadas, realizando-se um estudo detalhado sobre as técnicas e os diferentes tipos que as envolvem.

A partir disso, então, buscar-se-á chegar ao grande desafio do projeto em questão: encontrar maneiras de tornar ainda mais efetivas as formas alternativas de resolução de conflitos na via extrajudicial e pré-processual, anteriormente à formação da lide processual e da necessidade da intervenção do provimento jurisdicional, com foco especial à técnica de mediação, incentivada pelo Código de Processo Civil de 2015 e regulamentada pela Lei de Mediação.

3 DIFERENTES FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

No tópico em análise, conforme referido nos últimos parágrafos acima, pretende-se diferenciar as modalidades e técnicas de resolução de conflitos, analisando os conjuntos valorativos que determinam o sucesso de cada um dos métodos, abordando os aspectos que os distinguem e influenciam nos seus resultados. Para isso, trar-se-ão relatos da experiência e aplicabilidade de tais técnicas no plano internacional, a fim de que, no capítulo seguinte, ao abordar a dinâmica das mesmas técnicas na esfera nacional, seja possível apontar os atributos positivos em comum, permitindo refletir sobre a efetividade dos métodos pré-processuais de resolução conflitiva.

3.1 As modalidades de resolução de conflitos e o uso das técnicas de ADR *(Alternative Dispute Resolution)*

Verificou-se até aqui que o conflito pode ser gerado por inúmeras razões e envolver uma ou várias pessoas, variando entre a esfera individual e coletiva, relacionando-se sempre com percepções, interesses e posicionamentos de cada cidadão. Essa variedade verificada na origem dos conflitos também se nota quando se analisam as formas de resolvê-los, afinal, dentre as alternativas que podem ser escolhidas para eventual resolução, pode-se escolher a mais simples, a mais rápida, a mais conservadora ou até mesmo a mais destruidora de relações.

Nesse sentido, impõe-se a necessidade de analisar cada uma das modalidades de resolução de conflitos e as técnicas alternativas para solucionar disputas de forma a preservar relações e manter um ambiente favorável aos conflitantes, com especial ênfase àquelas que buscam evitar a judicialização da contenda nas quais as partes estão envolvidas, eis que, nos dizeres de Bezerra, o Direito tem função de “pacificação social, devendo se preocupar com o conteúdo justo e questões sociais que extrapolem o fenômeno jurídico em sentido estrito, não podendo se comprometer com questões que poderiam ser resolvidas pelos próprios envolvidos” (2001, p.45).

Em razão da função pacificadora que lhe é atribuída, o direito se encarrega, através da via judicial, de solucionar os casos que de fato prescindem da atuação do juiz

natural com poder decisório nas situações de incompatibilidade irreparável entre os litigantes.

Ao mesmo tempo, com a finalidade de evitar a concentração no Poder Judiciário de situações cujo conteúdo e solução dispensem a intervenção do terceiro imparcial – que o é o juiz de direito –, o próprio ordenamento disponibiliza mecanismos para atender essas demandas, quais sejam, as vias extrajudiciais e pré-processuais (em que pese a prática jurídica nacional demonstre a preferência dos litigantes pelo método explicitado no parágrafo anterior).

A afirmação abaixo colacionada, extraída da obra do doutrinador Bezerra, corrobora as alegações *retro* feitas:

Para a solução dos conflitos individuais e sociais o direito oferece dois mecanismos, a saber, o extrajudicial e o judicial. Para a realização deste último, oferece-se a via processual e a extraprocessual. A realidade social dos últimos tempos tem demonstrado que os indivíduos buscam a solução de seus conflitos mais pela via judicial do que pela via extrajudicial (2001, p. 54).

De acordo com o autor, a “solução dos conflitos deveria ser, primeiramente, buscada extrajudicialmente, sem que, com isso, se falasse em vingança privada ou exercício arbitrário do próprio direito” (BEZERRA, 2001, p. 55).

Adentrando, pois, na seara da via extrajudicial, onde se concentram as mais relevantes modalidades e técnicas de resolução de conflitos sem intervenção de um terceiro com poder decisório, importante estabelecer diferenças entre os métodos de autocomposição e heterocomposição, para a partir deles esmiuçarmos cada um dos mecanismos à disposição para dirimir conflitos.

Basicamente, a autocomposição é um método primitivo de resolução de conflitos (que não se confunde com a autotutela, eis que esta é uma maneira de imposição de um interesse sobre outro de terceiro) entre pessoas e se configura quando um dos indivíduos (ou ambos) abre mão de seu interesse por inteiro ou de parte dele, existindo, assim, um ajuste de vontades entre as partes, em que pelo menos uma delas abre mão, total ou parcialmente, de seus anseios. Conforme Delgado, “na autocomposição, o conflito é solucionado pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia” (2002, p. 663).

Segundo os doutrinadores Cintra, Grinover e Dinamarco, “a autocomposição pode ocorrer de três formas clássicas, sendo disponível o interesse material: transação, submissão, desistência (e qualquer uma delas pode ser processual ou extraprocessualmente)” (2003, p. 30), admitindo-se ou não a participação de terceiros no curso do procedimento.

Também neste sentido é o posicionamento de Sena, para quem

As modalidades de autocomposição são as seguintes: renúncia, aceitação (resignação/submissão) e a transação. Ocorre a renúncia quando o titular de um direito dele se despoja, por ato unilateral seu, em favor de alguém. Já a aceitação (resignação/submissão) ocorre quando uma das partes reconhece o direito da outra, passando a conduzir-se em consonância com esse reconhecimento. E, a transação verifica-se quando as partes que se consideram titulares do direito solucionam o conflito através da implementação de concessões recíprocas. (2007, p. 94).

De forma oposta ocorre na heterocomposição, a qual consiste em uma forma de resolução de conflitos em que necessariamente há o envolvimento de um terceiro imparcial atuante, determinante e com poder decisório para o desfecho da contenda criada. Essa pessoa alheia às partes poderá tanto ser por elas eleitas ou então selecionada e encarregada de tal fim por órgão estatal ou até mesmo pelo Poder Judiciário, nos casos em que a solução for obtida através da jurisdição.

Conforme preceitua Delgado,

A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. É que, ao invés de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida (2002, p. 664).

Nesse sentido, percebe-se que a heterocomposição retira das partes a autonomia que possuem no procedimento autocompositivo, a fim de permitir que um terceiro imparcial opine, aponte e decida em nome dos conflitantes, com a finalidade de conduzir e direcionar a dinâmica conflitiva eleita ou imposta aos participantes.

Definidos os conceitos de auto e heterocomposição, parte-se para a inserção de cada uma das modalidades de resolução de conflitos de forma extrajudicial nos itens recém-conceituados.

Primeiramente, impõe-se a necessidade de estudarmos a mediação – objeto principal do presente estudo – como meio alternativo de resolução de conflitos, em especial porque há grande divergência doutrinária sobre a correta adequação desse mecanismo (se no sistema autocompositivo ou no heterocompositivo). Tal incerteza se observa a partir da análise do conceito de mediação, o qual, segundo Morais & Spengler, consiste em

Uma espécie do gênero de justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa (2012, p. 131).

De acordo com os mesmos doutrinadores, a mediação busca solucionar conflitos “mediante a atuação de um terceiro desinteressado – denominado mediador – que exerce uma função de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes construir suas respostas e escolhas” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 132).

Nos dizeres de Warat, citado por Menezes, “é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças” (2001, p. 23).

Criador do Círculo do Conflito, Moore define a mediação como a intervenção de “terceiro aceitável com limitado ou nenhum poder de decisão autoritária em uma negociação ou conflito padrão, mas que ajuda as partes envolvidas a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável para as questões em causa¹²” (tradução nossa) (1996, p. 15).

Evidencia-se, dessa forma, que a mediação é um processo no qual um terceiro imparcial, que prescinde de autoridade para impor uma solução, ajuda as partes conflitantes a alcançar uma solução para a disputa em que estão envolvidas ou então

¹² “Mediation is defined as “the intervention in a standard negotiation or conflict of an acceptable third party who has limited or no authoritative decision-making power but who assists the involved parties in voluntarily reaching a mutually acceptable settlement of issues in dispute.” (MOORE, 1996, p. 15).

planejar uma transação, sem que para isso manifeste sua opinião ou proponha formas de dirimir o conflito.

Nesse sentido são as palavras de Bezerra, descrevendo a mediação como ato “informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na solução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização das emoções, formações de opções e negociação de acordos” (2001, p. 79).

Diante de conceitos tão similares, mas não idênticos, alguns doutrinadores acabam entendendo a mediação como uma forma de autocomposição – face ao caráter de mero acompanhamento e guia exercido pelo mediador, prescindindo de poder decisório e restringindo às partes a condição de tomar qualquer decisão –, todavia, outros entendem o mesmo instituto como uma forma de heterocomposição, justamente pela presença do terceiro imparcial, que apesar de não ter o condão de decidir, acaba por contaminar a solução autocompositiva dos litigantes.

É assim que Sena aponta o entendimento doutrinário,

Como já se depreende, a divisão acima não é consensual na doutrina. Existem autores que consideram a conciliação e a mediação como meios autocompositivos e como meios heterocompositivos a arbitragem e a jurisdição. Repita-se: a prevalência da divisão acima funda-se no fato de a classificação levar em consideração os sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo utilizado (2007, p. 94).

Segundo Delgado (2002), na autocomposição apenas os litigantes é que promovem a busca pela extinção do conflito, gerando uma solução da controvérsia por eles mesmos, enquanto na heterocomposição a intervenção é realizada por um agente alheio às partes, o qual terá maior ou menor grau de interferência na direção da dinâmica conflitiva.

Em suma, em que pese haja divergência doutrinária quanto à adequação da mediação enquanto método de auto ou heterocomposição, inegável que sua eficácia não é comprometida por essa classificação. Assim, importante observar algumas peculiaridades desse mecanismo de resolução de conflitos, eis que não se trata de algo novo, vez que sempre existiu como meio alternativo de dirimir disputas, todavia, passou

a ser tratado sob a perspectiva de relevante ferramenta para desafogar o sistema judiciário nacional, conforme afirmam Moraes & Spengler:

A mediação, assim como as demais formas de tratar os conflitos, não constituiu um fenômeno novo, na verdade sempre existiu e passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios – no cenário brasileiro, por exemplo, assiste-se não só a uma crise estrutural (instalações), funcional (pessoal), substancial (métodos) do Poder Judiciário, como a uma crise generalizada nas instituições (crise na educação, saúde, previdência social, economia) (2012, p. 132).

Dentre as principais características da mediação, pode-se citar o caráter altamente pessoal dessa modalidade; a participação necessária do terceiro imparcial; a oferta às partes, pelo mediador, de novos canais de comunicação mediante o esclarecimento das ideias levantadas por cada uma delas, sem que com isso acabe o terceiro tomando um posicionamento e indicando o caminho a ser seguido; e principalmente a concentração do poder decisório nos próprios litigantes presentes na sessão de mediação, a fim de justificar um dos princípios da modalidade – a autodeterminação das partes.

Ao falar de princípios no parágrafo anterior, vem à tona a necessidade de analisarmos os mais relevantes e que devem estar presentes no processo de mediação, bem como suas características, dentre os quais podemos citar o princípio da independência, da autonomia da vontade das partes, da imparcialidade e o da confidencialidade, todos eles previstos no artigo 2º da Lei n. 13.140/2015, a Lei da Mediação.

Segundo Moraes & Spengler, “o princípio da independência estabelece que o mediador não pode possuir relações estreitas com os mediandos, pois nesse caso a tendência é agir de forma imparcial” (2012, p. 197).

A independência referida, todavia, vai além da limitação mencionada, eis que de acordo com os mesmos doutrinadores, abrange também a garantia de autonomia e liberdade para que o mediador “realize a sessão conforme seus conhecimentos e práticas, livre de qualquer pressão sobre resultados ou condições do procedimento” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 197).

No que tange ao princípio da autonomia, Warat analisa a palavra a partir de um contexto sociológico para justificar a importância do conteúdo analisado, definindo-a como

Uma possibilidade de escapar do mundo das palavras e dos mitos que nos exilam do real. A vontade persistente de toda República (entendida aqui como cultura organizada pela alienação, a ciência e a filosofia) é a de manter os cidadãos felizes como dependentes incuráveis das palavras e dos mitos. O cidadão que não pensa, porém, acredita que pensa. Repetindo chavões. Escuta falar que é livre e acredita nas palavras, enquanto a vida lhe grita, e ele não escuta, que é um prisioneiro de sua própria imbecilidade energizada pelas palavras e pelos mitos (2004, p. 15).

Dessa maneira, defende-se que o princípio da autonomia tem relevância justamente porque as partes é que se conduzem ao encontro da melhor forma de resolução do conflito, mediante o diálogo que “verse sobre suas diferenças, forme identidade cultural e integre as partes envolvidas, criando um sentimento comum de pertença e a responsabilidade mútua de reparação e transformação” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 198).

Além disso, a autonomia diz respeito também ao interesse das partes em participar ou não dos processos de mediação – ou seja, são modalidades facultativas, não impostas, mas apenas fomentadas pelo ordenamento jurídico –, bem como a opção de homologarem ou não o acordo entabulado, recaindo sobre elas mesmas a decisão sobre o que lhes é mais benéfico.

Passando à análise do princípio da imparcialidade, a definição proposta por Exon talvez seja a mais adequada para definir o que é a imparcialidade do mediador. Segundo ela, "imparcialidade significa liberdade de favoritismo e parcialidade na palavra, ação e aparência. A chave para este requisito é o mediador de capacidade para servir todos os participantes ao mesmo tempo¹³" (tradução nossa) (2008, p. 581).

Da mesma forma observam Moraes & Spengler quando analisam o conteúdo do projeto chamado *Model Standards of Conduct for Mediators*. Referem eles que para o êxito da mediação o mediador deve se manter equidistante, estando apto a exercer seu ofício “apenas quando mantiver comportamento idôneo em relação ao referido

¹³“Impartiality means freedom from favoritism and bias in word, action and appearance. The key to this requirement is the mediator's ability to serve all participants concurrently.” (EXON, 2008, p. 581).

princípio, devendo abandonar o processo caso se perceba incapaz de manter a imparcialidade” (2012, p. 163).

Por fim, fundamental abordar o princípio da confidencialidade, entendido no mesmo projeto acima referido como indispensável ao sucesso do processo de mediação, eis que não pode o mediador frustrar as expectativas das partes no que tange ao sigilo do que foi mediado, seja em relação ao próprio processo ou ao seu objeto.

Novamente citando Morais & Spengler, é vedado ao mediador revelar “qualquer informação que alguma das partes a ele solicite que seja mantida em confidência, a menos que haja determinação legal ou autorização de todos para que seja revelada” (2012, p. 164).

Observados tais princípios e verificadas as condições necessárias ao processo de mediação, certamente será ele bem sucedido, ainda que nem sempre seja possível obter uma solução a partir dele. Contudo, inegável o fato de que as partes envolvidas terão tido a oportunidade de se aproximar e buscar pontos de interesse em comum, facilitando negociações futuras em uma próxima sessão ou até mesmo durante a fase de judicialização da questão, caso venha ela a tomar forma.

Com intuito semelhante à mediação, mas com critérios distintos – em que pese muitas vezes interpretados como procedimentos iguais -, está a técnica de conciliação, cujo conceito básico, a partir do entendimento de Bezerra, é de “um meio informal e não estruturado, no qual um terceiro, que não tem nenhum poder coercitivo, facilita a discussão e oferece um lugar neutro, onde as partes podem negociar entre si” (2001, p. 80).

De forma mais complexa e aprofundada, Gruspun, citado por Calado, define o conceito de conciliação e, ao mesmo tempo, diferencia-a do procedimento de mediação, pontuando os principais aspectos que as tornam técnicas distintas, mas, ainda assim, com objetivos em comum:

A Conciliação é um processo extrajudicial de Resolução Alternativa de Disputas onde se utiliza a terceiros imparciais, mas que não são neutros. O Conciliador conduz o processo na direção de um acordo, opinando e propondo soluções, usando seus conhecimentos profissionais nas opiniões que emite. É o acordo possível que o juiz homologa, mas há entre as partes a influência do poder e do domínio, com ressentimentos das partes e, por isso, não protege os filhos no divórcio. No Brasil temos a lei sobre conciliação de pequenas causas e os tribunais têm instalado Juntas de Conciliação com

resolução entre as partes no mesmo dia. A Mediação é um processo onde a terceira parte é imparcial e neutra. Não opina, não sugere e nem decide pelas partes. O mediador está proibido por seu Código de Ética de usar seus conhecimentos profissionais especializados, como os de advogado ou psicólogo, por exemplo, para influir nas decisões (CALADO, 2004, p. 04).

