



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS**

CURSO DE DIREITO

ITALO CRISTINO PEREIRA DE OLIVEIRA.

**A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, NO ACESSO A
JUSTIÇA.**

**INHUMAS-GO
2019**

ITALO CRISTINO PEREIRA DE OLIVEIRA

**A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, NO ACESSO A
JUSTIÇA.**

Monografia apresentada ao Curso Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em DIREITO.

Professor (a) orientador (a): Renan Granner Vaz.

**INHUMAS – GO
2019**

ITALO CRISTINO PEREIRA DE OLIVEIRA

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, NO ACESSO A JUSTIÇA

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO(S) ALUNO(S)

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, ___ de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Renan Granner Vaz – FacMais
(orientador(a) e presidente)

Prof. Leandro Campelo de Moraes – FacMais
(Membro)

Dedico esta monografia a todos aqueles que mesmo diante das dificuldades ajudaram e torciam por mim nessa caminhada que perdura quase cinco anos de luta, aqueles que contribuíram direta ou indiretamente, tem o meu agradecimento e reconhecimento.

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que sempre esteve comigo e me permitiu viver em seu mundo e aproveitar todas as oportunidades.

Aos meus familiares primeiramente aos meus pais Sr. Wilson Cristino de Oliveira e minha mãe Sra. Aparecida Pereira Neves de Oliveira por terem engajado em minha luta fazendo o possível e o impossível para que eu realizasse os meus projetos e sonhos, e aos meus irmãos Wilson Antônio de Oliveira e Leticia Graziely Pereira de Oliveira, por terem contribuído nessa caminhada árdua que foram esses últimos cinco anos, participando comigo em todas as conquistas e desafios, a minha esposa Geovanna do Carmo Sousa, que apesar de tê-la conhecido neste último ano inspira-me a ser sempre uma pessoa melhor e respeitar o próximo.

Ao meu professor orientador Renan Granner Vaz, pelo forte apoio e boa orientação tenho o maior respeito e admiração por você, agradeço por toda a sua dedicação, e apreço com o nosso projeto de TCC.

Aos demais professores que tive durante todo o Curso de Direitos é necessário dizer que são de total importância para mim, pois fazem parte e acreditam em meus sonhos tornando-os realidade.

Aos meus colegas de Curso Direito acredito que mudamos de forma perceptível, e mudamos para melhor e constituímos assim um grupo muito mais do que de amigos e colegas profissionais mais constituímos assim uma família.

Os que acham que a MORTE é o maior de todos os males são porque não refletiram sobre os males que a INJUSTIÇA pode causar.

Sócrates

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF-Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CEJUSC – Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a efetividade aplicação da Mediação como método de solução de conflitos em situações pré-processuais e processuais. Buscou-se uma pesquisa bibliográfica para o estudo da doutrina referente ao tema dos métodos alternativos de solução de conflitos e, posteriormente, uma pesquisa de campo com dados numéricos extraídos da atuação do 28º CEJUSC do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, situado na Comarca de Inhumas-GO. A mediação, antes vista com ressalva pelas partes devido a uma suspeita de imparcialidade dos mediadores, com as alterações legislativas propostas pela Resolução n. 125/2010, pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), passou a apresentar critérios, métodos e princípios norteadores que a tornaram não só uma alternativa, mais como parte obrigatória de determinados procedimentos, como as ações de Família. Essa mudança legislativa veio em tempo de promover uma alteração na cultura do cidadão brasileiro, promovendo o diálogo como forma de solução de conflitos e reduzindo a necessidade de judicialização das demandas. A mediação não pode ser vista como empecilho ao acesso à justiça e sim como mecanismo para a efetividade da prestação jurisdicional, em consonância com o texto constitucional de 1988.

Palavras-chave: solução de conflitos, mediação e acesso a justiça.

ABSTRACT

The present research is about the effectiveness of Mediation as a method of conflict resolution in pre-procedural and procedural situations. We searched for a bibliographical research for the study of the doctrine regarding the alternative methods of conflict resolution and, later, a field survey with numerical data extracted for the performance of the 28th CEJUSC of the Court of Justice of the State of Goiás, located in the Lawsuit district of Inhumas-GO. The mediation, previously viewed with reservation by the parties due to a suspicion of impartiality of the mediators, with the legislative changes proposed by Resolution n. 125/2010, by the Mediation Law (Law 13.140 / 2015) and by the New Code of Civilian Procedure (Law 13.105 / 2015), began to present criteria, methods and guiding principles that made it not only an alternative, as a mandatory part of certain procedures, such as Family actions. This legislative change came in time to promote a change in the culture of the Brazilian citizen, promoting dialogue as a way of resolving conflicts and reducing the need to judicialize demands. Mediation can not be seen as an obstacle to access to justice, but as a mechanism for the effectiveness of lawsuit provision, in line with the 1988 constitutional text.

Keywords: Conflict resolution. Mediation. Access to justice Resumo em Inglês.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	12
1 AS FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE COMFLITOS.....	14
1.1 DA TRANSAÇÃO	17
1.2 DA NEGOCIAÇÃO	18
1.3 DA MEDIAÇÃO.....	20
1.4 DA CONCILIAÇÃO.....	22
1.5 DA ARBITRAGEM.....	24
2. INSTITUTO DE MEDIAÇÃO NO BRASIL.....	25
2.1 FASES DA MEDIAÇÃO.....	28
2.2 MEDIAÇÃO PROSESUAL E JUDICIAL.....	31
2.3 PRINCIPIOS QUE REGEM A BOA CONDUTA DE UM MEDIADOR.....	33
3. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS ANTE AS NOVAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS.....	35
3.1 A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL.....	38
3.2 A PRESENÇA DO JUIZ NA CESSÃO DE MEDIAÇÃO.....	40
3.3 A CUMULAÇÃO DAS FUNÇÕES DE MEDIADOR E ADVOGADO.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça sempre apontou para a necessidade de aplicação das técnicas e mecanismos alternativos de solução de conflitos como meio de desafogar o Poder Judiciário e fornecer prestação jurisdicional mais célere e eficaz. E, neste mesmo sentido, aponta o Código de Processo Civil de 2015. Definitivamente, a mediação e a conciliação têm se mostrado eficazes instrumentos para que se alcance a solução dos conflitos de forma célere e eficaz, promovendo a pacificação entre as partes envolvidas.

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.103/2015) tratou de tornar obrigatória a aplicação da mediação ou da conciliação, mesmo nos conflitos já judicializados. Então, estes mecanismos deixaram de ser meros acontecimentos do processo, tornando-se fases processuais importantíssimas.

É preciso mostrar para as partes envolvidas uma visão menos litigiosa do Direito e com isso deixar claro para elas que o conflito não precisa ser tratado com litigiosidade, que o profissional do direito não precisa ser aquele que somente faz as sentenças, mas sim aquele que busca soluções em conjunto com as partes envolvidas, inclusive soluções extrajudiciais. E, com a Mediação, as partes envolvidas na controvérsia têm a oportunidade de resolverem os seus conflitos sem a interferência direta do Judiciário através de sentenças de mérito.