Estabelecendo o conceito e definindo quais os pontos de intersecção entre ambas as técnicas está também o Manual de Mediação disponibilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como se observa no trecho abaixo, extraído do referido documento:

Por outro lado, a conciliação, também, para fins deste manual, pode ser definida como um processo autocompositivo ou uma fase de um processo heterocompositivo no qual se aplicam algumas técnicas autocompositivas e em que há, em regra, restrição de tempo para sua realização. Alguns autores distinguem a conciliação da mediação indicando que naquele processo o conciliador pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de uma solução tida por ele (mediador) como justa. Por sua vez, na mediação tais recomendações não seriam cabíveis (AZEVEDO, 2012, p. 57).

Dessa forma, observa-se que apesar do objetivo de ambas as técnicas ser no sentido de que as partes cheguem a um consenso, ainda na fase pré-processual, acerca do objeto do conflito, a mediação é um procedimento autocompositivo em sua essência, pois o mediador apenas guia as partes para facilitar o desfecho satisfatório a todos, enquanto a conciliação, por sua vez, mostra-se originariamente heterocompositiva, eis que a participação do conciliador é ativa desde o início das tratativas, interferindo no diálogo, propondo opções e soluções à contenda existente.

Ainda, importa analisar o conceito de arbitragem enquanto técnica alternativa de resolução de conflitos, em que pese seja esse método mais similar a um procedimento judicial do que extrajudicial, como será visto a seguir.

“Originado junto ao processo civil romano da época pré-clássica e clássica e presente no ordenamento nacional de forma legal desde os tempos da colonização portuguesa” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 214), o procedimento de arbitragem passou a ganhar maior destaque como método de resolução de conflitos na esfera internacional e, no Brasil, após a assinatura do Protocolo de Genebra, em dezembro de 1923, sendo conhecido, de acordo com os doutrinadores acima referidos, como

O meio pelo qual o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesse, solucionando-os com a força de sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. Assim, as partes, ao fazerem opção pela justiça arbitral, afastam a jurisdição estatal substituindo-a por outra estratégia de tratamento de conflitos, reconhecida e regulada pelo Estado de modo que permite a execução das decisões ali proferidas bem como a anulação das decisões que não observarem um mínimo de regras exigidas pelo legislador (2012, p. 222).

Em razão da assinatura do Protocolo de Genebra, passou-se a conferir “validade às cláusulas arbitrais em contratos comerciais internacionais, com a garantia da execução das sentenças arbitrais e a condução de causas aos tribunais arbitrais, quando as partes tivessem se comprometido em aceitar tal procedimento” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 215).

Sob os fundamentos de que uma vez transacionada determinada convenção de arbitragem sua aplicação deveria ser sempre respeitada, tal método passou a ter incontestável credibilidade, em especial diante da existência de determinados fatores que inspiraram interesse na matéria, dentro os quais os “vícios comuns presentes na via judiciária, a crescente complexidade dos negócios, a distinta natureza do procedimento arbitral e a crescente e certa aplicação da normativa desejada e das sentenças arbitrais” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 219).

Assim, depreende-se que a arbitragem é outra estratégia de tratamento de controvérsias, a qual adota como referência o processo judicial, mas, ao final, revela-se um mecanismo extrajudicial de tratamento de conflitos em que a intervenção do Poder Judiciário em si sequer existirá, ou, quando existir, será para buscar a concretização ou satisfação dos termos entabulados no compromisso e na sentença arbitral.

Portanto, estudadas as mais recorrentes técnicas de resolução de conflitos de forma extrajudicial, para fins de facilitar a compreensão e adequação de cada uma das técnicas ao objetivo buscado, colaciona-se a tabela constante no anexo 01, extraída do Manual de Mediação do CNJ (2015, p. 19), especificando a participação de cada um dos agentes no processo correspondente e suas características intrínsecas, partindo-se, posteriormente, à análise do próximo tópico, referente aos elementos valorativos indispensáveis quando da análise das técnicas de ADR.

3.2 A aplicabilidade das técnicas de ADR no plano internacional

Com o intuito de traçar um paralelo entre o sistema nacional de solução de conflitos pela via extrajudicial e seus equivalentes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, buscou-se analisar a experiência desses métodos no cenário internacional, com panoramas jurídico-políticos distintos, níveis de desenvolvimento econômico elevados e aspectos culturais diversos, mas que, ao final, são regidos pela mesma ótica jurídica do direito romano.

Para tanto, além da busca de relatos nas doutrinas e manuais jurídicos disponíveis acerca de casos de sucesso nas aplicações dos métodos de ADR mundo afora, optou-se por realizar entrevista com uma profissional da área que se está buscando extrair informações, para que pudesse ela trazer à presente pesquisa seu posicionamento enquanto pessoa que vive a realidade da aplicação das técnicas de ADR no dia a dia - ainda que para isso seja preciso fugir às precisas análises dos doutrinadores, afinal, nem sempre o que está nos manuais é visto na prática forense.

Assim, a partir de agora serão abordados os trechos da entrevista realizada via Skype em 20 de março de 2016 (a qual poderá ser conferida na íntegra no anexo 02), concedida pela advogada e mediadora grega Maria Orfanou¹⁴, comparando-se o conteúdo de suas experiências profissionais com outros relatos acerca da aplicação dos métodos de ADR no plano internacional, especialmente a fim de buscar uma visão sobre como são entendidas e valorizadas as técnicas que buscam ser (re)implementadas de forma efetiva em nosso ordenamento a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

De início, questionou-se Orfanou sobre como funciona a aplicação dos métodos de ADR no continente europeu de forma geral, especialmente nos países cujo ordenamento é regido pelo Direito Romano.

Segundo ela, a ideia geral é de que a mediação deve acontecer em todos os ordenamentos, haja vista a determinação constante na *Directiva 2008/52/Ce Del Parlamento Europeo Y Del Consejo*, a qual institui à Comunidade Europeia o dever de,

¹⁴ Advogada, graduada em Direito pela LLB University of Athens, na Grécia, e LLM Universidad Carlos III de Madrid, na Espanha. Foi pesquisadora e professora assistente na Universidad Carlos III de Madrid (http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/research/research_groups/negotiation_mediation_conflict_resolution), local em que também atuou como mediadora por quase cinco anos.

nas causas civis e mercantis, dar-se prioridade aos métodos de resolução de conflitos pela via extrajudicial, com o objetivo de assegurar melhor acesso à justiça, regular o mercado interno europeu, manter e desenvolver um espaço de liberdade, segurança e justiça, em que esteja garantida a livre circulação de pessoas, conforme indica o próprio texto normativo (DOUE, 2008, p. 01).

Apesar da existência da norma que orienta e estimula a utilização dos métodos discutidos, a maneira que os membros da União Europeia os programam depende de cada país, já que podem escolher como exatamente incorporar tais regras à realidade local, afirmou a entrevistada.

Indagada acerca da realidade das técnicas de ADR (se impostas pelo Poder Judiciário ou, por outro lado, já conhecidas e procuradas pelas próprias partes) nos ordenamentos jurídicos em já trabalhou ou conhece, Orfanou pontuou alguns detalhes específicos, principalmente em relação ao cenário de aplicação desses métodos na Grécia e Espanha:

Na Itália a mediação é mandatória, enquanto na Grécia e na Espanha ela é opcional. Pelo que vejo, na Espanha há maior popularidade da mediação, as pessoas conhecem e sabem como funciona. Por outro lado, na Grécia, muitas vezes as pessoas ou não sabem de sua existência, ou não confiam na estrutura, acabando por não optar por tais métodos (ORFANO, 2016).

Buscando sempre deixar claro que seus relatos são baseados tão somente na percepção pessoal acerca dos casos e pessoas com quem já trabalhou ao longo dos últimos sete anos de carreira enquanto mediadora – ou seja, não são dados estatísticos –, a entrevistada referiu que a opção pela mediação ou outra técnica vai depender sempre do estilo da pessoa, mas que, de um modo geral, tem percebido grande entusiasmo acerca da mediação, em que pese muitas vezes ainda se encontrem advogados e profissionais do ramo que são resistentes à ideia do uso das técnicas de ADR.

Em relação aos casos mais comuns e às reações e comportamentos das partes durante as sessões de mediação, Orfanou aduziu que, de forma ampla, nas disputas de família as partes costumam ficar mais tensas e colaborar menos, enquanto que nos conflitos comerciais há maior civilidade, em razão de que não estão emocionalmente afetadas, porém, fez a seguinte ressalva:

(Quando as partes não estão emocionalmente afetadas) é mais fácil chegar a um acordo. Mas tudo depende do mediador, de sua capacidade de guiar a sessão. Aí é mais provável que se evitem frustrações. Um dos fatos que definem o sucesso da sessão é o assunto da disputa em si, mas outro determinante é comportamento das partes (caráter) e também a capacidade do mediador e dos advogados que acompanham (ORFANOU, 2016).

Segundo ela, algumas partes vão dispostas a colaborar, enquanto outras (às vezes juntas de seus advogados) comparecem apenas para dificultar o que já não é fácil de ser resolvido. Todavia, é justamente aí que o mediador deve intervir, eis que a flexibilidade e o poder de adaptação do profissional (palavras chave para a mediação, nas palavras da entrevistada), são determinantes ao sucesso do encontro.

Nessa linha de pensamento, perguntada sobre suas experiências nos casos em que fracassam as tentativas de resolução dos conflitos ou em que as partes se arrependem das decisões tomadas, referiu a mediadora:

As pessoas são diferentes, então, alguns vão pra mediação para criar a imagem de que ela é a pessoa boa, fácil de conversar, quem não está gerando problemas. Porém, quando se iniciam as conversas, percebe-se que ela não está lá para ajudar, mas apenas para sustentar uma posição, acabando por encontrar uma desculpa para sair da mediação e culpando o mediador. Então, se a parte não colabora, não há como forçar/impor uma solução, da mesma forma que se o mediador não for bom, fará um trabalho ruim (ORFANOU, 2016).

Dessa forma, se as partes não cooperam ou se o mediador não é suficientemente qualificado, não há como exigir das partes que se atenham à sessão, de modo que seria compreensível o desejo delas de desistir do procedimento e buscar provimento jurisdicional.

Questionada sobre se haveria relação direta entre a aceitação dos métodos de ADR e o contexto socioeconômico, cultural e as condições de acesso à educação das partes, Orfanou enfatizou ser perigoso fazer essa afirmação, justificando que por diversas vezes se ouve falar que pessoas ricas e instruídas levam seus casos à apreciação do Juiz por não conseguirem obter a resolução através de uma sessão de mediação.

Por outro lado, alertou para a necessidade de se observar sempre o *feedback* transmitido pelo mediador e pelos advogados das partes, já que pessoas menos instruídas tendem a crer muito na opinião de seus advogados.

Narradas as pretensões do atual Código de Processo Civil nacional à entrevistada, foi solicitada a manifestar sua visão enquanto mediadora e advogada a respeito da imposição – presunção, no NCPC, em caso de inércia das partes – da obrigatoriedade de realização das técnicas de mediação e conciliação, sob a ótica de possível entrave ao acesso à justiça pelos litigantes, tendo se posicionado da seguinte forma:

Não sou uma fã da mediação mandatória, mas vejo benefícios na adoção desse método naqueles ordenamentos jurídicos nos quais as técnicas de ADR são desconhecidas, pois as tornando mandatória, possibilita que as pessoas descubram como funcionam e se interessem por elas. Por outro lado, tomar-se por regra a imposição desse procedimento pode ser negativo, eis que nem todos os casos podem ser resolvidos a partir de sessões/audiências de mediação/conciliação. Além disso, se o método tiver algum custo, há de se permitir que as partes o recusem, sob pena de bloquear o acesso das partes à justiça, ou então criar alternativas para que não precisem assumir as despesas (ORFANO, 2016).

Ainda, no mesmo ponto, referiu-se à mediação e outras técnicas de ADR como ferramentas de pacificação de conflitos e celeridade processual, questionando-se a entrevistada sobre sua percepção acerca da precisão dessa afirmação. Em resposta, concordou com a afirmativa, entendendo que “tais objetivos são os benefícios diretos da mediação (*enaltecendo ser essa sua posição pessoal acerca do tema*), embora considere essa questão muito mais de caráter filosófico do que propriamente de finalidade” (ORFANO, 2016).

Finalmente, indagou-se a entrevistada sobre quais seriam as principais diferenças em relação às regulamentações do tema mediação e seus requisitos nos países nos quais ela experimentou/vivenciou essa realidade: Espanha e Grécia. Sobre o cenário encarado neste último país, assim referiu:

Na Grécia, até pouco tempo era pré-requisito que o mediador fosse um advogado. Hoje já não é mais assim, mas tem que ser graduado em curso superior e passar por período de treinamento na universidade ou em instituições específicas para tal finalidade, vinculadas às associações de advogados e de prestígio jurídico nacional. A duração dos cursos é, geralmente, de uma semana, equivalente a 40 horas, devendo o mediador, após o término, submeter-se a teste para aprovação para o cargo perante o Ministério da Justiça local. No procedimento de mediação a presença de advogado acompanhando as partes é obrigatória, de modo que o número mínimo de pessoas na audiência é cinco – o mediador, as partes e seus procuradores (ORFANO, 2016).

Na Espanha, Orfanou encontrou um sistema semelhante, mas dotado de maior abertura:

Na Espanha não há a obrigação da presença do advogado na sessão de mediação. A *Directive 52/2008* dá orientações no sentido de que a mediação não pode bloquear o direito de acesso das partes ao judiciário posteriormente, não podendo ocasionar limitações, sendo o resultado geral a ideia de não poder privar as partes de ter acesso à justiça. Quanto ao treinamento, é igualmente diferente, uma vez que o sistema é mais aberto, permitindo a qualificação dos mediadores em inúmeros centros de treinamento espalhados pelo país - não necessariamente vinculados a órgãos do judiciário - e sem a necessidade de prestação de provas para aprovação. Todavia, a duração mínima dos cursos de formação deve ser de cem horas (ORFANO, 2016).

Em que pese tenha experimentado ambas realidades, a entrevistada refere não saber precisar qual delas é melhor ou mais efetiva, embora reconheça que o fato de ter passado por um programa de treinamento da Espanha e ter realizado pós-graduação de um ano naquele país favoreça a formação de um bom mediador, se comparada com o breve intensivo de uma semana que realizou na Grécia - o qual crê ser insuficiente para habilitar alguém a mediar conflitos.

De forma geral, imagina que ambos sistemas levam a uma boa direção, em consonância com a regulamentação específica de cada país, porém, o que percebe é que algumas dificuldades são sempre comuns, conforme relatou em seu depoimento:

O mediador precisa ganhar experiência. Quanto mais você participa de sessões de mediação, mais confortável você ficará. Mas isso leva a outro problema: como as pessoas vão chegar até a mediação para que o mediador fique melhor, se quando há mediação nem sempre o mediador é suficientemente bom? Em suma, a questão é “como vender a ideia de que a mediação é positiva?” (ORFANO, 2016).

No que versa sobre a suspeição do mediador ou sua neutralidade/imparcialidade quando acumula (busca acumular) as funções de mediar e advogar, a entrevistada referiu que “é possível, sim, concentrar na mesma pessoa ambas as funções, todavia, não poderão ser exercidas conjuntamente no mesmo caso” (ORFANO, 2016).

Essa situação narrada se contrapõe à realidade atual proposta pelo Código de Processo Civil, eis que, conforme preceitua o artigo 172 do referido dispositivo, “o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.”

Assim, nos dizeres da entrevistada, no intuito de preservar a integridade da audiência ou sessão, “o que se espera do mediador que se ache suspeito é que comunique as partes caso já tenha trabalhado ou possua relação íntima com alguma delas, ou haja fato que o impeça de exercer sua função de maneira isenta e sem desvios” (ORFANOU, 2016). Feito isso, caso ainda assim desejem a permanência do mediador, nada impede que ele guie a sessão e permaneça na sua função.