Os meios alternativos de solução de conflitos podem ser classificados em compositivos ou heterocompositivos. Compositivos são aqueles em que as próprias partes envolvidas resolvem o conflito sem a interferência de um terceiro, ou seja, chegam a um acordo em que ambas fiquem satisfeitas. Já heterocompositivos são aqueles onde existe a presença de um terceiro para facilitar o diálogo ou até mesmo a sugerir acordo entre as partes envolvidas na controvérsia (CNJ, 2015).

Como exemplos de meios heterocompositivos citam-se a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Com a vigência do Código Processual Civil de 2015, tornou-se obrigatória a audiência de Conciliação ou Mediação antes de dar prosseguimento ao processo que versa sobre direitos disponíveis. A solução dos conflitos através da mediação e da conciliação é o meio mais eficiente, pois ambas saem satisfeitas, evitam um desgaste litigioso, muitas vezes caro e com muita morosidade.

A conciliação se refere à conduta das partes, enquanto que a transação se refere ao conteúdo. A conciliação vai além do acordo entre as partes, elas podem chegar a um consenso desistindo da ação, ou até mesmo renunciando após ter ingressado em juízo (CNJ, 2015).

Deve-se atentar para o fato de que temos a conciliação judicial que acontece no processo e pelo processo, aonde as partes chegam a um acordo de vontade e é homologado pelo juiz, se tornando título executivo extrajudicial após homologado pelo juiz; e a conciliação extrajudicial que ocorre por vontade das partes se conciliando de forma mutua, extra-autos.

Ocorrendo a conciliação judicial, gera-se a extinção do processo com julgamento do mérito. Enquanto que com a conciliação extrajudicial se extingue a obrigação e tendo acordo entre as partes gera-se um título executivo extrajudicial.

A mediação é um meio alternativo de resolução conflitos que vem ganhando muito destaque por ser um meio pelo qual se usa uma terceira pessoa, imparcial ao litígio, que atua como facilitador do diálogo para se chegar a um consenso. É o mediador responsável pela condução da comunicação entre as partes envolvidas para que elas possam melhor visualizar a controvérsia, criando uma solução consensual. O mediador não decide o litígio. Ele age com técnicas para que as partes cheguem à composição, sem imposição ou sugestão.

A mediação é semelhante à conciliação. A diferença é que o conciliador sugere o acordo, propõe o acordo e o mediador usa técnicas para facilitar esta composição entre as partes e cabe somente a elas decidirem o litígio.

O mediador, usando as técnicas próprias da mediação através da comunicação, promove o diálogo entre as partes envolvidas com o intuito de que elas próprias resolvam o conflito e ponham fim ao litígio. Já o conciliador aproxima as partes e tem o controle da negociação entre elas, ponderando e apontando as vantagens e desvantagens que elas possam ter com o presente acordo. A técnica de mediação aplicada por um mediador tem alcançando muitos benefícios para o processo judicial e extrajudicial.

Dessa forma, a importância da mediação e da conciliação vem ganhando cada vez mais destaque em nosso meio jurídico e as suas vantagens facilmente percebidas, fazem com que a mediação seja um dos meios alternativos de solução de conflitos mais comentados e práticos.

Desta forma podemos ver que essa pesquisa acadêmica não tem a pretensão de esgotar o tema, mais somente de lançar luz sobre o assunto, propiciando aos operadores de Direito a oportunidade de um olhar mais atencioso para estes importantes mecanismos de solução de conflitos.

1 AS FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Mesmo antes do surgimento de uma sociedade organizada, regida pelo Estado, percebia-se a existência de conflitos na vida das pessoas, não sendo, nos dias atuais, esta uma situação diferente, somente de proporções distintas. É da natureza humana ser movida por ideais e desejos particulares que, muitas vezes, pode ir de encontro com outras opiniões e desejos, surgindo daí os conflitos.

Thomas Hobbes (1588-1679)¹ defendeu, em sua obra *Leviatã* (1651), a ideia de estado de natureza, ou seja, acreditava que o homem vivia de tal forma a entender que podia tudo, sendo natural que se valha de artifícios diferentes para lograrem êxito em seus objetivos, podendo, inclusive, serem injustos em suas trajetórias, gerando os conflitos.

Fernanda Tartuce (2015, p. 3) assim esclarece o conceito de conflito:

Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrelaço de ideias ou de interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas. Por haver diversas nomenclaturas para esse recorrente fenômeno nas relações pessoais, a expressão conflito é muitas vezes usada como sinônimo de controvérsia, disputa, lide e litígio.

Porém, insta ressaltar que existem diferenças entre conflitos, disputas e lide, quando se refere ao estudo dos meios de composição de controvérsias. Enquanto o conflito pode ser visto como uma crise vivenciada em sentido amplo, a disputa leva à ideia de uma controvérsia específica, uma unidade controvertida (TARTUCE, 2015, p.)

Por outro ângulo, a lide, seria o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, conforme os ensinamentos de Francesco Carnelutti (1944), citado por Fernanda Tartuce (2015, p. 4). A expressão lide remete a litígio, “termo

utilizado quando alguém se refere a uma controvérsia levada a juízo para apreciação pelo Estado Juiz” (TARTUCE, 2015, p. 4).

Neste trabalho, seguindo entendimento ditado pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), os termos conflito e controvérsia serão utilizados como sinônimos, deixando os termos litígio e lide para as referências de conflitos levados ao Poder Judiciário, materializados através das diversas modalidades de ações.

O interesse não significa propriamente um juízo, mas sim a posição favorável à satisfação de uma necessidade. Quando um dos envolvidos na relação quer satisfazer seu interesse e não consegue fazê-lo pela conduta de outrem, surge a pretensão: exigência que a outra parte se sujeite ao cumprimento do interesse alheio (CARNELUTTI, 1994, p. 11).

Assim, pode-se concluir que a própria existência do Estado Juiz surgiu da necessidade de solucionar os conflitos naturais que surgiram ao longo da convivência entre os seres humanos. Faz parte do “estado de natureza” a existência dos litígios.

O conceito de estado de natureza foi dado da seguinte forma:

Conhecido como estado de natureza ou estado natural, o homem nasceria livre e disposto a todas as coisas. Tal afirmação seria pertinente, em um contexto onde não existiria ainda a formação de uma sociedade civil. Sendo exatamente a vida natural, sem a existência da sociedade (HOBBS, 1983, p. 16).

Afirma-se que, antes da criação do Estado, o homem vivia em seu estado natural, sendo que a violência era tida como a única alternativa para a conquista de suas vontades individuais. Entende-se, então, que o estado natural seria um estágio pelo qual passou o homem antes de seu ingresso no estado social (HOBBS, 1983, p. 14).

Latente que, numa situação onde cada um usaria a força, a violência para fazer prevalecer seus interesses pessoais, nunca deixaria prevalecer a paz, podendo levar a uma possível guerra generalizada. E, somente a criação de um ente maior, que fosse capaz de ditar regras e obrigar os homens a segue-las, estabeleceria a ordem. E, diferentes sociólogos e filósofos, como Hobbes (1651), Locke (1689) e Rousseau (1762) trataram de estudar e qualificar essa força maior como um Contrato Social (VASCONCELOS, 2014, p. 25).

Desta maneira, os homens, na esperança de alcançar a paz e a justiça, abdicaram do uso de sua força natural para viverem em uma sociedade civil organizada, regida por um ente maior, o Estado. O poder do Estado serve para intervir nos conflitos, de maneira imparcial, decisiva e imperativa, fazendo prevalecer o melhor direito disputado entre os interesses apresentados (TARTUCE, 2015, p.5)

E, ao se mencionar a ideia de melhor direito, remete-se à busca pela justiça. Nos dias atuais, esta busca passa, essencialmente pelo direito de acesso à justiça, devendo este ser visto como um direito natural que protege o homem, configurando-se como um requisito básico e fundamental dos direitos humanos que tem como fundamento a proteção dos interesses pessoais e possíveis pleitos legítimos (VASCONCELOS, 2014, p. 26).

O direito de acesso à justiça está positivado no texto da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...] (BRASIL, 1988).

O direito de acesso à justiça tornou-se um garantidor da paz buscada por todos os homens que convivem em sociedade. Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro é visto como um princípio norteador do Direito.

O acesso à justiça é direito humano e essencial ao completo exercício da cidadania. Mais que acesso ao judiciário, alcança também o acesso a aconselhamento, consultoria, enfim, justiça social. O disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal é muito mais abrangente que o acesso ao Poder Judiciário e suas instituições por lesão a direito. Vai além, enquadrando-se aí também a ameaça de direito, e segue-se com uma enorme gama de valores e direitos fundamentais do ser humano. Assim, quem busca a defesa de seus direitos (ameaça ou lesão) espera que o Estado-juiz dite o direito para aquela situação, em substituição da força de cada litigante, pacificando os conflitos e facilitando a convivência social (DINAMARCO, 2012, p. 220-221).

O acesso à justiça, então, não pode ser confundido ou simplificado somente com a ideia de acesso ao Poder Judiciário. Trata-se de uma garantia constitucional ao cidadão de acesso à proteção do Estado a seus direitos assegurados por lei.

Ocorre que, se todo conflito ou controvérsia for levado ao Judiciário, não haverá condições de que seja oferecida aos cidadãos uma prestação jurisdicional efetiva, haja vista o crescente aumento das transgressões jurídicas, que pode ser creditado ao “profundo desequilíbrio dos valores éticos pelo qual passa a humanidade em nossos dias” (TARTUCE, 2015, p. 9).

Atualmente é comum que causas fiquem na justiça por dez, quinze anos, sem nenhuma solução, refletindo uma impossibilidade do Poder Judiciário de fazer com que seus quadros acompanhem o intenso crescimento de demandas. Assim, importante se torna que o sistema jurídico contemple saídas para compor os impasses verificados, principalmente em respeito à vedação legal da autotutela.

Em relação à busca de meios que sanem efetivamente as controvérsias, é inegável a evolução normativa no cenário brasileiro: a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ exerceu importante papel ao instituir a Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos, criando as bases para o desenvolvimento no âmbito judiciário da conciliação e da mediação (TARTUCE, 2015, p. 10).

E, numa clara evolução legislativa, o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) estabeleceram a possibilidade de utilização dos meios consensuais de solução de conflitos como prioritários, instituindo a audiência de conciliação ou mediação como uma etapa essencial no processo judicial (BRASIL, 2015).

Neste sentido, os tópicos que se seguem tratarão de elucidar estas formas alternativas de solução de conflitos previstas na legislação brasileira, para que se possa compreender sua dimensão dentro do processo de acesso à justiça.

1.1 DA TRANSAÇÃO

Transação é uma palavra que vem do latim *transigere* que pode ser entendida como transigir, ceder, chegar a um acordo, conforme ensina a Ministra do Supremo Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi (2016, p. 1).

Trata-se de uma forma de solução de controvérsia onde as partes terminam uma lide por meio de uma concessão recíproca. Pode ocorrer de forma judiciária ou extrajudiciária, sendo que a primeira ocorre durante o curso de um processo, sendo somente homologada pelo Juiz, a pedido das partes. Já a transação extrajudicial não ocorre no curso processual, porém, para ter validade precisa ser registrada através de uma escritura pública em casos envolvendo imóveis ou por outro instrumento particular de registro, desde que seja escrita e, posteriormente, submetida à homologação judicial (ANDRIGHI, 2016, p. 2).

A transação pode apresentar como objeto somente direitos patrimoniais privados, sendo excluídos desta forma de resolução de conflitos os direitos inalienáveis; os personalíssimos como a vida, a liberdade, a honra, entre outros; as situações de direito de família de caráter não patrimonial, como alimentos, guarda dos filhos, tutela (CAETANO, 2012, p. 98).

As decisões oriundas da transação passam a ter força de título executivo judicial, uma vez que todas devem ser submetidas à homologação por um Juiz competente.

1.2 DA NEGOCIAÇÃO

A negociação como método de solução de conflitos ocorre por meio do diálogo entre as partes, podendo ser conceituado como “um ajuste entre duas partes (ou mais partes) que leva à resolução do conflito por meio do método da autocomposição, satisfazendo mutuamente as partes” (ANDRIGHI, 2016, p. 2).

Luiza Antunes Caetano (2012) já buscava conceituar a negociação, como:

A negociação é uma forma conjunta de resolução dos problemas contidos numa relação de interesses. Os agentes atuantes na negociação são os próprios detentores da relação de interesses. Os negociadores usualmente colocam à mesa de negociação seus pontos de maior interesse, acompanhados dos de menor interesse com o fim de barganhar com o outro a solução que melhor lhe convém. A parte que negocia um acordo pode se utilizar de meios tradicionais de solução de disputa, ou requerer o auxílio de um mediador, árbitro ou terceiro neutro (CAETANO, 2012, p. 100).

As decisões oriundas da negociação não possuem cumprimento obrigatório, porém, uma vez que as partes tenham negociado de forma consciente, o cumprimento torna-se obrigatório.

Quanto à eficácia das decisões oriundas de negociação, a vontade das partes envolvidas se torna imprescindível para a negociação tornar-se eficaz, impondo-se a existência da vontade das partes envolvidas para a solução como requisito essencial para a solução do problema, dependendo exclusivamente das suas habilidades a superação das desconfianças e a dissipação das animosidades, criando vínculos cooperativos entre elas (SALES, 2014, p. 37).

Assim, pode-se afirmar que a negociação é um método de solução de conflitos baseado, principalmente, na habilidade e na vontade das partes para superar desconfianças, diminuir os conflitos e solucionar o problema. É necessário que ambas as partes envolvidas tenham condições de separar os sentimentos pessoais do problema a ser discutido a fim de que o resultado seja satisfatório.