Importante mencionar, por fim, as razões que levaram a entrevistada até o estudo, desempenho e incentivo das atividades alternativas para resolução de conflitos, o que começou a tomar forma quando ela ainda estava cursando a graduação. Orfanou iniciou seus estudos na Universidade de Atenas, na Grécia, participou do programa de intercâmbio acadêmico europeu denominado Erasmus (*European Community Action Scheme for the Mobility of University Students*), na França, pelo período de um ano, e após seu regresso à Grécia, graduou-se em Direito.

Por não ser fã do sistema judicial natural, procurou alternativas e acabou se fascinando pelas formas colaborativas de extinção de disputas, mas isso há aproximadamente sete anos atrás, em uma época na qual pouco se falava sobre as técnicas de ADR vistas no presente trabalho.

A fim de aprofundar seus conhecimentos, encontrou o curso de pós-graduação (*One-year Masters in Mediation*) na Universidad Carlos III de Madrid, na Espanha, período no qual ministrou aulas acerca do tema, filiou-se a grupos de pesquisas e times de mediação com os quais até hoje colabora – embora já não mais vinculada à Universidade.

Mencionou também que, se à época não tivesse se interessado pelo assunto, hoje certamente estaria abordando o tema mesmo que involuntariamente, já que essas formas de resolução de conflitos se tornaram uma tendência internacional, seja a mediação, a arbitragem ou outros métodos, finalizando com os dizeres de que “hoje

muitas pessoas já tem uma opinião acerca do tema (*o que não existia até pouco tempo*), logo, havendo discussão, é porque de fato existe” (ORFANO, 2016).

Levando-se em conta os relatos da mediadora entrevistada, aproveita-se para colacionar ao presente trabalho alguns exemplos positivos e negativos da aplicação não apenas das modalidades de resolução alternativa de conflitos na esfera internacional, mas em especial da importância de observar as técnicas a serem utilizadas pelos mediadores, conciliadores ou árbitros quando de sua atuação, extraindo-se os casos do texto de Shamir (2003), o qual contribui com formas de resolução alternativa de litígios para o Programa Hidrológico Internacional da UNESCO para Avaliação Mundial da Água.

O referido texto traz um exemplo histórico, anterior à consolidação das técnicas de ADR, no longínquo ano de 1967, no qual se percebe clara diferença na maneira de mediar um conflito com base nas posições e interesses das partes. No caso em questão, trata-se do embate entre o presidente Anwar Sadat, do Egito, e o primeiro-ministro de Israel, Menahem Begin, ao abordarem a questão do Sinai na sequência da Guerra dos Seis Dias, que se resolveu da seguinte forma:

Cada um dos líderes clamava pela propriedade do território de Sinai, sem ceder em suas posições argumentativas. Agindo como mediador, Jimmy Carter, então presidente norte-americano, passou a observar os reais interesses dos litigantes, observando que o Egito buscava a soberania sobre o território, enquanto Israel desejava garantir a segurança de suas fronteiras com o Egito, tendo em vista as ameaças anteriores que lhes eram feitas. Carter, criativamente, propôs que o Sinai fosse devolvido ao soberano domínio egípcio, mas que a região continuasse sendo uma zona desmilitarizada, o que acabou satisfazendo os interesses de ambas as partes e gerando o acordo que selou a paz entre as nações à época¹⁵ (tradução nossa) (SHAMIR, 2003, p. 07).

Desfecho diferente teve o episódio no qual o governo israelense contratou com os chineses para venda da aeronave modelo Falcon. Na ocasião, Israel e China “acordaram sobre os termos do negócio, mas o país do oriente médio acabou

¹⁵ “Each leader claimed that the territory of the Sinai, taken over by Israel in the war, belonged to his nation. This was their stated position. President Jimmy Carter, acting as mediator, interrogated the two leaders as to their interests, and identified them as follows: Egypt wanted sovereignty over the territory, in line with the national position that Egypt would not yield control over the territory which it considered to be its own; Israel’s interest was to have guarantees of security on its border with Egypt, in view of the threat it had been facing on this border previously. President Carter then proposed that the Sinai would be returned to sovereign Egyptian rule, but would remain a demilitarized zone. This creative solution satisfied the interests of both sides, and was therefore agreed.” (SHAMIR, 2003, p. 07).

esquecendo a terceira parte envolvida na negociação – os Estados Unidos da América –, que não pretendia vender seu *know how* aos chineses e se opôs à transação¹⁶” (tradução nossa) (SHAMIR, 2003, p. 09). Como resultado, o acordo fracassou e Israel teve de compensar os chineses pelo descumprimento do que fora pactuado.

Mais recentemente, na cidade de San Antonio, no Texas/EUA, discutiu-se a necessidade da construção de um novo reservatório de água para abastecer a municipalidade, cujo desfecho satisfatório só foi possível graças à cooperação mútua de todos os envolvidos, conforme narra Shamir (ao citar Eckhardt, 2001; Liebow, 1999):

Uma primeira proposta não foi implementada, devido a objeções por parte de alguns interessados. Quando o processo foi parado, e nenhum progresso havia sido feito, concluiu-se que a única maneira de prosseguir era através de um consenso. Todas as partes interessadas - imobiliárias, ambientalistas, as forças armadas (que tinha cinco bases na área), a Câmara de Comércio, vizinhança, grupos, líderes civis e ativistas anti-reservatório - participaram do processo. As reuniões foram abertas ao público e cada parte foi ouvida. No final do processo, ficou claro que a cidade de San Antonio não tinha necessidade de um novo reservatório, bastava melhorar a gestão do já existente, razão pela qual uma política destinada a gerir o reservatório atual fora estabelecida (Eckhardt, 2001; Liebow, 1999)¹⁷ (tradução nossa) (2003, p. 35).

Diante dos exemplos internacionais de aplicação das modalidades e técnicas de ADR e, especialmente, dos relatos da mediadora Maria Orfanou acerca do cenário dos ordenamentos jurídicos espanhol e grego quanto aos métodos alternativos de resolução de conflitos, passa-se agora a analisar determinados elementos – já mencionados ao longo do trabalho – cuja relevância os torna indispensáveis quando se fala em solução de determinado conflito pelos meios que são propostos no presente trabalho.

¹⁶ “When Israel signed the contract with the Chinese on the Falcon aircraft, the agreement was satisfactory to both parties, the Israelis and the Chinese. Israel just forgot the third party – the United States – which was not interested in selling know how to the Chinese and objected to the deal.” (SHAMIR, 2003, p. 09). (Tradução livre).

¹⁷ “A first proposal was not implemented, due to objections by some of the affected stakeholders. When the process was stalled, and no progress could be made, it was concluded that the only way to proceed was through consensus building. All the stakeholders – real estate developers, environmentalists, the armed forces (who had five bases in the area), the Chamber of Commerce, neighborhood groups, civic leaders, and anti-reservoir activists – participated in the process. The meetings were open to the public, and every party was heard. By the end of the process it was clear that the city of San Antonio had no need for a new reservoir, provided it improved the management of the existing one. A policy to manage the existing reservoir was established (Eckhardt, 2001; Liebow, 1999).” (SHAMIR, 2003, p. 35).

3.3 Elementos valorativos – Necessidades e interesses em detrimento de posicionamentos – *BATNA* vs *WATNA*

Independentemente de qual for a técnica de resolução de conflitos utilizada, certo é que a abordagem das partes em relação a determinados valores envolvidos sempre influenciarão no desfecho da situação, quiçá a tornando favorável, mas também podendo frustrar qualquer expectativa positiva, conforme a maneira que for abordado.

Em razão disso, impõe-se o dever de estudar aquelas que, supostamente, são tidas como as técnicas mais eficazes para o sucesso não apenas da mediação enquanto método alternativo de resolução de conflitos, mas também de qualquer espécie de negociação, seja dentro de um grande escritório de uma sociedade de advogados ou até mesmo na sala de audiências.

De acordo com Menkel-Meadow, Love & Schneider, a função do mediador “é agir como um guia, um técnico, liderando a comunicação e traduzindo as questões de forma clara à parte contrária, fiscalizando, servindo e sendo o ponto de equilíbrio” (2006, p. 91).

Na mesma linha é o entendimento de Morais & Spengler (2012), que veem no modelo de mediação mais tradicional – método criado pela renomada Universidade de Harvard – uma forma eficaz de expor e realizar o procedimento de mediação com fundamento na teoria e compreensão do conflito. Segundo eles, as principais características se concentram em “diferenciar as pessoas dos problemas por elas criados; direcionar o foco nos interesses ocultos por trás das posições; buscar o benefício mútuo; criar critérios objetivos e eleger a melhor alternativa de acordo” (2012, p. 143-144).

Exatamente este modelo tradicional traz a necessidade de observar o respeito a determinados valores intrínsecos a cada uma das partes, bem como a importância de valorizar as siglas expostas no título do presente tópico, “*BATNA*” e “*WATNA*”, identificando seus significados e formas de aplicação, o que será feito logo adiante.

Todavia, por hora, iniciemos pelo conjunto valorativo referido, abordando aquela que é conhecida como a lista de sete elementos indispensáveis às negociações, segundo o método de negociações da Universidade de Harvard.

De acordo com Moffit & Bordone, a referida lista apresenta

Um quadro para a compreensão e análise de negociação. Os sete elementos incluem interesses, legitimidade, relacionamentos, alternativas, opções, compromisso e comunicação. A abordagem com sete elementos pode ser particularmente útil durante a preparação pré-negociação¹⁸ (tradução nossa) (2005, p. 280).

Dessa forma, tendo em vista que já se abordou no capítulo anterior boa parte daqueles elementos, apenas será retomada breve análise para posterior sequência do estudo do objeto deste tópico.

Quando se fala em interesses, importa especificar quais são eles, a qual(is) parte(s) dizem respeito e o ponto em comum dos interesses delas. Já no que se refere às opções, trata-se dos possíveis acordos que podem satisfazer aos anseios de todos os envolvidos, sempre pensando em aumentar/criar valor às situações para benefício geral.

Quanto à legitimidade, Shamir defende que a ideia é de buscar normas e critérios objetivos “a fim de permitir que as partes percebam o processo como justo e legítimo, incluindo-se precedentes judiciais que possam embasar os argumentos ou se utilizando de fontes fiáveis para garantir segurança às partes¹⁹” (tradução nossa) (2003, p. 14).

Os critérios de relacionamento e comunicação, por sua vez, estão estritamente vinculados, eis que a manutenção de um bom relacionamento entre as partes depende de como o mediador estará preparado para enfrentar os conflitos naturais dessa relação, de modo que a forma como absorverá as informações a ele transmitidas –

¹⁸“A framework for understanding and analyzing negotiation. The seven elements include interests, legitimacy, relationships, alternatives, options, commitments, and communication. A seven-elements approach can be particularly helpful during pre-negotiation preparation”. (MOFFIT & BORDONE, 2005, p. 280).

¹⁹ “Objective standards and criteria can be used in the negotiations to enable both parties to perceive the process as fair and legitimate. Objective standards and criteria include: market value of an asset or a resource; the law regarding the matter being discussed; precedents; opinion of an expert; priority of human water consumption over other users (in water issues).” (SHAMIR, 2003, p. 14).

não apenas verbais, mas também corporais - refletirá na boa comunicação interpartes, segundo afirma Shamir (2003).

Por fim, impõe-se a necessidade de analisar o elemento “comprometimento” e, ao final e de forma mais detalhada, o elemento “alternativas”. Em relação ao primeiro, refere-se à consequência esperada a partir do encontro entre as partes, de modo a, nos termos do que refere Shamir, “criar um acordo que seja específico, realístico, operacional, limpo e entendido por todas as partes. Deve ser específico a ponto de estabelecer quem vai fazer o que, como, quando e onde fará²⁰” (tradução nossa) (2003, p. 15).

Quanto ao segundo, o elemento “alternativas”, é ele que remete às siglas referidas no início do tópico. BATNA quer dizer “*best alternative to a negotiated agreement*”, ou seja, traduzindo a expressão teríamos “melhor alternativa à negociação de um acordo (MAANA)”.

Shamir entende que é no âmbito das alternativas que as partes percebem até que ponto podem priorizar seus interesses e posicionamentos iniciais ou devem passar a considerar aquela que talvez não seja a escolha ideal, mas, diante de um cenário adverso, ainda sendo positiva:

Se alguma das suas alternativas sem negociação é melhor do que o negócio na mesa de negociação, você irá, obviamente, ir para a melhor alternativa. Se, contudo, o acordo sobre a mesa é melhor do que qualquer uma das suas alternativas, ele será o seu BATNA (MAANA). É importante certificar-se que as alternativas são na verdade realistas e tentar melhorar o seu BATNA, porque ele influencia na maneira com que se conduz as negociações. Ter um BATNA nos proporciona a capacidade de negociar de forma eficaz, e fornecer respostas a perguntas desagradáveis, como por exemplo: quais são as nossas alternativas se essa negociação chegar a um beco sem saída? Será que temos uma alternativa, caso todas as negociações fracassarem? Quais acordos nós consideramos (o qual é pelo menos tão boa como a nossa BATNA)?²¹ (tradução nossa) (2003, p. 14).

²⁰ “An agreement should be specific, realistic, operational, clear, and understood by all parties. It should be specific as to who will do what, how, when, and where” (SHAMIR, 2003, p. 15).

²¹ “If any of your alternatives without negotiation is better than the deal on the negotiating table, you will obviously go to the best alternative. If however the deal on the table is better than any of your alternatives, it will be your BATNA. It is important to make sure that the alternatives are indeed realistic,

É a opção mais favorável que a parte tem em relação ao resultado de uma negociação. Se a negociação não resultar em acordo, a parte usará de sua BATNA. O conceito de BATNA é importante na teoria da negociação porque o indivíduo racional só irá participar de uma negociação se acreditar que ela é capaz de lhe oferecer mais benefícios do que sua melhor alternativa à negociação ofereceria.

Por outro lado, importante sempre que a parte considere a situação oposta, adversa, chamada de *worst alternative to a negotiated agreement* (WATNA), que significa a “pior alternativa para a negociação de um acordo”, eis que é comum que uma das partes, ao comparecer em uma sessão de mediação, dê-se conta de que o que ali é proposto é infinitamente pior do que a qualquer situação que seria aceitável por ela.

Nesses casos, aduz Notini que “muitos clientes precisam considerar de forma inteligente se um possível acordo faz sentido ou, por outro lado, se preferem então buscar alternativa que talvez possa trazer melhores resultados ou envolva menores custos²²” (tradução nossa) (2005, p. 11).

Observa-se, pois, que é útil o conceito de WATNA para avaliar quando evitar um acordo, pois em diversas oportunidades poderá o WATNA ser melhor do que a solução proposta, de modo que poderá a parte ficar tentada a assumir o risco de sua ideia e abandonar a mediação, até mesmo porque sequer o próprio WATNA é desejado.

Assim, fazendo uso novamente das palavras de Notini, extrai-se que tanto o BATNA quanto o WATNA podem ser determinantes para o prosseguimento e sucesso de uma negociação ou acordo, em especial quando se trata de mediação:

Os mediadores que conseguem guiar seus clientes por uma análise cuidadosamente detalhada e organizada acerca de seus BATNA/WATNA estarão fornecendo um serviço valioso. O uso de um formato como o que foi aqui apresentado, junto de um claro entendimento acerca de como fazer essa

and try to improve your BATNA, because the BATNA influences the way in which you conduct the negotiations. Having a BATNA provides us with the ability to negotiate effectively, and provide the answers to the following: what are our alternatives if this negotiation reaches a dead end? Do we have an alternative at all if the negotiations fail? Which agreement do we consider (the one which is at least as good as our BATNA)?” (SHAMIR, 2003, p. 14).

²² “Many clients need to consider intelligently whether a possible negotiated settlement makes sense or whether they would prefer to pursue some other alternative that might yield better results or involve lower costs.” (NOTINI, 2005, p. 11).

análise, deve melhorar a habilidade do mediador de trabalhar com essa ferramenta²³ (tradução nossa) (2005, p. 11).