Luiz Antunes Caetano (2012, p. 100) assim diz sobre a negociação: “Pode-se conceituar como o ajuste entre duas ou mais partes, diretamente entre si, para um acerto (por exemplo: uma compra e venda), ou mesmo para a solução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente”.

Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton, autores da famosa obra *Gettingtoyes: Negotiating Agreements Without Giving In* (Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões), de 1981, obra que resumiu o projeto de negociação da Faculdade de Direito de Harvard², defendem que a negociação existe como uma forma de resolver disputas e conciliar interesses, dependendo de um acordo prévio de vontade das partes em utilizar-se desse método.

Então, entende-se que existem dois tipos de negociação: a negociação de interesses materiais e aquela chamada de negociação de direitos. A primeira é cabível na negociação de compra e venda de bens, determinação de salário, por exemplo.

A negociação de direitos provém da lei. A negociação de direito decorre da lei, de um contrato, enfim, de uma situação contemplada pelo direito e que seria passível de uma demanda judicial. Mas, as partes, neste caso, não querem criar um relacionamento jurídico novo entre elas como ocorre na negociação de interesses, em que ao combinar o preço e as condições da venda de uma casa, faz-se nascer um contrato e direitos dele advindos. No caso de negociações de direito as partes agem a partir de direitos pré-existentes que poderiam reivindicar judicialmente; daí este tipo de negociação estar contemplada no Código Civil com o nome de transação (ANDRIGHI, 2016, p. 3).

Como se percebe, a negociação é uma espécie de transação entre as partes, porém, não há que se falar em concessões mútuas na negociação e sim na homogeneização das vontades entre as partes para que se chegue à satisfação de ambas. Tanto a transação quanto a negociação são também entendidas como técnicas presentes na Mediação, outro meio de solução de conflitos, abaixo analisado mais detalhadamente

1.3 DA MEDIAÇÃO

A mediação sempre foi tratada pela doutrina de forma cuidadosa para evitar confusões em relação a outros institutos. O marco legal da Mediação, ou seja, a Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015) tratou de conceituar e definir juridicamente este instituto.

Porém, para maior compreensão, necessário discorrer, de forma geral, o panorama das formas de composição de conflitos. Conforme descrito por Fernanda Tartuce (2015, p. 73-74), pode-se ter a composição de conflitos solucionada através de três vias: autotutela, autocomposição e a heterocomposição. A autocomposição se dá de forma unilateral, através da renúncia, do reconhecimento jurídico do pedido ou da desistência; e de forma bilateral, através da negociação, da mediação e da conciliação. Já a heterocomposição se processa pela via Estatal através da sentença ou pela via Extrajudicial, através da Arbitragem.

Assim, entendida a Mediação como uma forma de autocomposição bilateral para a composição de conflitos, torna-se mais simples compreender seu conceito.

Partindo do dicionário, mediação seria “o processo pacífico de acerto de conflitos no qual a solução é sugerida e não imposta às partes interessada” (FERREIRA, 2014, p. 1299). Ou, ainda, conforme o Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa (2016, p. 603): “mediação indica o ato ou efeito de mediar, representando a intercessão, a intervenção, o intermediário e a interposição”.

(Para Fernanda Tartuce (2015, p. 173-174):

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

Diz-se meio consensual porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa, configurando-se um “método fundamentado, teórica e tecnicamente, onde uma terceira pessoa neutra e especialmente treinada ensina os mediandos a buscar recursos pessoais capazes de transformar o conflito em construção de alternativas para o enfrentamento e prevenção de conflitos” (BARBOSA, 2015, p. 15).

A mediação permite que os envolvidos atuem cooperativamente em prol de interesses comuns ligados à superação do conflito, a partir da atuação de um terceiro que deve agir de forma construtiva e isenta a fim de buscar resgatar nos envolvidos uma postura protagonista na abordagem do problema (TARTUCE, 2015, p. 175).

A Mediação é disciplinada atualmente pela Lei n. 13.140/2015 que define, em seu artigo 1º, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015).

Assim, a mediação é cabível para todos os tipos de conflitos, mesmo nos que versam sobre direito de família como guarda de filhos, pensão alimentícia e divórcio. Segundo a Associação dos Mediadores de Conflitos (2017), é cabível a mediação nas seguintes áreas de atuação:

Ambiental – Mediação no diálogo entre comunidades em geral e interesses particulares e públicos em termos ambientais.

Civil – Mediação em situações decorrentes de acidentes de automóvel; Locação ou retoma de imóvel; Obras e arrendamento; Sucessão; Inventários e partilhas; Perdas e danos; Conflitos de consumo; Questões de posse e propriedade; Propriedade horizontal, etc.

Comercial – Mediação em casos de Compra e Venda; Contratos; Títulos de Crédito; Financiamentos; Leasing; Dissolução de sociedades comerciais, etc.

Comunitária – Mediação em questões que afetem uma ou várias regiões ou comunidades locais; que envolvam a necessidade de manutenção ou a melhoria da convivência comunitária, etc.

Escolar – Mediação para a resolução de conflitos entre pais e escola e entre as crianças em si; entre equipas docentes; entre a escola e a comunidade, etc.

Familiar – Mediação na separação ou divórcio de casais; pensão de alimentos devida aos filhos; custódia dos filhos; adoção; relacionamento entre pais e filhos, etc.

Hospitalar – Mediação em situações de conflito entre utentes e serviços de saúde; questões de conflito entre equipas médicas, entre unidades hospitalares e fornecedores de bens e serviços, etc.

Laboral – Mediação em situações que não envolvam direitos indisponíveis, pode ter cabimento, nomeadamente na regulação de diferendos em Convenções Coletivas de Trabalho, conforme está previsto na lei; possibilidade de dirimir alguns conflitos entre o patronato e os trabalhadores (marcação de férias, etc.); questões de assédio sexual no local de trabalho, etc.

Penal – Mediação em questões relativas a alguns crimes públicos, semi-públicos e particulares, por exemplo Injúria, Furto, Dano, Ofensa à integridade física simples, Burla, Resolução de problemas de cheques sem cobertura, Mediação entre vítima e agressor, etc.

Administrativa – Mediação em matérias como reclamações ou recursos no âmbito de Concursos Públicos e Fornecimentos de bens públicos, etc. (ASSOCIAÇÃO DOS MEDIADORES DE CONFLITOS, 2017, p. 3).

Como se percebe, não há restrições para a atuação da Mediação enquanto método de solução de conflitos. A mediação pode ocorrer na fase pré-processual ou na fase processual, sendo que o segundo capítulo deste trabalho tratará de abordar a Mediação de forma mais detalhada.

1.4 DA CONCILIAÇÃO

A conciliação é uma técnica de autocomposição bilateral, ou seja, uma forma de resolução de conflitos na qual um conciliador com autoridade ou indicado pelas partes, tenta aproximá-las, entender e ajudar nas negociações, resolver, sugerir e até indicar propostas, ao mesmo tempo em que aponta falhas, vantagens e desvantagens às partes, sempre com o objetivo de levar à composição.

Fernanda Tartuce (2015) conceitua assim, a conciliação:

Técnica de autocomposição onde um profissional imparcial intervém para mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contentores a celebrar um acordo, se necessário, expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto (p. 48).

Luiz Antônio Scavone Júnior (2015), esclarece a principal diferença entre a conciliação, a mediação e a transação e as soluções judiciais ou arbitrais.

A conciliação, a mediação e a transação espelham autocomposição, o que se afirma na exata medida em que o mediador e o conciliador se restringem a, respectivamente, orientar as partes e sugerir a solução do conflito, de tal sorte que não podem, como faz o juiz ou árbitro, impor qualquer decisão (p. 10)

Desta forma, entende-se que o objetivo da atuação do conciliador é alcançar um acordo que evite complicações futuras ou desperdício de tempo e dinheiro, como também o é o do mediador.

Em sua atuação, o conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que a propositura de uma ação judicial traria às partes. O conciliador adquire importante papel como pacificador social, pois tem função de promover condições para que as partes envolvidas no conflito possam manter suas relações da melhor forma possível após o término da conciliação (ANDRIGHI, 2016, p. 4).

A conciliação pode ocorrer no decorrer de uma demanda já judicializada, quanto através de instituições privadas voltadas para a solução de controvérsias, como as Câmaras de Conciliação e Arbitragem, por exemplo.

Estudos realizados por Daniela Monteiro Gabbay (2011) citada por Fernanda Tartuce (2015, p. 50), apontam que a conciliação vista como fenômeno judicial onde as partes são levadas por um terceiro imparcial rumo a um acordo com vistas à extinção do processo é mais comum que a conciliação como uma alternativa à instauração do processo.

1.5 DA ARBITRAGEM

A Arbitragem é um meio de composição de conflitos onde ocorre a heterocomposição, ou seja, a solução da controvérsia se de forma impositiva, não mais através da composição unilateral ou bilateral.

Segundo Fernanda Tartuce (2015, p. 55): “Fala-se em heterocomposição (heterotutela ou meio adjudicatório) para se referir ao meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial, alheio ao conflito, define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores”.

A heterocomposição se dá pela via extrajudicial através da arbitragem ou pela via jurisdicional, com o acesso ao Poder Judiciário para obtenção de uma sentença estatal investida de poder coercitivo.

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida (SCAVONE JÚNIOR, 2015, p. 2).

Em outras palavras, a arbitragem é um negócio jurídico mediante o qual as partes optam pela solução arbitral, abdicando da jurisdição estatal em razão dos seus direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se de um processo alternativo, voluntário, entre pessoas físicas e jurídicas capazes de contratar, realizado no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, sem a tutela do Poder Judiciário.

A arbitragem está codificada pela Lei n. 9.307/1996 e, com a finalidade exclusiva de reforçar sua legalidade, foi inserida no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), artigo 1º, §§ 1º e 2º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. “É permitida a arbitragem, na forma da lei” (BRASIL, 2015).

O cabimento da arbitragem vem sendo ampliado, progressivamente, para solucionar conflitos das mais variadas índoles, desde que versem sobre direitos disponíveis e que não haja interesses coletivos fundamentais envolvidos, caso em que haveria a reserva específica do Estado. Saliente-se que, desde a promulgação da Lei n. 13.129/2015 que tratou de alterar o artigo 1º, § 1º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), a Administração Pública passou a poder utilizar-se da arbitragem (TARTUCE, 2015, p. 60).

A sentença arbitral possui eficácia de título executivo judicial, devendo sua execução ser proposta no Poder Judiciário.

Entendidos, de forma geral, as formas de solução de conflitos, o segundo capítulo tratará de elucidar a Mediação como um meio hábil de promover a solução consensual dos conflitos e, ainda, de colaborar para a efetiva entrega da prestação jurisdicional, colaborando para o fim da crise implantada no Judiciário Brasileiro.

2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

A redemocratização do Brasil teve como marco legislativo a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã. A partir daí a maioria da

população brasileira começou a demandar no Judiciário, o que significou, por um lado, o exercício pleno da cidadania por um povo que vinha de longos anos de uma dura Ditadura Militar e, por outro lado, teve como reflexo imediato a crise do Poder Judiciário Brasileiro.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), em sua célebre obra *Acesso à Justiça*, apresentaram contribuições para enfrentar o grave problema que passou a vivenciar o Judiciário devido à qualidade insuficiente dos serviços prestados, à falta de estrutura material e de pessoal e, ainda, de uma legislação processual inadequada para os novos desafios institucionais gerados pela judicialização das relações políticas e sociais e pela democratização do acesso à justiça. Entre estas contribuições, citam-se as ideias de assistência judiciária gratuita, ações coletivas e soluções alternativas à jurisdição (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002).

Assim, algumas leis já existentes ganharam destaque, como a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e outras foram promulgadas como tentativas de dar fim à crise do Judiciário: Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) e a Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/96).

O acesso à justiça, porém, não se limita ao ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário, mas à garantia de um processo justo, sem entraves e delongas, e adequado à

solução expedita do conflito. Isso porque a jurisdição estatal, como meio heterocompositivo, não raro torna os litigantes em vencedor e vencido e, longe de arrefecer os ânimos, pode estimular um ambiente de contendas entre as partes, fértil à deflagração de novas demandas (ANDRIGHI, 2016, p.12).

E, neste contexto, os métodos auto compositivos tornaram-se importantes ferramentas para garantir o acesso à justiça em sua forma plena. A conciliação, que consiste na intervenção de um terceiro imparcial que aproxima as partes, escuta e auxilia, apontando-lhes vantagens na celebração de um acordo que seja suficiente para colocar termo à disputa. A conciliação tem se mostrado eficiente em litígios onde as partes não apresentam vínculo social entre si (VASCONCELOS, 2017, p. 33).

Por outro lado, a mediação como procedimento onde um terceiro imparcial e independente dotado de técnicas específicas e sem sugerir solução, busca aproximar as partes e facilitar o diálogo entre si, a fim de que as partes compreendam a origem e as facetas de suas posições antagônicas, permitindo-lhes a construção da resolução da lide, de modo satisfatório, mostra-se como meio eficaz para a reconstrução das relações entre os litigantes, que têm necessidade de manterem a convivência seja porque envolvidos por laços familiares, de colegas de trabalho, vizinhança, entre outros (ANDRIGHI, 2016, p. 15).

Desta feita, a mediação vem sendo difundida no Brasil, observando-se, inclusive, aumento no número de câmaras arbitrais especializadas em mediação. Apesar de somente regulamentada a partir da Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), o que se percebe é que já apresenta uma história relevante, com estudos aprofundados e desenvolvimento de técnicas próprias, como a seguir será elencado.