Portanto, sobrepondo os interesses das partes em relação às suas posições, permitindo que elas mesmas criem opções de solução, procurem alternativas e busquem um compromisso para honrar seus acordos, sempre valorizando a comunicação clara e a preservação das relações, estar-se-á respeitando os elementos valorativos intrínsecos e indispensáveis às diversas técnicas alternativas de resolução de conflitos, conforme indica o quadro anexo (anexo 03), fornecido e elaborado pela mediadora entrevistada no tópico anterior, Maria Orfanou, referente ao espectro dos métodos de resolução de conflitos.

²³ “Mediators who can walk their clients through a carefully detailed and organized BATNA/WATNA analysis are providing a valuable service. Use of a format like the one presented here, along with clear understanding of how to use the analysis, should improve the mediator’s ability to work effectively with this tool.” (NOTINI, 2005, p. 11).

4 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Tendo em vista a ênfase que se busca dar no presente trabalho à técnica de mediação, especialmente pelo fato de que possui regulamentação específica no ordenamento jurídico nacional e passou a ser estimulada de forma incisiva pelo Código de Processo Civil de 2015, far-se-á um comparativo entre a aplicabilidade da técnica ainda no CPC de 1973 e a pretensão para seu uso trazida pelo atual manual de processo, verificando suas vantagens, desvantagens e obstáculos à concretização, sem deixar de considerar o conteúdo da Lei de Mediação quando da interpretação das normas processuais no que tange às formas pré-processuais de resolução de conflitos.

4.1 Panorama da aplicação das técnicas de conciliação e mediação no Brasil anteriormente à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015

Foi visto até aqui que as formas alternativas de resolução de conflitos passaram a ganhar maior destaque no cenário jurídico-político mundial apenas nas últimas décadas, muito em razão do crescente número de demandas judiciais, do sobrecarregamento da máquina judiciária e, principalmente, da necessidade observada pelos litigantes de obterem uma decisão célere, justa e formulada com base nos seus interesses, que fugisse às imposições das autoridades do Poder Judiciário.

Todavia, importa observar que não é recente a valorização e estímulo às técnicas estudadas nos capítulos anteriores, haja vista que a própria Constituição Federal de 1824²⁴, em seu artigo 161, trazia a previsão de que “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

Assim, não foi surpresa que o Código de Processo Civil de 1973 tenha trazido a previsão de que, no procedimento sumário, haveria a realização de audiência de conciliação e o magistrado poderia se socorrer do auxílio de um conciliador para o sucesso do ato pré-processual, conforme indicava o artigo 277, *caput* e §1º, daquele

²⁴ Link de acesso: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

manual²⁵, no mesmo sentido do que dispõe o artigo 16 da Lei n. 9.099/1995, no procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis.

De forma semelhante também o rito ordinário oferecia às partes a oportunidade para que tentassem a composição entre si na audiência preliminar presidida pelo juiz, nos termos do que referia o artigo²⁶ 331, *caput* e §1º, da Lei n. 5.869/73.

Nesse sentido, fica evidente que a intenção do legislador de fomentar a solução de conflitos de forma composta exclusivamente pelas partes não é novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, eis que há anos normas de teor semelhante integram o ordenamento jurídico nacional.

Entretanto, adequado observar que o cenário apresentado pelos manuais – e principalmente o objetivo intrínseco aos dispositivos –, dificilmente se verificou na prática do dia a dia forense, seja por fatores estruturais dos órgãos do Poder Judiciário, seja pela cultura de resistência e inflexibilidade dos profissionais do Direito e seus clientes em relação às políticas públicas²⁷ para tratar de resolução alternativa de conflitos, conforme bem referem Morais & Spengler:

As dificuldades dizem respeito principalmente quanto à estrutura física e de pessoal, quanto à capacidade financeira do Judiciário brasileiro em arcar com os custos de implantação da política pública e a resistência social quanto à aceitação e utilização de tais mecanismos (2012, p. 166).

Assim, em que pese o objetivo maior fosse o de facilitar o acesso à justiça, a ausência de políticas públicas adequadas para implementação de mecanismos de resolução de conflitos pelas próprias partes ou com o auxílio dessas acabou freando o sucesso do Código de Processo Civil de 1973 em relação a essa matéria.

²⁵ Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contarse-ão em dobro. § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

²⁶ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. §1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

²⁷ Assim entendidas como “traduções técnico-rationais de soluções específicas do referido jogo de interesses da política” (REIS, 1989, p. 13).

Outrossim, o fracasso na adoção de técnicas para efetivar as técnicas de conciliação e mediação acaba decorrendo também da ausência de comprometimento ético-social dos responsáveis pela administração do ordenamento, o que determina, por consequência, a ineficácia do acesso à justiça, eis que o abarrotamento do judiciário impossibilita a satisfação de direitos em tempo razoável pela via judicial, ao mesmo tempo em que as formas alternativas se mostram, de forma geral, infrutíferas. Em razão disso Bezerra faz a análise abaixo:

O acesso à justiça, portanto, depende de uma postura eminentemente ético e social. Social, porque é o maior ou menor acesso do cidadão aos direitos e valores desejáveis que determina o fluxo dos conflitos sociais. É ético, em sentido teórico, como valor supremo e ideal, em sentidode *praxis* moral no seio da sociedade, porque “a moral constitui, seja qual for a orientação que se tome, uma regulação de atitude e da conduta humana. O homem parte do que é, rumo ao que pode ser: o dever ser incumbe de regular o caminho” (2001, p. 238-239).

Com isso, surgiu a necessidade de buscar ferramentas para corrigir o padrão estabelecido pelo antigo CPC, no intuito de reformar os caminhos processuais, rever os investimentos e aplicações de políticas públicas direcionadas ao fomento da utilização da conciliação e mediação como técnicas efetivas na resolução de conflitos, satisfação dos interesses dos conflitantes e, como consequência direta, celeridade e desafogamento do Poder Judiciário.

Assim, a Resolução 125 do CNJ (2010) surgiu com o propósito acima mencionado, referindo já em seu artigo 1º que “fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Em consonância com o propósito da Resolução acima referida, Moraes & Spengler referem que tanto a conciliação como a mediação se encaixam no conceito de políticas públicas referido, por serem um conjunto de programas de ação governamental com os requisitos indispensáveis à concretização das oportunidades:

No caso da mediação/conciliação como política pública, elas cumprem com um objetivo que é tratar de maneira adequada os conflitos sociais pelos membros da própria sociedade. Necessitam para serem implementadas alocação de meios (recursos humanos, treinamento adequado e estrutura) por parte da administração pública. Nesse sentido, a mediação e a conciliação

podem ser apontadas como uma política pública uma vez que se trata de um “conjunto de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes” (2012, p. 168).

Dessa forma, a partir da Resolução 125 do CNJ, passou a tomar forma a adaptação das alternativas de resolução de conflitos no âmbito pré-processual, a fim de que pudessem já integrar o Código de Processo Civil atual, em especial porque, conforme exposto na explanação desse tópico, a conciliação – além de pouco incentivada – era deficiente, e a mediação, por sua vez, sequer era lembrada em alguma linha ao longo do conteúdo do antigo manual de 1973.

Portanto, face à evidente inexistência de regulamentação acerca do tema da mediação, também foi esse método de ADR objeto de inédita abordagem pelo legislador, através da Lei n. 13.140/2015 (abordada no tópico seguinte), eis que tal criação se mostrou imprescindível para a instituição da técnica no ordenamento jurídico nacional.

4.2 A aplicação da Lei n. 13.140/15 – Lei da Mediação

Anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 13.105/15, o Código de Processo Civil, passou a vigorar também no ordenamento jurídico nacional a Lei da Mediação, promulgada em 26 de junho de 2015 e em vigor desde 26 de dezembro daquele ano. Em que pese sua criação seja posterior ao atual CPC, o período de *vacatio legis* desse último acabou fazendo com que ele entrasse em vigor apenas um ano após sua publicação, de modo que a Lei n. 13.140/15 passou a vigorar anteriormente à lei geral do processo civil.

Com o objetivo de estimular soluções mais amigáveis de conflitos judicializados, referida lei

É resultado de intenso trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que desde 2006 organiza o Movimento pela Conciliação, com o objetivo de alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca por soluções mediante a construção de acordos, que deu origem à Semana Nacional da Conciliação. A Lei da Mediação determina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, que deverão ser organizados conforme a

Dessa forma, parte-se para o estudo e análise do conteúdo da Lei da Mediação, esmiuçando-se os detalhes de seus artigos e as novidades por ela trazidas para um ordenamento no qual, até então, a referida técnica de resolução de conflitos sequer era agraciada ao longo dos textos legais concernentes ao processo civil.

Referido instrumento dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, considerando a mediação como “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, art. 1º, § único).

Elenca, dentre os princípios que orientam a técnica de mediação, aqueles já referidos no item 2.1 do presente trabalho, acrescentando também o princípio da isonomia entre as partes, da oralidade, informalidade, busca do consenso e boa-fé, todos eles previstos no artigo²⁸ 2º da referida lei. Todos eles deverão nortear o procedimento, que apenas poderá versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, conforme suscita o artigo²⁹ 3º.

De acordo com as diretrizes estabelecidas na Resolução nº 125 do CNJ, para as capacitações em métodos consensuais de solução de conflitos, é o próprio Conselho quem se responsabiliza pelo desenvolvimento do conteúdo programático mínimo dos cursos dados aos mediadores nos tribunais, utilizado pelos instrutores formados no curso do CNJ.

Em razão disso, a Lei da Mediação determina que os mediadores, os quais poderão ser escolhidos pelas partes ou indicados pelos tribunais, deverão ser graduados

²⁸ Art. 2º da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

²⁹ Art. 3º da Lei 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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e serem capacitados em escola ou instituição de formação de mediadores, necessitando, obrigatoriamente, preencherem os requisitos estabelecidos pelo CNJ junto ao Ministério da Justiça, nos termos do que indicam os artigos³⁰ 4º e 11 da Lei de Mediação.

Ainda, o artigo³¹ 12 faz referência à necessidade de manutenção de cadastro atualizado dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial, enquanto o artigo seguinte trata da remuneração desses profissionais, a qual será fixada pelos tribunais – seguindo critérios estabelecidos pelo CNJ – e custeada pelas partes, todavia, observando-se o disposto no § 2º do artigo 4º da lei, aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

No que diz respeito ao procedimento de mediação, previsto dos artigos 14 ao 29, buscou o legislador abordar tanto o modo geral quanto a mediação extrajudicial e judicial de forma específica. Com isso,

Definiu, por exemplo, que a mediação considera-se instituída na data em que for marcada a primeira reunião de mediação. Sem dúvidas fixar um critério para, formalmente, considerar como instituída contribuirá para melhor organização prática do procedimento e para comprovar a submissão prévia ao instituto. A lei disciplinou, ainda, que o prazo prescricional ficará suspenso enquanto transcorrer o procedimento de mediação, no intuito de conferir maior segurança jurídica aos que utilizarem o instituto (MORAES, 2016, p. 02).

³⁰ Art. 4º da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

Art. 11 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

³¹ Art. 12 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

Acerca do contexto geral do procedimento, o artigo 16 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015)³² autoriza que mesmo diante da existência de processo judicial ou arbitral em curso, as partes poderão submeter o conflito à mediação, hipótese em que deverão requerer ao juiz ou ao árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para resolução consensual, sem prejuízo da concessão de medidas de urgência naqueles processos. Todavia, será irrecorrível a decisão de suspensão baseada no comum acordo das partes.

Também o artigo 19 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015)³³ merece destaque, uma vez que refere a possibilidade do mediador se reunir com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar delas informações que entenda necessárias para facilitar o desfecho do conflito, devendo sempre observar o sigilo da conversa com cada um dos litigantes (a menos que a divulgação do conteúdo seja autorizada, conforme expresso no artigo³⁴ 31 da lei).

De acordo com Moraes, “novamente o legislador acertou ao conferir flexibilidade para que o mediador aplique essa relevante técnica quando entender necessário” (2016, p. 02). Nesse sentido de flexibilização, importante fazer referência ao artigo 46 e seu parágrafo único, o qual autoriza a realização da mediação pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo, sendo facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas na lei (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015)³⁵.

Quanto à mediação judicial – principal abordagem no presente trabalho –, a lei inicialmente estabelece os critérios para a atuação do mediador, o qual, de acordo

³² Art. 16 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

³³ Art. 19 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

³⁴ Art. 31 da Lei de Mediação: “Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

³⁵ Art. 46 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

com o artigo 11 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015), deverá ser 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 que atenda as exigências de reconhecimento expressas na legislação.

Ainda que os critérios estabelecidos pareçam ser adequados para definir o perfil necessário para atuação do mediador nos procedimentos judiciais, Moraes entende que talvez alguns mediadores graduados em instituições de ensino no exterior, mesmo que com larga experiência em mediações, “terão certa dificuldade em comprovar um dos requisitos caso a instituição de ensino onde obteve a graduação não seja reconhecida pelo Governo brasileiro” (2016, p.03).

No procedimento de mediação judicial, de acordo com o artigo 25 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015)³⁶, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, todavia, caberá ao mediador revelar qualquer hipótese de impedimento ou suspeição, nos termos do que orienta o parágrafo único do artigo³⁷ 5º do mesmo instrumento normativo.

Às partes, por sua vez, caberá providenciar a assistência de advogados ou defensores públicos (no caso de comprovada insuficiência de recursos) para participar das audiências, nos termos do artigo 26 da lei sob análise (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015), ressalvadas as exceções trazidas no mesmo dispositivo.

Na sequência, preenchidos os requisitos da petição inicial e designada audiência de mediação, o procedimento deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação, conforme preceitua o artigo³⁸ 28. Entretanto, “caso as partes resolvam a controvérsia por acordo, elas poderão requerer a homologação por sentença, o que é recomendável” (MORAES, 2016, p. 03).

³⁶ Art. 25 da Lei de Mediação: “Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

³⁷ Art. 5º da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

³⁸ Art. 28 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

No que se refere à mediação extrajudicial, traz ela critérios distintos, caracterizando-se pela maior flexibilidade do procedimento, iniciando-se a partir de mero convite às partes para participar da mediação - o qual deverá conter o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião, conforme se extrai do artigo 21 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015)³⁹. Passados trinta dias da data de recebimento do convite e não sobrevivendo resposta, será este entendido como rejeitado.

De acordo com o conteúdo do artigo⁴⁰ 22, deve haver previsão contratual com conteúdo mínimo para ocorrência da mediação, quais sejam: prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; local da primeira reunião de mediação; critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. Será admitida a substituição da previsão contratual por regulamento idôneo que contenha critérios claros acerca do mediador e da primeira reunião sobre o assunto.

Ainda sobre o mesmo artigo, o parágrafo segundo estabelece que na ausência de previsão contratual completa, alguns pontos deverão ser obrigatoriamente observados para a primeira reunião de mediação, dentre eles os seguintes: o prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do

³⁹ Art. 21 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

⁴⁰ Art. 22 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

recebimento do convite; local adequado para reunião que possa envolver informações confidenciais; lista com nomes, contato, referências profissionais de mediadores capacitados, sendo que a parte deverá escolher um dessa lista (em caso de silêncio, será escolhido o primeiro dela); a ausência da parte convidada à primeira reunião de mediação presumirá a assunção dela 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 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, art. 22, § 2º).

Notáveis diferenças entre ambas modalidades são apontadas por Moraes, que traça o seguinte paralelo entre elas:

Em relação aos critérios para atuação como mediador nos procedimentos judiciais é importante ressaltar que os critérios são diferentes daqueles previstos para atuação em mediações extrajudiciais. Nos procedimentos extrajudiciais há uma flexibilidade maior para que as partes escolham o profissional de sua confiança. Outra peculiaridade da mediação judicial é que os mediadores não estarão sujeitos à aceitação prévia pelas partes, como ocorre nos procedimentos extrajudiciais, nos termos do art. 25 (2016, p. 03).

Além dos procedimentos acima abordados, a Lei de Mediação também faz referência expressa ao dever de confidencialidade das partes e às exceções a esse dever permitidas. De acordo com o artigo 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 (BRASIL. Lei 13.140, 2015)⁴¹.

⁴¹ Art. 30 da Lei de Mediação: “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

A obrigatoriedade de respeitar a confidencialidade se estende não apenas ao mediador e às partes, mas também, obviamente, aos prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, devendo incidir sobre qualquer declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; o reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigo 30, incisos I, II, III e IV).