2.1 FASES DA MEDIAÇÃO

A mediação apresenta como principal característica a informalidade, em comparação aos procedimentos adotados nos processos judiciais. Ela pode variar em função do modelo utilizado, das circunstâncias do caso concreto ou do estilo adotado pelo mediador.

Neste sentido, Fernanda Tartuce (2015) esclarece que não existe um ciclo linear de etapas pré-estabelecidas na mediação, entretanto, para efeitos didáticos, neste trabalho serão enumerados alguns passos a serem percorridos, conforme os caminhos traçados nos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.⁵

Ocorre que, em face da sua informalidade, a rigor não há etapas, mas um roteiro que ajuda o mediador a seguir uma sequência de técnicas e habilidades, para a evolução do processo, num encadeamento que vai das atitudes e providências iniciais até o final da mediação, com ou sem formalização de um termo final de acordo. [...] Daí por que não há, propriamente, uma lei de mediação, no sentido de detalhamento passo a passo da mediação. [...] A mediação propriamente dita não está na lei, mas na linguagem ordinária das pessoas, na transdisciplinaridade, nas expressões espontâneas de sentimentos, interesses e necessidades dos medianos, tendo como fundamentos iniciais a cooperação e a boa-fé (VASCONCELOS, 2017, p. 205-206).

Faz-se importante ressaltar, mais uma vez, que há diversos tipos de modelos de mediação, sendo as abordagens definidas por seu objetivo. Segundo ensina Raíra Tuckmantel Habermann (2017, p. 42), a Escola Linear de Harvard representa a mediação que visa o procedimento que privilegia a solução da controvérsia por meio de estímulos das partes mediante técnicas específicas, enquanto a Mediação Transformativa entende que o acordo não seja o principal objetivo do mediador, sendo este a reconstrução do diálogo entre as partes, que passarão a se relacionar de forma menos afrontosa, evitando novos litígios.

Por meio da utilização da mediação transformativa o mediador deverá explorar as ambiguidades das partes, analisar a interação do conflito, reconhecer a valoração que as partes majoram a acontecimentos passados, deverá também agir com neutralidade e imparcialidade, sem preconceitos, além de reconhecer a possibilidade de flexibilização do conflito (HABERMANN, 2017, p. 42-43).

O artigo 165 do Novo Código de Processo Civil, em seu parágrafo 3º definiu como objetivo para a mediação o restabelecimento do diálogo entre as partes. Assim, apesar de não haver uma opção expressa no NCPC para um dos modelos de mediação, acredita-se que houve uma indicação de privilegiar-se a mediação transformativa. E este será o modelo analisado a seguir, em suas etapas.

Antes do início da mediação propriamente dita, ressalta-se uma fase conhecida como Pré-Mediação, que se inicia com a decisão das partes em buscar o método extrajudicial para resolver o conflito instaurado. Nesta fase é firmado entre as partes um acordo de participação na mediação.

Nesta fase, a parte que busca a mediação é recebida e entrevistada por um mediador (facilitador) que deverá ouvir, anotar e fazer os questionamentos necessários para que se compreenda os detalhes do conflito. O objetivo da pré-mediação é “a preparação para que a boa condução desse conflito seja internalizada como responsabilidade de todos os integrantes desse processo colaborativo” (VASCONCELOS, 2017, p. 208).

Neste sentido, a pré-mediação pode se estender a mais que um atendimento ou entrevista inicial, havendo casos em que as partes integram dinâmicas transdisciplinares onde terão a oportunidade de compartilhar as técnicas de comunicação, desconstruir narrativas pessoais, ampliar as possibilidades de alteração dos pontos de vista, desconstruir os padrões de gênero vigentes, esclarecer direitos e deveres, obter a facilitação dos futuros encontros de mediação e a capacitação para a negociação de acordos satisfatórios (VASCONCELOS, 2017, p. 208).

Poderá haver situações em que todas as partes que participarão da mediação já buscam, juntas, a pré-mediação, casos em que ambas devem ser ouvidas separadamente, com imparcialidade.

Superada a pré-mediação, na sessão propriamente dita de mediação, as fases podem ser descritas como: introdutória, relato das partes, identificação e redefinição de interesses, formulação e avaliação de opções e solução e acordo (MENDONÇA, 2014, p. 5).

Na fase introdutória são realizadas as apresentações, esclarecimentos de abertura e o termo inicial da Mediação.

Esta declaração de abertura é de imensa importância, pois é momento de acolhimento e empatia, que vai ensejando aos mediados sentimentos de normalidade e de segurança. Para efeitos legais, considera-se instituída a mediação na data da sua primeira reunião conjunta (VASCONCELOS, 2017, p. 210).

Do Termo Inicial da Mediação deverão constar: nomeação e qualificação das partes, compromissos, declaração de imparcialidade e independência do mediador, além das assinaturas de todos os participantes, inclusive de observadores que por ventura tenham sido autorizados pelas partes e pelo mediador (TARTUCE, 2015)

A segunda fase da mediação é onde as partes expõem suas razões que levaram ao conflito. Geralmente o solicitante narra primeiro ou acordam quem começa ou o mediador escolhe que irá começar.

Iniciada a narração, o mediador deve adotar a escuta ativa. Solicita ao outro mediando para apenas escutar, que sua vez será respeitada. Escuta e observa, sem julgamentos. Anota apenas o essencial. O mediador também deve estar atento aos seus próprios sentimentos, tendo sempre o cuidado de não julgar ou censurar. [...] Não se recomenda interromper os mediados em suas primeiras intervenções. Quando o mediando tiver dificuldades, o mediador deve estimulá-lo com perguntas (VASCONCELOS, 2017, p. 211).

Esgotadas as narrativas, o mediador pergunta se há algo a acrescentar e, não havendo, dá-se início à terceira fase, conhecida como identificação e redefinição de interesses.

Nesta fase, o mediador faz um resumo do que foi colocado pelas partes, expondo as questões a serem resolvidas. O mediador deverá elaborar o conflito de maneira a que abranja as partes e ambas se visualizem dentro da questão, sem demonstrar inclinação para nenhuma das partes.

Concluído e discutido o resumo, os mediados estão mais receptivos à identificação das suas necessidades e interesses comuns. Já apropriados pela circularidade da comunicação, capacitam-se a superar a rigidez das posições polarizadas do início do procedimento (VASCONCELOS, 2017, p. 214).

Na fase seguinte, considerada a que mais reflete o espírito da mediação, o mediador deverá exercitar suas habilidades de criatividade e flexibilidade para

aproximar os desejos das partes, criando uma possibilidade possível de ser aceita por ambos. Esta fase é chamada de fase de formulações e avaliações de opções (MENDONÇA, 2014).

É nesta fase que o mediador utiliza-se de técnicas como a normalização, a mutualização, o enfoque no futuro, a escuta ativa, o resumo e o brainstorming⁶ para conduzir os mediandos à criação de uma solução possível.

A última fase, conhecida como solução e acordo, é a fase conclusiva que permite a redação de um acordo com a decisão em que as partes chegaram. A elaboração do Termo Final da Mediação é o procedimento que encerra a mediação, tendo o acordo sido obtido ou não.

Quando o termo final de mediação resulta em um acordo, com a autocomposição, este constitui título executivo extrajudicial e, caso as partes concordem ou solicitem a homologação judicial, constituirá título executivo judicial (VASCONCELOS, 2017, p. 216).

Ao final, lido e assinado o Termo Final de Mediação, o mediador agradecerá as partes pelo resultado, ressaltando, como ensina TARTUCE (2015), que mesmo não havendo acordos, uma mediação bem conduzida gera efeitos positivos para o futuro.

2.2 MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL E JUDICIAL.

O Novo Código de Processo Civil promoveu alterações na Lei de Mediação estabelecendo uma nova fase impositiva no procedimento que é a realização de uma audiência prévia de mediação. O objetivo dessa alteração foi o de incentivar a cultura da mediação como solução de conflitos e até mesmo quebrar paradigmas de advogados com pensamentos adversarias (TARTUCE, 2015).

Assim, neste sentido, estabeleceram-se dois tipos de mediação: a extrajudicial e a processual.

A mediação extrajudicial deve ser buscada espontaneamente pelas partes que estão envolvidas no problema e que não conseguem resolvê-lo sozinhas. Buscam um mediador, com técnicas de pacificação, para facilitar o diálogo e, assim,

possam encontrar uma solução ao impasse, preservando os relacionamentos (NEVES, 2017, 68).

Na mediação extrajudicial, o mediador é escolhido pelas partes, recaindo sobre ele as hipóteses legais de impedimento ou suspeição que incidem sobre os magistrados, descritas no artigo 145 do NCPC/2015.

Neste caso, as partes celebrarão um contrato entre elas e o mediador com a formulação de prazos máximos locais para a realização da primeira reunião de mediação e penalidades no caso de não comparecimento da parte convidada.

A mediação judicial é realizada por um mediador indicado pelo Tribunal, ou seja, designado pelo Juiz competente da causa, não estando este condicionado ao aceite das partes. O prazo para a duração do procedimento é de até 60 (sessenta) dias, contados a partir da primeira sessão, exceto se houver pedido de prorrogação feito pelas partes. Caso haja comprovação de insuficiência de recursos, as partes poderão ser assistidas pela Defensoria Pública (NEVES, 2017, p. 69).

A audiência de mediação será designada pelo Juiz, no ato de recebimento da petição inicial, numa tentativa de solução pré-processual do litígio, havendo multa ao faltante (art. 334, §8º CPC/15).

Os mediadores judiciais são advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e devidamente inscritos no registro de mediadores das seccionais da OAB (NEVES, 2017, 71).

Pode-se afirmar que as mediações processuais ou extrajudiciais representam um avanço no processo civilizatório da humanidade, que tem buscado, de forma consciente, mecanismos de pacificação social, representando uma postura alternativa para o fim da crise no judiciário.

2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM A BOA CONDUTA DE UM MEDIADOR

Diferentes princípios regem a conduta de um mediador, seja ele judicial ou extrajudicial. Inicialmente, salienta-se que a mediação como forma de solução de conflitos, norteia-se pelos princípios da autonomia, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade, da boa-fé e do consensualismo (VASCONCELOS, 2017, p. 226-227).

Os princípios da mediação consubstanciam os seus fundamentos éticos e funcionais. A dinâmica e os fundamentos da mediação de conflitos não afrontam ou desconhecem a validade dos textos do direito positivo, mas com eles não se confundem, pois a substância do método da mediação está na tópica, na problematização, na consideração teleológica a partir do legítimo protagonismo transdisciplinar das pessoas envolvidas nas circunstâncias existenciais do conflito e do diálogo (VASCONCELOS, 2017, p. 226).

Neste sentido, os princípios da mediação levam à facilitação do diálogo em condições de igualdade de oportunidades e liberdade, com vistas à compreensão e ao alcance da justiça em cada caso concreto. Da análise de todos os princípios que norteiam a mediação, deflui-se aqueles atinentes aos mediadores: independência, imparcialidade, aptidão, diligência, empoderamento, validação e facilitação de decisão informada (VASCONCELOS, 2017, p. 228).

Pelo princípio da independência entende-se que o mediador não pode ter vínculos com as partes, competindo aos mediados a autonomia para desconsiderar tais vínculos, caso existam. “O mediador deve atuar de forma independente, sem sofrer qualquer espécie de pressão interna ou externa” (NEVES, 2017, p. 69).

A imparcialidade é o princípio que assegura que o mediador deve manter-se imparcial durante o procedimento, de modo a assegurar aos participantes tratamento equitativo, isento e neutro. Ao tratar deste tema, o inciso IV do art. 1º do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ prevê como dever do mediador: “agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho” (CNJ, 2010).

A aptidão é o princípio que assegura que o mediador estará adequadamente capacitado a atuar em cada caso concreto, estando dotado dos fundamentos

teóricos e práticos definidos pelas instituições públicas e privadas responsáveis pelo procedimento da mediação (VASCONCELOS, 2017, p. 228).

A diligência define que as dinâmicas da mediação de conflitos devem ser utilizadas pelo mediador conforme a análise de cada caso, devendo o mediador estar aberto a novas situações e respeitar os rumos que o procedimento tomar (VASCONCELOS, 2017, p. 228).

O princípio do empoderamento das partes se configura, na realidade, num dever do mediador, na medida em que deve facilitar a tomada de consciência e de decisões pelos mediados, levando a uma autocomposição possível para ambos.

A validação é o princípio pelo qual o mediador “deve estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito, independentemente das suas diferenças” (VASCONCELOS, 2017, p. 228).

Por fim, o princípio da facilitação de decisão informada, também previsto na Resolução 125/2010 do CNJ, em seu artigo 1º, inciso II do Anexo III, cria o dever do mediador observar se as partes estão dotadas de todas as informações necessárias à sua tomada de decisão, conscientes quanto aos seus direitos e deveres atinentes à demanda ali discutida (NEVES, 2017, p. 72).

A atuação dos mediadores, apesar de permeada pela informalidade e oralidade, deve ser uma atuação plantada em critérios éticos e imparciais, a fim de que realmente se busque a pacificação social.

Desta feita, em consonância com as novas tendências sociais, foi promulgada a Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015), que entrou em vigor em 29 de dezembro de 2015.

O próximo capítulo tratará de elencar os principais aspectos da referida lei, buscando definir as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e pela Lei n. 13.256/2016, que alterou alguns dispositivos do Novo Código de Processo Civil.

3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS ANTE AS NOVAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A partir do ano de 2010, uma série de alterações legislativas começou a ser elaborada com a finalidade de combater a grave crise de litigiosidade e instalar uma nova ordem de gestão de conflitos. A tônica desta nova ordem é dar efetividade ao resultado processual por meio do empoderamento e da atribuição de responsabilidade às partes.