Justamente em razão do conteúdo de tal dispositivo é que qualquer prova que esteja em desacordo com o dever de confidencialidade não será admitida em processo arbitral ou judicial, para que se possa preservar e garantir a segurança jurídica do instituto da mediação – o que não afasta o dever das partes de prestarem informações à administração tributária após o termo final, estendendo-se, por consequência, o dever de confidencialidade aos servidores envolvidos. Todavia, traz o instrumento normativo hipótese de exceção à regra do silêncio, autorizando que seja ela desconsiderada quando sobrevier informação relativa à ocorrência de crime de ação pública (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigo 30, §§ 2º, 3º e 4º).

Novidade que traz a lei em estudo é também a possibilidade de ocorrência da autocomposição de conflitos quando uma das partes for pessoa jurídica de direito público, autorizando a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigo 32, incisos I, II e III)⁴².

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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

⁴² Art. 32 da Lei de Mediação: “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

De acordo com os parágrafos seguintes ao dispositivo acima analisado, o modo de composição e funcionamento das câmaras será regulamentado por cada um dos entes da federação, sendo facultativa a submissão dos conflitos a elas e cabível tão somente nos casos em que houver previsão no regulamento do respectivo ente federado, podendo-se discutir a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares, de modo que não se discutirão controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigo 32, §§ 1º, 2º, 4º e 5º).

Até que sejam criadas as câmaras de mediação, serão os conflitos dirimidos da forma prevista no artigo 24 e, havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. Caso haja a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública, restará ainda suspensa a prescrição (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigos 32, § 3º, 33, § único, e 34, § 1º).

Também a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações mereceram a atenção do legislador, restando estabelecido que as controvérsias jurídicas que envolvam tais entes poderão ser objeto de transação por adesão, tendo por fundamento autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou então parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigo 35, incisos I e II)⁴³.

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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

⁴³ Art. 35 da Lei de Mediação: “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

Deverá haver resolução administrativa própria estabelecendo os requisitos e condições da transação por adesão, sendo que quando do pedido por parte do interessado deverão estar preenchidos todos eles. Ainda, tal resolução terá efeitos gerais e aplicação aos casos idênticos que estejam iguais e tempestivamente habilitados mediante o pedido, mesmo que não se solucione a controvérsia integralmente (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigo 35, §§ 1º ao 3º).

Em face dos efeitos acima referidos, o que versar sobre os pontos compreendidos na resolução administrativa será considerado como renunciado pelo aderente em relação ao direito sobre o que ainda se discute (em ação ou recurso administrativo ou judicial). Todavia, caso o aderente seja parte em processo judicial movido por ação coletiva, a renúncia referida deverá ser expressa e direcionada ao juiz da causa, além de que a formalização da resolução administrativa não implica a renúncia tácita à prescrição, tampouco sua interrupção ou suspensão (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigo 35, §§ 4º ao 6º).

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, sendo 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 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigos 36 e 37)⁴⁴.

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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

⁴⁴ Art. 36 da Lei de Mediação: “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

Há de se atentar também que 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. Ainda, em relação aos servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição do conflito, somente poderão ser responsabilizados de alguma forma quando, mediante dolo ou fraude, receberem vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro ou concorrerem para tal fim (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015, artigos 39 e 40)⁴⁵.

Ante a abordagem clara e precisa acerca do conteúdo da lei de mediação, tem-se que sua proposta é mais do que inovadora, pois passa a considerar o tema da mediação não apenas nas causas envolvendo interesses dos indivíduos, mas traz a administração pública mais próxima do cenário de resolução de conflitos pela via pré-processual ou extrajudicial.

Assim, finalizando com as palavras de Moraes, certo é que algumas dificuldades serão encontradas até sua implementação de forma positiva e eficaz, mas as perspectivas são as mais animadoras, já que

O referido diploma legal cumpre o importante papel pedagógico e almeja a necessária mudança cultural na forma de resolução de conflitos no Brasil. Como toda nova norma jurídica, será imprescindível compreendê-la para que seja corretamente aplicada pelos árbitros e juízes. Certamente o início de vigência da Lei de Mediação, 13.140/15, contribuirá para o desenvolvimento do instituto no Brasil. Espera-se, assim como ocorreu com a arbitragem após a vigência da lei 9.307/96, que no futuro breve a mediação desponte como o

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 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

⁴⁵ Art. 39 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

Art. 40 da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015).

método mais adequado para a solução eficiente de determinadas controvérsias (2016, p. 04).

4.3 Lei da Mediação X CPC/2015 (análise do artigo 25 da Lei n. 13.140/15) – Aspectos positivos e negativos da técnica de mediação como obrigatória a partir do CPC/2015

Estudado o conteúdo da Lei da Mediação em sua individualidade, faz-se imprescindível agora analisá-la à luz do Código de Processo Civil de 2015, o qual, como já referido insistentemente, traz a mediação em seu bojo como método alternativo de resolução de conflitos, de modo que há de se observar como uma legislação complementar a outra para fins de possibilitar a aplicação de ambas corretamente, sem incongruências e de modo uniforme, observando-se os pontos (in)convenientes da delimitação da obrigatoriedade da técnica de mediação.

Inicialmente, cumpre analisar a questão da hierarquia das normas, a fim de definir a forma correta de aplicabilidade de cada uma delas, em especial porque se está a tratar de uma norma geral e outra específica, com datas de criação e entrada em vigor em períodos distintos que podem remeter a um conflito de normas (talvez aparente) que prescinde de esclarecimentos.

De acordo com Duarte, a mediação prevista no Código de Processo Civil de 2015 “restou entrecortada pela nova Lei de Mediação (*de junho*), a qual, por essas contingências do nosso insurgente e prodigioso processo legislativo, foi aprovada sem considerar a novel disciplina da mediação estatuída, meses antes” (2016, p. 02).

Proseguiu o autor referindo que o que tornaria esse quadro ainda mais turbulento seria o fato de que a Lei de Mediação, aprovada em junho de 2015 (conforme já referido) entrou em vigor em dezembro daquele ano, antes do que o próprio CPC (em vigor desde março de 2016), ou seja, os dispositivos da Lei de Mediação acabaram vigorando também no antigo Código de Processo Civil.

Todavia, certo é que pouco importa para a aplicação das regras de sucessão das leis no tempo o fato da Lei n. 13.140/2015 ter entrado em vigor antes do CPC atual, já que a Lei da Mediação é posterior ao Código de Processo, lei nova frente ao último, até mesmo porque, conforme referiu Duarte, “o fato do Novo CPC estar no período de

vacatio não exclui a produção de efeitos desde sua aprovação, entre eles, dar início a contagem do prazo da própria *vacatio*” (2016, p. 04).

Ainda assim, há a necessidade de estabelecer formas de conciliar a coexistência de ambas normativas no que diz respeito à mediação, analisando-se a questão da intertemporalidade das leis. De acordo com Kelsen, “a derrogação de uma norma por outra não é um primado da lógica (mas sim jurídico-positivo), já que decorre de uma terceira norma que determina, no caso de conflito, qual das normas prevalecerá” (1986, p. 160-162).

No caso do nosso ordenamento, essa terceira norma seria a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), a qual refere que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, 1942, artigo 2º, § 2º)⁴⁶. Conforme Duarte,

A ideia subjacente é que a lei especial posterior subtrai, por assim dizer, da norma anterior geral uma parte de sua matéria, para submetê-la a uma regulamentação diversa. Passa-se, no tocante à matéria elegida, de regulamentação geral para mais específica (do *genus* para *species*). Pressupõe o legislador que esse desdobramento representa um passo adiante no ordenamento jurídico, seu desenvolvimento (2015, p. 03).

Nesse sentido, entende Bobbio que “a situação antinômica, decorrente da ocorrência sucessiva de lei geral e lei especial, importa numa antinomia total-parcial” (2010, p. 253, citado por DUARTE, 2015, p. 03), de modo que a lei geral seria parcialmente recortada ou fatiada, não ocorrendo a supressão total da lei geral, “mas apenas da parte em que conflite com a lei especial, ou seja, no caso em apreço a revogação da lei geral se daria porque existe uma antinomia” (DUARTE, 2015, p. 03).

A partir dessa análise, pode-se concluir que a parte da mediação trazida pelo CPC de 2015 está revogada pela Lei da Mediação – que é posterior e especial – especificamente em relação aos termos inconciliáveis, gerando reflexos absolutamente

⁴⁶ Art. 2º da LINDB: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência” (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, 1942, artigo 2º, § 2º).

substanciais, que demandarão atuação precisa do intérprete na conciliação de ambas normativas.

Exatamente nesse sentido é a explicação de Maximiliano, ao sustentar que “a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral/anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria” (1997, p. 360-361, citado por DUARTE, 2015, p. 03).

A fim de elucidar essa questão, cabe fazer a análise prática de possível conflito a ser evidenciado diante da coexistência de ambas as leis, trazido por Duarte ao longo de seu artigo e em relação ao qual propõe a seguinte reflexão:

Para ficarmos em questão significativa, basta cogitarmos da situação envolvendo a audiência de conciliação e mediação estipulada no artigo 334 do Novo CPC. No ponto, o CPC permite que a audiência do artigo 334 não se realize mediante consenso das partes quanto ao desinteresse no consenso, manifestado antes da data aprazada para o ato (§§ 4º e 5º). É o consenso quanto ao dissenso. Pois bem, no tocante à mediação, a disposição do Novo CPC é *natimorta*, pois a audiência de mediação, frente ao disposto na Lei de Mediação, não pode ser dispensada pelas partes, como se afere da leitura conjugada dos seus artigos 3º e 27º. Vejam, a possibilidade de dispensa da audiência de mediação pelas partes restou suprimida pela nova Lei de Mediação, no que esta torna obrigatória sua realização (2015, p. 03).

Dessa forma, face ao disposto no CPC vigente, o juiz, ao receber a exordial e sendo positivo o juízo de admissibilidade, deverá designar audiência de conciliação ou mediação, atendendo aos requisitos previstos no artigo⁴⁷ 334, § 2º.

⁴⁷ Art. 334 do CPC/2015: “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. § 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,

Com isso, designada a audiência de mediação, ainda que haja consenso entre as partes para fins de não realização do ato, tal manifestação em nada interferirá na ocorrência da audiência, eis que o disposto no artigo 334, inciso I, § 4º, não se aplica à mediação, uma vez que foi ela subtraída da disciplina geral do Código pela existência de diploma especial e posterior – a Lei da Mediação – que, através da interpretação dos artigos 3º e 27 em conjunto, permite concluir que não poderá ser o procedimento recusado pelas partes.

Conforme Duarte, “o fatiamento do CPC pela Lei de Mediação acentua a diferença entre os institutos da conciliação e da mediação, submetendo-os a regramento processual diverso, quiçá com perda de sistematicidade do ordenamento processual” (2015, p. 04). Essa situação é exemplificada a partir da interpretação do artigo 334, § 8º, do atual CPC, o qual define como ato atentatório à justiça a ausência na audiência de conciliação, mas, ao mesmo tempo, nada diz acerca do não comparecimento na audiência de mediação.

Assim, diante dessa realidade legislativa confusa, certo é que a Lei de Mediação alterou o conteúdo do Código de Processo Civil acerca da matéria versada antes mesmo de sua entrada em vigor, impondo a desconsideração das regras trazidas pela Lei n. 13.105/2015 quando houver regulamentação específica sobre o tema da mediação na Lei n. 13.140/2015, de modo que mediar o conflito entre ambas disposições será talvez o primeiro desafio dos profissionais do Direito nacional.

Não obstante esse embate normativo inicial, há de se partir para uma abordagem relacionada ao conteúdo em si das legislações abordadas, traçando um comparativo entre os pontos de intersecção verificáveis, a predominância da regra especial em relação à geral e também contradições e curiosidades presentes no texto legal.

De início, convém analisar o enredo principiológico trazido tanto pelo CPC quanto pela Lei de Mediação, haja vista que enquanto o primeiro manual incluiu sete princípios básicos para a mediação e conciliação, o segundo, por sua vez, acaba trazendo oito deles em seu artigo 2º, porém, curiosamente, não são absolutamente iguais.

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” (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015).

O CPC traz no bojo do artigo 166 que “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015)⁴⁸, enquanto a Lei n. 13.140/2015 refere que a mediação será orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé (BRASIL, 2015, artigo 2º, I - VIII).

Diante desse cenário, percebe-se que apenas a imparcialidade do mediador, a oralidade, a informalidade e a autonomia da vontade das partes são princípios norteadores comuns para ambas as legislações, o que permite considerar que tanto a isonomia quanto a boa-fé e a busca do consenso entre as partes são ideias que devem envolver apenas a mediação.

Logicamente essa questão é levantada apenas a título de curiosidade, mas demonstra a imprecisão do legislador ao não incluir na norma legal posterior e específica no mínimo os mesmos princípios que já compunham a regra geral e versam sobre matéria idêntica.

Por outro lado, diante da existência de princípios em comum, também é possível extrair que essa situação colabora para a análise da interpretação do conflito aparente das normas, eis que, com base na tese do diálogo das fontes⁴⁹, sustentada por Claudia Lima Marques, essencialmente as normas jurídicas não se excluem, mas se complementam, de modo que

Por força do diálogo das fontes é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação; afinal, os dois

⁴⁸ Art. 166 do CPC/2015: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015).

⁴⁹ “Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (...) Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico; há um ‘diálogo das fontes’ especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto” (MARQUES, 2006, p. 62-63).

sistemas normativos dispõem de princípios comuns, sendo seus pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade. Em casos de dúvida quanto a aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo, o interprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação (TARTUCE, 2015, p. 05).

Também em relação à obrigatoriedade da mediação existem divergências entre o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, haja vista que a lei geral traz o procedimento como necessário em seu artigo 319, VII (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015)⁵⁰, ou seja, não seria realizado apenas se houvesse manifestação das partes nesse sentido, enquanto a lei específica, ao tratar do tema, não repetiu tal possibilidade de oposição à tentativa de auto/heterocomposição, eis que os artigos 3º e 27 (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015) levam ao entendimento de que estando corretamente instruída a inicial, será designada a audiência de mediação.

Segundo Rodvalho (2015), três correntes a respeito da questão da obrigatoriedade da audiência de mediação já se formaram no cenário jurídico nacional, sendo que uma delas entende ser inconstitucional imposição de tal método, pois violaria a autonomia privada das partes; outra entende não haver incompatibilidade entre Lei de Mediação e CPC; já a última preconiza que a incompatibilidade efetivamente existe, mas apenas no que tange à revogação do conteúdo do CPC que é preenchido pelas regras específicas trazidas pela Lei de Mediação.

Conforme o entendimento do doutrinador acima referido, a inconstitucionalidade na obrigação da realização da mediação é inexistente, eis que a imposição do procedimento se coaduna com os propósitos do Estado Democrático de Direito:

⁵⁰ Art. 319 do CPC/2015: “A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção. § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu. § 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça” (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015).

E não nos parece haver inconstitucionalidade na instituição de mediação obrigatória, como defendido pela corrente (i). Ao revés, ela nos parece consentânea com o Estado Democrático brasileiro e com os valores expressos em nossa Constituição Federal em seu preâmbulo, que expressamente consigna que “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa Do Brasil.” (RODOVALHO, 2015, p. 03).

Cabe resgatar nesse momento o depoimento da mediadora Orfanou, entrevistada no item 2.2 do presente trabalho, referindo que a ideia da mediação obrigatória se torna bastante interessante em países cuja cultura jurídica ainda não absorveu as técnicas de resolução alternativa de conflitos, eis que a imposição do procedimento acaba aproximando as pessoas daquilo que até então era desconhecido, permitindo que se crie o hábito de utilização do referido método.

Em razão dessas consequências absolutamente positivas decorrentes da obrigatoriedade da realização da audiência de mediação é que Rodovalho atesta essa determinação como um grande avanço, que nos coloca ao lado de outros países que já adotam esse sistema (Argentina, Canadá e Itália, por exemplo), lembrando que “mesmo quando o acordo não é atingido, a mediação melhora o relacionamento futuro e facilita também que talvez haja um acordo no futuro” (2015, p. 04).

Trazendo de volta ao estudo o § 8º do artigo 334 do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015) utilizado como exemplo ao final do item 3.2, o qual considera a ausência injustificada das partes na audiência de conciliação um ato atentatório à dignidade da justiça, há de se observar que a Lei da Mediação não trouxe igual punição àquele que não comparecer à audiência do procedimento correspondente, limitando-se a referir que haverá penalidade, orientada integralmente pelo artigo 22 da referida lei.

Diferenciação semelhante ocorre no que tange à formação dos mediadores, eis que o Código de Processo Civil refere apenas a necessidade de preenchimento dos requisitos de capacitação mínima através de curso realizado por entidade credenciada

para que seja possível o exercício das funções de conciliador e mediador (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015, artigo 167, § 1º)⁵¹.

Já a Lei da Mediação, como visto no tópico anterior, divide o mediador em judicial e extrajudicial, estabelecendo requisitos mais rigorosos ao primeiro, quais sejam: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior em instituição reconhecida pelo MEC e capacitação em escola/instituição de formação de mediadores com o devido reconhecimento (BRASIL. Lei n. 13.140/2015, artigo 11).

Outro conflito existente entre ambos os dispositivos legais, talvez até o mais significativo deles, diz respeito ao conteúdo do artigo 25 da Lei da Mediação, o qual refere que os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes – devendo-se observar as hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015) –, o que vai de encontro ao previsto no artigo 168 da lei genérica, que traz a possibilidade de as partes poderem escolher consensualmente o conciliador, mediador ou câmara privada para as audiências de conciliação e de mediação (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015).

Diante desse impasse, em que pese se tenha estudado até aqui a prevalência da lei específica, especialistas têm entendido que a situação será resolvida pela própria doutrina, como se observa do trecho extraído do artigo publicado no sítio Dizer o Direito:

⁵¹ Art. 167 do CPC/2015: “Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. § 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. § 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes. § 4º Os dados colhidos na forma do § 3o serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores. § 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. § 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo”(BRASIL. Lei n. 13.105, 2015).

A doutrina deverá, portanto, resolver esse impasse. Particularmente, apesar de a regra do CPC 2015 ser melhor e mais consentânea com os princípios da mediação, penso que, tecnicamente, deve prevalecer a Lei n.º 13.140/2015 considerando que se trata de lei específica em detrimento ao CPC (que é norma geral), além do fato de que o art. 25 da Lei n.º 13.140/2015 derogou o § 1º do art. 168 do CPC 2015 ainda durante a *vacatio legis*. Sobre este ponto, vale ressaltar que é perfeitamente possível que uma lei revogue outra que nem entrou em vigor, ou seja, que ainda está em *vacatio legis* (COMENTÁRIOS À LEI 13.140/2015 (LEI DA MEDIAÇÃO), 2015, p. 06).

Há também restrição no que tange à atuação do advogado nas funções inerentes à profissão e também quando exercer o ofício de mediador/conciliador. De acordo com o artigo 172 do CPC, tanto o conciliador quanto o mediador estarão impedidos de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes presentes na audiência pelo prazo de 1 (um) ano, a contar do fim da sessão (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015)⁵², disposição idêntica à prevista no artigo⁵³ 6º da Lei da Mediação.

Todavia, o § 5º do artigo 167 da lei geral traz a situação de impedimento da atuação dos advogados caso atuem como conciliadores ou mediadores, impondo que ficarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Em relação a essa questão assim se manifestou o Presidente da Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, o Conselheiro Emmanoel Campelo, ao conceder entrevista ao canal virtual Momento Arbitragem, produzido por Asdrubal Júnior, mestre em Direito Privado e Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/DF:

Muitas vezes se fala que essa restrição se justifica pela proximidade que o advogado mediador (*na função de conciliador/mediador*) teria com o magistrado e, por isso, poderia ter algum privilégio em outros processos em que não atuasse como advogado. Eu acho que isso seria nivelar por baixo (*os profissionais*). Nosso ordenamento já estabelece remédio para isso (*processo administrativo disciplinar*). Acho errado nivelar todos os advogados como se tivessem com esse propósito: presume-se o erro, a má-fé. Acho isso sempre muito prejudicial. Num primeiro momento você acaba perdendo ótimos potenciais mediadores, porque o advogado terá de renunciar uma das carreiras de início, e quem perde com isso é a eficiência do Poder Judiciário e dos métodos autocompositivos (JÚNIOR, 2015, 27'00''-30'40'').

⁵² Art. 172 do CPC/2015: “O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes” (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015).

⁵³ Art. 6º da Lei de Mediação: “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” (BRASIL. Lei n. 13.105, 2015).

Nesse sentido é a posição do próprio entrevistador, que entende então pela necessidade de limitar as varas de exercício do advogado-mediador, para que não se crie um universo tão grande de impedimentos. Ainda, Júnior (2015) critica a distribuição automática dos casos aos mediadores quando as partes não optarem por algum em específico, sustentando que há a presunção de ocorrência de privilégio em relação a determinado mediador, o que se revela grande contradição, haja vista a faculdade dada às partes para que escolham quem realizará a audiência.

Vem à tona a necessidade de mencionar que, ante a possibilidade de coexistência de mediadores com qualificações que fogem da área da advocacia, a distribuição automática acaba prejudicando a própria solução do conflito, perdendo em eficiência pelo subaproveitamento do potencial dos mediadores, já que, conforme aduziu Emmanoel Campelo, “processos complexos serão por distribuição indicados para mediadores menos experientes, enquanto situações mais simples serão comandadas por mediador com histórico de muita eficiência” (JÚNIOR, 2015, 32’38’’- 33’40’’).

Conforme observado até aqui, a coexistência de ambos os dispositivos legais tratando de matérias semelhantes tende a gerar uma infinidade de dilemas ao Poder Judiciário, seja para definir a prevalência de uma perante a outra, seja para dar conta de atender às demandas com caracteres e objetivos distintos do que até então era comum à prática forense.

De qualquer forma, a partir dos relatos e estudos levados a efeito para concretização desse tópico, evidencia-se que, sob uma perspectiva geral, a introdução da mediação como procedimento obrigatório com base na Lei n. 13.140/2015 se revela positiva à dissolução dos conflitos e propagação da ideia de auto/heterocomposição, restringindo eventual perspectiva negativa especificamente em relação à formação de profissionais capacitados para guiarem os conflitantes até uma decisão satisfatória, duradoura e, sobretudo, tão ou mais justa do que seria caso adviesse de provimento jurisdicional.

4.4 Obstáculos à aplicação do procedimento de solução consensual e a qualificação dos mediadores

Inegavelmente, tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei da Mediação trarão benefícios significativos não apenas à organização e celeridade do Poder Judiciário, mas em especial – e principalmente – às partes litigantes, as quais, estimuladas a resolverem seus conflitos por seu próprio empenho (mediante orientação imparcial, profissional e qualificada), poderão concretizar seus direitos e, por consequência, evitar demandas repetitivas, intermináveis e ineficientes que superlotam os cartórios país afora.

Todavia, em que pese sejam plenamente atingíveis tais louváveis objetivos, certo é que determinados obstáculos impedirão a consolidação (de forma rápida e/ou eficiente) das técnicas e métodos trazidos por ambas as legislações, até mesmo porque esperar que os dois adjetivos referidos se materializem conjuntamente em tão pouco tempo seria muita pretensão para um ordenamento jurídico de uma nação historicamente caracterizada pelo atraso.

Dentre possíveis barreiras que farão parte do processo de implementação prática do conteúdo das Leis ns. 13.105/2015 e 13.140/2015, talvez a adaptação dos operadores do Direito – acostumados a um processo formalista, litigioso e jurisdicionado – ao novo quadro processual seja a mais delicada a ser levada a efeito, eis que, conforme referido por Pereira,

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, cercando-se de profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros), para o melhor desempenho da atividade profissional. Aos Juízes e Promotores de Justiça, caberá uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, atuando de forma menos formalista, mais receptivos e sensíveis à importância das novas técnicas de solução de conflitos eleitas pelo CNJ e pelo legislador brasileiro. Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária, em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal: Dignidade Humana e Cidadania (2015, p. 05).

Observando-se as palavras do doutrinador, a adequação não ficará restrita ao comportamento dos profissionais, mas fatalmente terá de se estender à própria estrutura fornecida pelo Estado para consolidar os propósitos entabulados em ambas as leis, afinal, sem a criação, pelos tribunais, dos centros judiciários de solução consensual de conflitos previstos no artigo 24 da Lei da Mediação (BRASIL. Lei n. 13.140, 2015) – os quais serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação (pré-processuais e processuais), bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição –, impossível que se sustentem as propostas trazidas pelo legislador.

Na mesma linha, visando apontar as dificuldades a serem encaradas pelo Poder Público a partir do novo sistema processual, a ex-ministra Ellen Gracie, citada na matéria de Giselle Souza (publicada na revista eletrônica Consultor Jurídico em 18 de março de 2015), referiu que o maior problema será empregar a mediação na administração pública (conforme a previsão trazida pelos artigos 32 e 35 da Lei n. 13.140/2015), eis que o poder público não costuma autorizar seus procuradores a transacionar direitos, muito menos resolver questões na esfera extrajudicial, de modo que superar a desconfiança com relação às atribuições desses profissionais demandará significativa mudança de mentalidade (CONSULTOR JURÍDICO, 2015).

Conforme narrou a jurista, os primeiros mediadores são os advogados, que ao ter contato com o caso devem orientar seus clientes sobre a real chance de êxito da demanda, evitando, assim, o que ela chama de “dispêndio inútil de recursos e tempo”. Ainda, sustentou que adotar essa nova perspectiva acerca dos conflitos não será tarefa simples, afinal, o profissional do direito tende a enxergar o problema sempre sob a ótica litigiosa: “essa mudança de mentalidade não é fácil porque todos nós recebemos uma formação direcionada para o contencioso. Mas tanto a classe dos advogados como dos magistrados precisam fazer esse grande esforço” (CONSULTOR JURÍDICO, 2015, p. 02).

No mesmo sentido entendeu também o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, afirmando em matéria na mesma revista eletrônica que “temos que sair de uma cultura de litigiosidade e ir para uma cultura de pacificação. E isso será feito pela promoção de meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem” (CONSULTOR JURÍDICO, 2014, p. 01).

Morais & Spengler igualmente defendem a ideia de que a mediação e a conciliação são políticas públicas de pacificação de conflitos que podem levar ao caminho de formação de uma nova cultura, de modo que pretendem muito mais do que simplesmente desafogar o judiciário diminuindo o número de demandas que são a ele direcionadas, esperando-se, na verdade, que sejam formas de resolução de conflitos fundada em termos qualitativos (2012, p. 169).

Segundo os autores acima citados, ambas as técnicas referidas não podem ser analisadas sob a ideia de geradoras da celeridade processual – eis que essa situação poderá ser apenas uma das suas consequências –, mas sim como ferramentas que buscam construir uma mentalidade junto aos juristas brasileiros cujo escopo principal seja a pacificação social, abandonando a cultura do litígio, de modo que, conferindo-se autonomia às partes para que solucionem seus litígios e se responsabilizem pela solução encontrada, “a melhor consequência seja a prevenção de novos conflitos em razão dos próprios conflitantes terem solucionado o imbróglio” (MORAIS & SPENGLER, 2012, p. 170).

Dessa forma, observar tais técnicas como ferramentas cujo objetivo seja, primeiramente, desafogar a máquina judiciária, pode, também, acabar se tornando um obstáculo à concretização de seus objetivos originários, afinal, poderia restar absolutamente desvirtuado o foco das sessões, excluindo-se atenção dos anseios e pontos de interesses das partes para priorizar soluções menos satisfativas e duradouras que pudessem ser obtidas com maior agilidade e menor envolvimento com a causa.

A partir desse potencial obstáculo, faz-se importante também a análise da exposição de motivos do atual Código de Processo Civil, o qual remete de forma indireta à necessidade de existência de profissionais qualificados para administração das técnicas de resolução de conflitos pelas vias auto/heterocompositivas, justamente quando refere sua busca pela conversão do processo em um instrumento incluído no contexto social e enfatiza a possibilidade das próprias partes porem fim ao conflito pelas vias da conciliação ou mediação, entendendo que “a satisfação efetiva das partes pode se dar de modo muito mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL, 2010, p. 22).

Depreende-se, pois, que se torna impossível efetivar a adequação do processo ao contexto social e estimular as partes a resolverem suas divergências por iniciativa própria caso não sejam os procedimentos de solução consensual liderados por

profissionais devidamente habilitados e capacitados, sob pena de comprometer a eficácia das sessões e a relação interpartes, surgindo daí a importância de destinar específica atenção à formação dos mediadores e às formas de seleção.

De acordo com Sales & Chaves,

Alguns aspectos são muito importantes para o êxito da implementação da mediação, dentre eles ressaltam-se dois: a capacitação (qualidades extrínsecas) do mediador e o perfil desse profissional (qualidades intrínsecas). [...] O perfil do mediador, por sua vez, faz referência às características intrínsecas como a aptidão para auxiliar e estimular a cooperação e o ganha-ganha, a facilidade de ouvir, realizar a escuta ativa e facilitar o diálogo, aberto para a interdisciplinaridade, humilde para não intervir ou decidir, criativo para auxiliar as pessoas no encontro dos pontos convergentes na condução de uma solução satisfatória (2014, p. 265-266).

A capacitação, como já visto, tem seus requisitos pré-estabelecidos tanto na Lei n. 13.105 quanto na Lei n. 13.140, ambas de 2015, de modo que o foco, nessa oportunidade, será em relação às características intrínsecas do mediador.

Com isso, cabe reiterar as palavras referidas por Emmanuel Campelo, Conselheiro do CNJ, ao entrevistador Asdrúbal Júnior, no sentido de que, em razão da distribuição automática dos processos, quando não houver escolha do mediador pelas partes, demandas complexas estarão sujeitas ao comando de mediadores menos experientes, ao passo que aquelas mais simples poderão ser lideradas por profissional de altíssima qualidade, o que significaria péssimo aproveitamento do material humano à disposição do Poder Judiciário (JÚNIOR, 2015).

De acordo com Júnior, “dependendo da natureza da discussão, o juiz poderia identificar o profissional que tem a expertise mais apropriada para lidar com aquele tipo de problema” (2015, 32’45 – 32’56), de modo que, conforme afirmou o conselheiro entrevistado,

O mediador que é muito bom poderia estar sendo indicado para processos mais complexos – e aí você tem uma probabilidade de um acordo maior – e vice-versa (o inexperiente sendo indicado para um processo mais complexo e o inexperiente para um extremamente simples). Quer dizer, você subaproveita o potencial daquele mediador, o que vai refletir na eficiência do modelo de mediação (JÚNIOR, 2015, 32’58’’ – 33’21’’).

Por consequência, o desempenho e formação do mediador certamente serão determinantes ao sucesso do procedimento, havendo a necessidade de se estabelecer um padrão mínimo de qualidade a esses profissionais, sob pena de colocar em cheque a eficácia dos métodos autocompositivos, afinal, se houver discrepante variação de nível entre os mediadores, a distribuição automática implicará na coexistência de más e boas resoluções, mas, sobretudo, na ineficiência dos objetivos trazidos por ambas as leis que remetem à utilização dos métodos de resolução de conflitos de forma amistosa.

Quanto à qualificação do mediador, analisando-a sob a ótica de potencial obstáculo à aplicação correta do procedimento de mediação, Hill entende que não existe um método específico e satisfatório em sua integralidade para definir a melhor forma de seleção do profissional:

Em conclusão, assim como em qualquer outra forma de procedimento de seleção de funcionários, requisitos de qualificação para mediadores devem ser considerados em termos de sua eficácia, custos e efeitos discriminatórios. Embora um requerimento de seleção em particular possa parecer atraente com um baixo custo, no sentido de identificar mediadores competentes, a sua efetividade na determinação da competência pode ser tão pobre como argumentar de forma conclusiva contra o seu uso. Ao mesmo tempo, métodos de triagem de mediadores eficazes podem ser proibitivamente caros como tornar a sua utilização fora de questão. E, ainda, a maior preocupação na escolha de requisitos de seleção de mediador (custos e eficácia à parte) pode muito bem ser em relação aos efeitos de exclusão desses requisitos em indivíduos com diferentes estilos de mediação ou de indivíduos de grupos minoritários legalmente protegidos. Talvez nenhum método de seleção específica possa ser completamente satisfatório em termos de ser altamente eficaz, de baixo custo e livre de quaisquer efeitos discriminatórios de qualquer natureza⁵⁴ (tradução nossa) (1998, p. 14).

Apesar da ideia da autora acima referida, certo é que determinados profissionais desenvolvem maior habilidade e aptidão para o manejo de questões específicas, passando a serem, sim, os mediadores mais indicados para situações excepcionais e de peculiaridades ímpares.

⁵⁴ "In conclusion, just as in any other form of employee selection procedure, qualification requirements for mediators must be considered in terms of their effectiveness, cost, and discriminatory effects. Although a particular selection requirement may appear attractive as a low cost, means of identifying competent mediators, its effectiveness in determining mediator competency may be so poor as to argue conclusively against its use. Conversely, effective mediator screening methods may be prohibitively costly as to make their use out of the question. And yet, the biggest concern in choosing mediator selection requirements, cost and effectiveness aside, may very well be the exclusionary effects of those requirements on individuals with different mediation styles or on individuals from legally protected minority groups. Perhaps no specific selection method could ever be completely satisfactory in terms of being highly effective, low cost, and void of any discriminatory effects whatsoever" (HILL, 1998, p. 14).

Nesse sentido é a afirmação da mediadora Simone Bastos, que em entrevista concedida ao CNJ referiu que um conciliador ou mediador deve gostar de atender ao público, saber se comunicar e ser um bom ouvinte, não sendo necessário, entretanto, “ser um psicólogo, pois não se trata de uma sessão de terapia, mas validamos sentimentos de maneira técnica, algo fundamental para trabalharmos de forma mais tranquila o conflito” (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2013).

Pelas razões acima expostas, fica evidente que a (boa) qualificação do mediador se faz absolutamente indispensável ao sucesso das políticas públicas propostas na Resolução n. 125 do CNJ – a qual originou o texto atual do Código de Processo Civil e influenciou na criação e adaptação da lei específica sobre a mediação, a Lei n. 13.140/2015 –, do mesmo modo que a aceitação dessas propostas tanto pelos advogados, magistrados, promotores de justiça e pelo próprio Estado, já que do trabalho, empenho e eficiência de todos eles depende a correta execução dos objetivos.

Apenas dessa maneira será possível evitar ou, no mínimo, diminuir a incidência de outros obstáculos além daqueles já referidos nesse tópico, até mesmo porque o que foi aqui abordado não visa esgotar as possibilidades de ocorrência de percalços até a consolidação dos procedimentos autocompositivos – em especial da mediação –, mas tão somente elencar fatores básicos que precisarão ser tratados com extrema atenção a fim de permitir a inserção inicial dessas ideias no ordenamento jurídico nacional da forma menos turbulenta e, ao mesmo tempo, com máxima eficácia.

Finalmente, aproveitando os ensinamentos de Morais & Spengler (2012), cabe recordar que talvez o primeiro obstáculo a ser vencido seja o de passar a entender os métodos de resolução consensual de litígios como formas de trazer os conflitantes para participarem ativamente na busca de um resultado que satisfaça seus próprios interesses, preservando o relacionamento anterior e os vínculos eventualmente existentes entre eles, desconstituindo o rótulo que de uma forma geral lhes é atribuído: o de ferramenta de celeridade e desafogo do Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

O conflito é inerente às relações interpessoais e indispensável ao crescimento do ser humano enquanto único animal capaz de utilizar sua racionalidade para adaptar, renovar e/ou transformar o ambiente ao seu redor.

Essa afirmativa sem dúvida resume as razões pelas quais o presente trabalho se mostra absolutamente importante e relevante não apenas àqueles que trabalham com o Direito cotidianamente, mas também – e principalmente – aos destinatários das normas jurídicas, isto é, os cidadãos que vivem no território nacional, os quais invariavelmente se veem diante de situações conflitivas e têm buscado, por incontáveis razões, as maneiras mais burocráticas e, ao mesmo tempo, menos efetivas para satisfação de seus direitos.

Conforme se evidenciou ao longo do primeiro capítulo estudado, o conflito em si existe desde os primeiros registros da existência do homem, sendo que dentre as definições mais comuns está a de ser ele uma questão de percepção, na medida em que se ninguém souber de sua existência ou entendê-lo de tal forma, não se pode presumir como existente. Ainda, é visto como uma interação entre pessoas que se deparam com metas/pontos de vista incompatíveis, havendo uma interferência entre um e outro para que consigam atingir o que lhes interessa.

Enquanto fator positivo de socialização, desenvolvimento e coesão interna, o conflito é também, simultaneamente, fato gerador das mais impactantes discórdias e resultados negativos gerados pelo ser humano ao longo da história, de modo que as disputas interpartes obrigaram a criação de ferramentas para solução de tais divergências pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual, se analisado sob a ótica jurídica, o conflito é entendido como fator fundamental para existência da lide, sendo núcleo essencial de um processo judicial civil, cujo objetivo é resolver a discussão apresentada perante o juízo.

Atualmente, no entanto, tal propósito não vem sendo eficientemente atingido, muito em razão da precária estrutura procedimental do direito brasileiro para resolver os conflitos individuais, tornando-se inviável a solução da totalidade (quicá metade) dos conflitos de interesses existentes, podendo-se depreender que o sistema

nacional atual é incapacitado para administrar sequer parte dos litígios que demandam sua intervenção.

Por outro lado, percebe-se que grande contribuição à situação presente decorre da cultura do próprio cidadão, o qual opta por transferir ao Poder Judiciário o enfado que seria absolutamente seu, qual seja buscar soluções aos conflitos por si gerados mediante simples comunicação com a parte oposta e análise acerca das causas motivadoras do conflito.

No intuito de desvendar as principais razões para os desentendimentos entre as partes, analisou-se o Círculo do Conflito, de Christopher Moore, obtendo-se incontáveis classificações, divisões e subdivisões, o que permitiu, ao final, identificar determinados critérios que fomentam os conflitos em maior escala, dentre os quais merecem destaque as situações envolvendo valores pessoais, relacionamentos e interesses, as quais, de um modo geral, movimentam o lado psicológico/emocional dos conflitantes e tendem a dificultar soluções amistosas, prejudicando o senso de racionalidade e interferindo nas decisões.

Findas as explicações acerca do conflito – analisado sob o viés histórico e jurídico – e suas possíveis causas, passou-se ao estudo das diferentes modalidades de solução de litígios (de auto e heterocomposição), mediante estudo detalhado sobre as técnicas e suas peculiaridades específicas, a fim de encontrar maneiras de tornar ainda mais efetivo as formas alternativas de resolução de conflitos na via extrajudicial e pré-processual, com foco especial à técnica de mediação incentivada pelo Código de Processo Civil e regulamentada também pela Lei da Mediação.

Entendeu-se, basicamente, ser a autocomposição um método primitivo de resolução de conflitos entre pessoas que se configura quando um dos indivíduos (ou ambos) abre mão de seu interesse por inteiro ou de parte dele, existindo, assim, um ajuste de vontades entre as partes em que pelo menos uma delas abre mão, total ou parcialmente, de seus anseios, ocorrendo, em tese, a partir de transação, submissão ou desistência.

Já a heterocomposição, por sua vez, se distingue por ser uma forma de resolução de conflitos em que necessariamente há o envolvimento de um terceiro imparcial atuante, determinante e com poder decisório para o desfecho da contenda criada, retirando das partes a autonomia que possuem no procedimento autocompositivo.

Depois de estabelecida a distinção entre esses critérios, foi analisada cada uma das técnicas mais relevantes (mediação, conciliação e arbitragem) e classificadas, conforme posicionamentos doutrinários, dentro de métodos auto ou heterocompositivos, sendo que a mediação foi conceituada como um processo autocompositivo em sua essência, no qual um terceiro imparcial, que prescinde de autoridade para impor uma solução, ajuda as partes conflitantes a alcançar um desfecho para a disputa em que estão envolvidas ou planejar uma transação, sem que para isso manifeste sua opinião ou proponha formas de dirimir o conflito.

Ainda em relação a essa técnica, foram analisados os princípios que a envolvem e devem ser respeitados quando de sua aplicação a fim de aproximar as partes e permitir o sucesso do procedimento, dentre os quais mereceram destaque o da independência, da autonomia da vontade das partes, da imparcialidade e o da confidencialidade, todos expressos no artigo 166 do Código de Processo Civil e corroborados pela Lei da Mediação em seu artigo 2º.

Não deixando de lado as demais técnicas, tanto a conciliação como a arbitragem tiveram seu conteúdo esmiuçado, de modo que a primeira foi definida como técnica originariamente heterocompositiva, em que a participação do conciliador é ativa desde o início das tratativas, interferindo no diálogo, propondo opções e soluções à controvérsia existente; a segunda, por sua vez, adota como referência o processo judicial, a partir de um pacto arbitral celebrado entre as partes, mas, ao final, revela-se um mecanismo extrajudicial no qual a intervenção do Poder Judiciário em si sequer existirá, ou, quando existir, será para buscar a concretização dos termos entabulados no compromisso e na sentença arbitral.

A fim de estabelecer um comparativo entre a aplicabilidade da técnica de mediação no ordenamento jurídico nacional e fora dele, foi entrevistada a mediadora grega Maria Orfanou – que inclusive já atuou na mesma função e também como professora assistente na Universidad Carlos III de Madrid, em Madri, na Espanha – e analisados casos de sucesso de aplicação da técnica na esfera internacional, obtendo-se, com isso, experiências e pontos de vista favoráveis acerca do método analisado, verificando-se, em síntese, que sua imposição pelo ordenamento pode ser positiva quando a técnica for desconhecida pelo povo, mas que seu sucesso está diretamente ligado à qualidade do mediador e do perfil e disposição das partes em colaborar.

Necessários e indispensáveis à concretização do objetivo da mediação, os elementos valorativos (interesses, legitimidade, relacionamentos, alternativas, opções, compromisso e comunicação) que devem nortear tal método não foram deixados de fora do presente estudo, de modo que foi possível concluir pela necessidade de sobrepor os interesses das partes em relação às suas posições, permitindo que elas mesmas criem opções de solução, procurem alternativas e busquem um compromisso para honrar seus acordos, sempre valorizando a comunicação clara e a preservação das relações.

Ato contínuo, encerrada a análise acerca das técnicas de resolução de conflitos e esmiuçadas as características da mediação em sua essência teórica e aplicabilidade internacional, adentrou-se no mérito daquilo que busca responder a pergunta chave dessa pesquisa, ou seja, o instituto da mediação no Direito brasileiro, estabelecendo-se um comparativo entre o fomento às técnicas extrajudiciais e pré-processuais de resolução de conflitos ainda no CPC de 1973 e a pretensão atual de estímulo ao uso da mediação e outros métodos, trazida pelo CPC de 2015, verificando os prós, contras e obstáculos à concretização das ideias do legislador.

Para isso, fez-se imprescindível a abordagem da integralidade da Lei da Mediação, analisando seus artigos e permitindo análise clara e precisa acerca do conteúdo de tal instrumento normativo, identificando suas propostas inovadoras no sentido de trazer a mediação não apenas às causas envolvendo interesses dos indivíduos, mas também àquelas em que seja parte a administração pública, com a ideia de fomentar a decisão justa e proposta pelas partes, ainda que se reconheçam possíveis dificuldades que serão encontradas até a implementação do conteúdo da referida lei.

Ainda, diante da coexistência do Código de Processo Civil e da Lei da Mediação – normas distintas que versam também sobre a forma de aplicar o mesmo procedimento –, discorreu-se acerca do suposto conflito normativo entre elas, extraindo-se que deverá prevalecer a lei especial sobre a genérica, qual seja, a Lei n. 13.140/2015. Igualmente, a partir de comparativo entre ambas, verificou-se, em suma, que a técnica se revela como positiva à dissolução dos conflitos e propagação da ideia de auto/heterocomposição, sendo que as críticas ficaram restritas a eventual má-formação de mediadores, o que poderia implicar na falta de êxito na busca pela decisão satisfatória e justa.

Entretanto, por se tratarem de normas absolutamente recentes, inegável que obstáculos serão encontrados até que sejam consolidadas integralmente as propostas do

legislador – se é que um dia assim serão –, motivo pelo qual foram analisados tais possíveis entraves, os quais vão desde a já referida formação de mediadores desqualificados, passando pela aceitação das ideias pelos profissionais do Direito (advogados, magistrados e promotores de justiça) e pelo próprio Estado, até o mais básico desafio de passar a entender os métodos de resolução consensual de litígios como formas de trazer os conflitantes para participarem ativamente na busca de um resultado que satisfaça seus próprios interesses.

A partir do estudo levado a efeito, certamente não se esgotaram todas as questões e dúvidas acerca do tema abordado, nem sequer de cada um dos tópicos elencados, afinal, não é tarefa fácil definir, hoje, o conceito de conflito, até mesmo porque tem ele se espalhado pelas mais diversas mídias e plataformas, tornando-se presente não só no ambiente físico de inter-relações humanas, mas também se estendendo ao ambiente virtual, perpassando pela esfera individual de cada ser humano e irradiando seus efeitos em cenário alheio, como visto nos exemplos dos conflitos internacionais que se dissiparam a partir do uso de técnicas de resolução de conflitos.

Todavia, é evidente que a análise aqui realizada foi capaz de trazer esclarecimentos indispensáveis à compreensão das propostas trazidas pelo atual Código de Processo Civil e facilitar a obtenção de respostas à pergunta principal trazida no projeto inicial do estudo, qual seja, “como implementar as propostas do CPC – fundamentadas nos propósitos da decisão precisa e justa, da redução dos litígios, da simplicidade dos procedimentos e da humanização da justiça, em um ordenamento jurídico já saturado por uma realidade que demonstra absoluta contrariedade ao objetivo atual?”.

Entendo que o fomento às práticas de resolução de conflitos pelo atual CPC, a partir das vias extrajudicial e pré-processual, com ênfase à mediação e conciliação, apenas facilitará a consolidação das ideias trazidas no manual procedimental, até mesmo porque são técnicas capazes de valorizar os interesses dos próprios litigantes, tornando as decisões mais satisfatórias, condizentes aos propósitos das partes e, por consequência, reduzindo futuros litígios em razão do maior nível de satisfação.

Há de se observar, contudo, que quando do início da pesquisa, imaginava-se que os procedimentos aqui analisados tinham como finalidades a celeridade processual e diminuição do sobrecarregamento que há anos está estampado nos cartórios judiciais brasileiros. Entretanto, essa ideia se revelou bastante equivocada ao longo do progresso

do estudo, haja vista que tais ocorrências não são o objetivo das técnicas analisadas, pelo contrário, são a consequência da correta aplicabilidade da conciliação ou da mediação, ou seja, não serão alcançadas a partir do mero uso das técnicas, mas tão somente se verificarão caso se mostrem absolutamente efetivos tais métodos e, ainda assim, desde que haja organização dos responsáveis pela administração e fiscalização da justiça no território nacional.

Nesse sentido, fica a ideia de que apenas dessa forma, utilizando-se das diferentes formas de auto/heterocomposição com ênfase nos anseios das partes e buscando despender esforços para manutenção do bom relacionamento entre elas é que será possível encontrar o sustentáculo para a proposta de inovação do sistema processual civil, viabilizando a popularização das soluções de conflitos de maneira extrajudicial e pré-processual.

Igualmente, pode-se observar que a qualificação do mediador tem estreita relação com uma das hipóteses levantadas quando da realização do projeto de pesquisa, qual seja, a necessidade de adequar os profissionais à realidade da técnica proposta, a fim de evitar que se adotem as técnicas autocompositivas à luz de conceitos já ultrapassados, que apenas produziriam mero retrabalho e estagnariam ainda mais o cenário jurídico nacional.

Em suma, o que extraio da presente pesquisa é que os equivalentes jurisdicionais, conforme se refere o doutrinador Fredie Didier Junior às vias alternativas à litigância em juízo, têm, sim, o condão – e plenas condições – de sanar os conflitos e certificar situações jurídicas, atingindo a meta proposta pelo legislador quando da elaboração de tal matéria no Código de Processo Civil, de modo que julgo inteiramente viável – ainda que não possa chamar de simples – o ideário trazido pela Lei n. 13.105/2015 no que diz respeito ao estímulo às técnicas alternativas de resolução de conflitos.

Com efeito, importante pontuar que a pesquisa não se encerra nesse momento, pois servirá apenas como alicerce a um trabalho que se buscará estender praticamente, a fim de permitir o acompanhamento do desenrolar, ao longo dos próximos anos, da aplicação das normas pelos operadores do Direito, mediante análise das decisões judiciais envolvendo o tema da mediação, do próprio estímulo pelos magistrados e afeição (ou rejeição) dos métodos auto ou heterocompositivos pelos conflitantes.

Indubitavelmente seria perda de tempo definir tais técnicas como o ponto de partida para uma mudança no cenário jurídico nacional e, após isso, deixar de analisar o progresso da implementação prática dos métodos estudados, motivo pelo qual a intenção é manter o foco no estudo de maneiras que possam melhorar o processo de mediação – o qual deverá cada vez mais ter sua relevância reconhecida enquanto meio alternativo para dissolução de litígios –, mas também de formas para qualificar os seus sujeitos, em especial o mediador, que necessitará de formação complexa e aperfeiçoada para que dê conta de administrar as mais distintas situações que a ele poderão ser apresentadas.

Acredita-se que apenas dessa forma, com insistência e vigilância para a correta aplicação das diferentes formas de resolução de conflitos através das vias extrajudicial e pré-processual, é que será possível consolidar as propostas trazidas pelo legislador no atual Código de Processo Civil.

Sem dúvida, porém, ainda mais importante será disseminar a cultura da autodeterminação das partes para solução de litígios, fazendo valer os princípios da autonomia e da cooperação, de modo que elas mesmas conduzam o conflito ao melhor desfecho mediante diálogo que verse sobre suas diferenças, forme identidade cultural e crie um sentimento comum de pertença e responsabilidade mútua de reparação e transformação.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *Qualificação de conciliadores e mediadores contribui para a redução de processos judiciais*. Publicado por Regina Bandeira em: 26 nov. 2013. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61054-qualificacao-de-conciliadores-e-mediadores-contribui-para-a-reducao-de-processos-judiciais>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

AZEVEDO, André Gomma (org.). 2012. *Manual de Mediação Judicial* (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD). Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Manual_Mediacao_MJ.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos Bezerra. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 298p. ISBN 8571472920.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 333 p. ISBN 9788561635640.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. 381p.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015. E82a 376 p. ISBN 978-85-7804-053-6.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº. 125, de 29 nov. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942; Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015, 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: 01 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.140/2015, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 01 abr. 2016.

CALADO, Maria dos Remedios. *A Autocomposição*: uma análise das modalidades usuais e dos elementos processuais e não processuais na resolução dos conflitos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9419>. Acesso em: 13 mar. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Vol. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COMENTÁRIOS À LEI 13.140/2015 (LEI DA MEDIAÇÃO). Publicado em: 30 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/06/comentarios-lei-131402015-lei-da.html>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. *Novo CPC*: em evento de advogados, Ellen Gracie defende o fim do contencioso de massa. Publicado por Giselle Souza em: 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-18/ellen-gracie-defende-fim-contencioso-massa>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. *Reunião Do Iasp*: Lewandowski defende conciliações para desafogar o judiciário. Publica por Sérgio Rodas em: 28 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/lewandowski-defende-conciliacoes-desafogar-judiciario>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo.

DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea). L 136/3. *Directiva 2008/52/Ce Del Parlamento Europeo Y Del Consejo*, de 24 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>>.

Acesso em: 26 mar. 2016.

DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*. Publicado em: 17 ago. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

EXON, Susan Nauss. *The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation*. Publicado em outubro 2008. Disponível em: <<http://lawblog.usfca.edu/lawreview/wp-content/uploads/2014/09/A17.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. Agência CNJ de Notícias. Matéria atualizada em 30/6/2015, às 10h34. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

FOLGER, Joseph P., POOLE, Marshall Scott Poole & STUTMAN, Randall K. (1997). *Working through conflict: strategies for relationships, groups and organizations*. New York, NY: Longman.

GRUNSPUN, Haim. *O mediador e a separação de casais com filhos*. Entrevista realizada a Haim Gruspum. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/mediacao/mais-afundo/analises/252-o-mediador-e-a-separacao-de-casais-com-filhos-entrevista-com-haim-grunspun>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

HILL, Norma Jeanne. *Qualification Requirements of Mediators*, 1998 J. Disp. Resol. Publicado pela University of Missouri School of Law Scholarship Repository em 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1998/iss1/5>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

Janeiro, 1997. 426 p.

JÚNIOR, Asdrubal. O CNJ, A MEDIAÇÃO E O NOVO CPC - MOMENTO ARBITRAGEM (Série Especial Novo CPC). [Filme-vídeo]. Publicado em: 15 abr.

2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=m1By0hAmV18>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. 509 p. ISBN 857525096.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>>. Acesso em 28 nov. 2015.

MAIA DE MORAIS SALES, Lilia; CARVALHO CIPRIANO CHAVES, Emmanuela. *Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 255-280, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255/28391>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de defesa do consumidor / Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 62-63.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENKEL-MEADOW, Carrie, LOVE, Lela Porter & SCHNEIDER, Andrea Kupfer. *Mediation: Practice, Policy, and Ethics*. Aspen Publishers, 2006. 696 p. ISBN 9780735544451.

MOFFIT, Michael L., BORDONE, Robert C. *The Handbook of Dispute Resolution*. Program on Negotiation/Jossey-Bass, 2005. 560 p. ISBN 978-0-7879-7538-8.

MOORE, Christopher. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 2nd ed., (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1996).

MORAES, Felipe. A entrada em vigor da lei brasileira de mediação. Publicado em: 04 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231982,61044-A+entrada+em+vigor+da+lei+brasileira+de+mediacao>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 255 p. ISBN 9788573488142.

NOTINI, Jessica. *Effective Alternatives Analysis In Mediation: “BATNA/WATNA” Analysis Demystified*. Publicado em janeiro 2005. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/notini1.cfm#>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

ORFANOU, Maria. *Entrevista concedida a Estevan Piva via Skype*. Carazinho, 20 mar. 2016. [Publicação não autorizada pela entrevistada. Uso para fim exclusivamente acadêmico, disponível no anexo 02 desta monografia].

ORFANOU, Maria. *La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentario a la Ley 3898/2010*. Publicado em: mar. 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/1184009/MAR%C3%8DA_ORFANOU_La_mediaci%C3%B3n_en_asuntos_civiles_y_mercantiles_en_Grecia._Panorama_actual_y_una_perspectiva_comparativa_comentario_a_la_Ley_3898_2010._?auto=download>. Acesso em: 10 mai. 2015.

PEREIRA, Clovis Brasil. *Conciliação e Mediação no Novo CPC*. Publicado em: 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

REIS, Elisa. Política e políticas públicas na transição democrática. RBCS, n. 9, v. 3, p. 113 – 114. Fev. 1989.

RICKOVER, Sara. *Analyzing the Causes of Disputes With the Circle of Conflict*. Publicado em: 12 mai. 2014. Disponível em: <<https://sararickover.wordpress.com/2014/05/12/analyzing-the-causes-of-disputes-with-the-circle-of-conflict/>>. Acesso em: 21 out. 2015.

ROBBINS, Stephen P., JUDGE, Timothy A., SOBRAL, Filipe. *Comportamento Organizacional*; [tradução de Rita de Cássia Gomes]. 14. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

RODOVALHO, Thiago. *Mediação obrigatória?*. Publicado em: 15 set. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Poder Constituinte (A natureza e a titularidade do Poder Constituinte Originário)*. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1980.

SCHNITMAN, Dora Fried, LITTLEJOHN, Stephen (orgs). *Novos paradigmas em Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artmed, 1999.

SENA, Adriana Goulart de. *Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007

SHAMIR, Yona. *Alternative Dispute Resolution Approaches and their application*. Israel Center for Negotiation and Mediation (ICNM). Publicado em 2003. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001332/133287e.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Interação entre Novo CPC e Lei de Mediação: primeiras reflexões*. Publicado em: 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

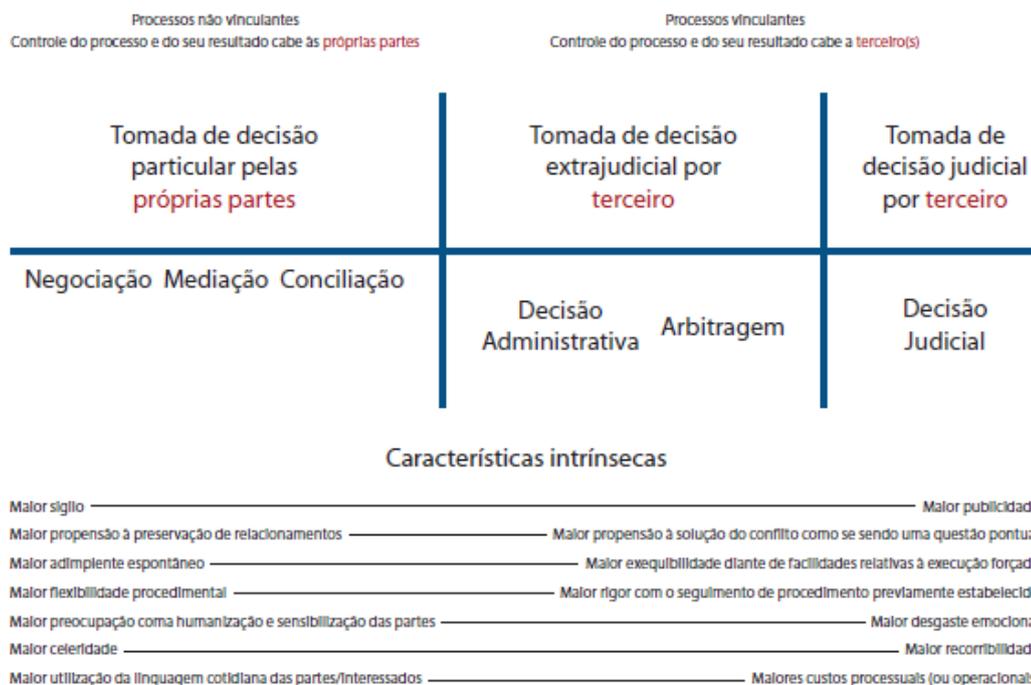
UNDESA. *Manual de Resolução de Conflitos*. Primeira Edição. 2001 © United Nations. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan027072.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, citado por Marcelo Paes Menezes, A crise da Justiça e a mediação, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, 33(63): 23-31, jan./jun. 2001.

WARAT, Luís Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ANEXO 01

Figura 01: participação dos agentes nos processos de resolução de conflitos e suas características.

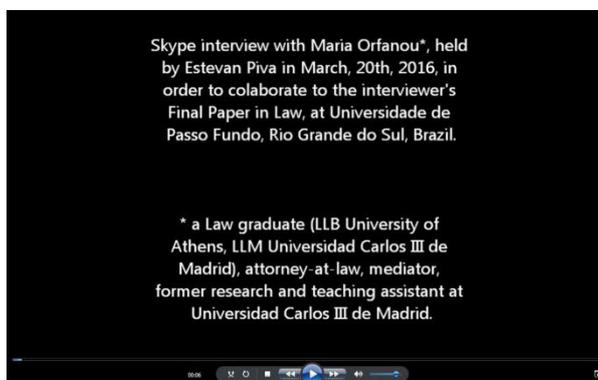


Fonte: Manual de Mediação do CNJ (2015, p. 19).

ANEXO 02

➤ Perguntas, áudio e vídeo (CD anexo) da entrevista realizada com a mediadora Maria Orfanou:

- 1) Como você vê a aplicação dos ADRs na Europa, em especial nos países de ordenamento do direito romano?
- 2) Enquanto estudante do tema e ao mesmo tempo praticante, você percebe a aplicabilidade prática da teoria da mediação nas sessões?
- 3) No ordenamento em que você está atualmente (qual é?), a mediação ou outras formas de ADR são incentivadas pelo poder judiciário antes do ingresso com determinada ação judicial ou já é um hábito que ocorram previamente ao ajuizamento de um processo?
- 4) São mais comuns em casos de grandes empresas, que envolvem montantes elevados de dinheiro, ou no direito de família também é comum a ocorrência?
- 5) Como as partes veem e recebem esses encontros? Enfrentam a outra parte com hostilidade ou, por outro lado, veem a oportunidade de se aproximar e resolver a questão de forma mais célere?
- 6) As técnicas de resolução extrajudicial facilitam o desfecho ou são apenas um entrave para o acesso ao judiciário?
- 7) Considerando suas experiências em dois países distintos (no mínimo), quais são as maiores diferenças que puderam ser observadas?
- 8) A bagagem cultural e as condições econômicas e de acesso à educação das partes tem relação direta com a aceitação ou não das ADRs?
- 9) As partes buscam por elas mesmas solucionar a questão através do extrajudicial ou entendem a justiça como forma de vingança e querem, desde logo, pronunciamento e condenação por parte do juiz?
- 10) Se você tivesse de descrever de forma breve a importância do uso das ADRs, como descreveria?
- 11) Percebo que o ordenamento nacional busca torná-las ferramenta de pacificação de conflitos, concessão de autonomia às partes e celeridade processual. É esse o resultado da mediação (e outros) é o caminho para uma solução nesse sentido?
- 12) Como é sua experiência com casos em que as partes se arrependem do acordo realizado? A mediação e outras formas garantem a segurança jurídica e preservam os direitos das partes ou o mediador acaba, por vezes, favorecendo alguém? Relate alguma coisa nesse sentido.



Fonte: ORFANOU, Maria. *Entrevista concedida a Estevan Piva via Skype*. Carazinho, 20 mar. 2016.

[Uso para fim exclusivamente acadêmico, disponível no anexo 02 desta monografia].

ANEXO 03

Figura 02: espectro dos métodos de resolução de disputas.

SPECTRUM OF DISPUTE RESOLUTION METHODS

METHOD →	NEGOTIATION	MEDIATION	CONCILIATION	ARBITRATION	LITIGATION
INDICATOR ↓					
<i>Matter to be submitted</i>	Any matter (but decision may be subject to legal actions)	Any matter except excluded (but decision may be subject to legal actions)	Only available matters	Only available matters	Any matter
<i>Need for rapid resolution</i>	Usually covered	Covered	Covered	Covered	Usually not covered
<i>Need to reduce economic cost of resolution</i>	Covered	Covered	Partly covered	Usually not covered	Usually not covered
<i>Need to address the emotional needs of the parties</i>	Partly covered	Covered	Partly covered	Not covered	Not covered
<i>Need to maintain a personal or professional relationship between the parties</i>	Partly covered	Covered	Partly covered	Not necessarily covered	Not necessarily covered
<i>Balance of power between the parties</i>	Necessary for win-win outcome	Absolutely necessary	Necessary	Not necessary	Not necessary
<i>Need for confidentiality</i>	Not necessarily covered	Covered	Not covered	Covered	Not covered
<i>Collaboration of both parties necessary to advance</i>	Absolutely necessary	Absolutely necessary	Necessary	Not necessary (once an arbitration clause has been signed)	Not necessary
<i>Trust in both parties' ability to reach agreement</i>	Absolutely necessary	Absolutely necessary	Necessary	Not necessary	Not necessary
<i>Need to set legal precedent</i>	Not covered	Not covered	Not covered	Not covered	Covered
<i>Need for expertise</i>	Not necessarily covered	Not necessarily covered	Not necessarily covered	Covered specifically	Covered in general
<i>Seeking a solution built by the parties for the parties</i>	Covered	Covered	Partly covered	Not covered	Not covered
<i>Wishing to act without depending on dispute resolution professionals</i>	Covered	Not covered	Not covered	Not covered	Not covered
<i>Need for enforceable outcome</i>	Not covered	Partly covered (depends on the field, and enforceability is not automatic)	Partly covered (enforceability is not always automatic)	Usually covered	Covered

Fonte: material disponibilizado pela mediadora Maria Orfanou na disciplina de *Mediation and other means of conflict resolution*, no ano de 2014, na Universidad Carlos III de Madrid, em Madri, Espanha.