Três normas foram responsáveis por tais mudanças: a) A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que atribuiu ao Poder Judiciário o dever de gerenciar Políticas Públicas de meios consensuais; b) a Lei n. 13.140/2015 que instituiu o marco legal da Mediação no Brasil e; c) o Novo Código de Processo Civil que trouxe os meios consensuais como desafios e, em alguns casos, obrigatoriedades do procedimento judicial, alavancando a importância, especialmente, da Mediação (ANDRIGHI, 2016, p. 8).

Esse microssistema legislativo, formado por estas três normas, está sendo responsável pela transformação cultural jurídica do sistema contencioso de tratamento dos conflitos para um novo modelo de Justiça, mais humana, mais preocupada com o outro, vinculada ao diálogo, com autonomia e cooperação das partes, onde o ganha-ganha coletivo foi deixado de lado em busca de um estágio de pacificação. Segundo Ricardo Goretti (2017, p. 16), este novo Microssistema Legislativo pode se denominar de “coexistencial, consenso ou conciliatório, representando um novo paradigma na Justiça”.

É um sistema onde o Judiciário se apresenta somente como uma porta, havendo outras por ele oferecidas para receber os jurisdicionados. E, neste contexto, a autocomposição, especialmente com a Mediação Judicial é de muita relevância, vez que deixa de atribuir a um terceiro o dever de dizer quem supostamente detém a razão e passa a chamar a responsabilidade das próprias partes na solução do conflito.

O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) adotou o modelo da autocomposição em seu Capítulo I – Das Normas Fundamentais, estabelecendo em

seu artigos 2º e 3º que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual (BRASIL, 2015).

A Conciliação e a Mediação passaram a ser estimulada por todos: magistrados, advogados, partes, não significando o fim do processo judicial, ao contrário, tratando se apenas de uma reestruturação da gestão dos conflitos, adequando as espécies ou naturezas dos conflitos à modalidade de tratamento mais eficiente.

Agora, quando a petição inicial é recebida pelo Juiz, este deverá designar audiência de Conciliação ou de Mediação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo o Réu ser citado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência, conforme preceitua o artigo 334 do NCPC/2015 (BRASIL, 2015).

Saliente-se, porém, um equívoco material do mencionado artigo, segundo alerta Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 653): “onde se lê audiência de mediação, leia-se sessão de mediação, porque tal ato não será presidido pela autoridade do Juiz”.

O juiz deverá encaminhar a ação para os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania – CEJUSC's, criados pelos Tribunais de Justiça, onde serão realizadas as sessões de Mediação ou de Conciliação. Assim, compete ao Judiciário estimular, indicar e fiscalizar a aplicação do meio consensual da Mediação, não presidir a Mediação.

O autor da ação deverá se desincumbir de indicar, ainda na petição inicial, seu interesse ou desinteresse pela sessão, nos termos do artigo 334, § 5º do NCPC/2015. Conforme defende Neves (2017, p. 653), “o autor deverá indicar qual o mecanismo entende mais adequado – mediação ou conciliação”, salientando que a Mediação é indicada para os conflitos que se perpetuam no tempo, enquanto a Conciliação para conflitos transitórios.

Caso o autor demonstre desinteresse na autocomposição, deverá indicar na petição inicial, devidamente fundamentada, as razões que tornam inadequadas o manejo de tais mecanismos. O réu também deverá apresentar, por petição escrita, com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência, seu interesse ou

desinteresse pela sessão, apontando as razões, em caso de desinteresse (BRASIL, 2015).

Assim, entende-se que o Novo Código de Processo Civil delegou uma maior responsabilidade ao advogado que deverá realizar uma primeira filtragem da causa, gerenciando a natureza do conflito e indicando a porta mais adequada para ser seguida. Ademais, mesmo com a manifestação de desinteresse pela sessão de Mediação ou Conciliação de uma das partes, manifestando interesse a outra parte, a sessão será realizada e, em caso de não comparecimento de qualquer uma das partes, será aplicada multa de 2% (dois por cento) sobre a vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme definido pelo artigo 334, § 8º do CPC/2015, uma vez que tal ausência é entendida como ato atentatório à dignidade da justiça (NEVES, 2017, p. 655).

Naquilo que não for incompatível com a Lei da Mediação, o Novo Código de Processo Civil deverá ser aplicado. Em caso de incompatibilidade, pelo critério da especialidade, deverá aplicar-se a Lei de Mediação.

A Mediação Judicial é uma das portas descritas pelo Novo Código de Processo Civil para a solução dos conflitos. A conciliação judicial, a conciliação extrajudicial, a mediação extrajudicial e a arbitragem também são alternativas que visam fomentar o sistema de justiça multiportas e colocá-lo à disposição do cidadão para dar efetividade e cumprimento no resultado do consenso (GORETTI, 2017, p. 21).

A Mediação, como método de solução alternativo de conflitos, possui especificidades que merecem ser analisadas com cautela. A partir de agora, num breve estudo, tratar-se-á de algumas dessas características a fim de delimitar a atuação dos agentes envolvidos na Mediação e, por fim, traçar uma análise dos dados levantados junto ao 28º CEJUSC do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

3.1. A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL

Cumpra, aqui, uma atenção especial ao artigo 334, § 4º e incisos I e II do NCPC/2015, vez que estabelece que a audiência de mediação apenas não será designada se ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse pela composição consensual do litígio ou indicarem que a natureza da causa não admite a transação.

Embora o Novo Código de Processo Civil indique como um de seus princípios basilares a autonomia da vontade, inclusive indicando-o como princípio informador da mediação, demonstra-se um esvaziamento deste princípio quando da imposição da sessão pelo Código (NEVES, 2017).

Inicialmente pode-se imaginar que a sessão de mediação foi pensada para servir de obstáculo ao exercício legítimo do direito de ação, atendendo aos propósitos de celeridade e de admissibilidade das demandas recém-instituído, e aos litigantes de má-fé interessados na procrastinação do julgamento da lide (SIVIERO, 2015, p. 320).

O que se percebe é que, na verdade, o NCPC/2015 adotou uma obrigatoriedade mitigada para a sessão de mediação, uma obrigatoriedade presumida que só pode ser elidida por meio da anuência concreta dos litigantes, levando à aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça em caso de ausência injustificada.

Além dessa regra geral, o Código prevê dois casos de obrigatoriedade absoluta da mediação, independente da concordância prévia das partes. O primeiro caso é nas ações de família, em razão da peculiaridade e da complexidade dos relacionamentos familiares, o Código preceitua que todos os esforços deverão ser empreendidos para que o conflito seja solucionado consensualmente, devendo haver o auxílio de profissionais de outras áreas para a mediação e a conciliação, prevendo, inclusive, a possibilidade de suspensão do processo judicial para que as partes participem de mediação extrajudicial ou de atendimento multidisciplinar.

Trata-se da audiência prevista no artigo 695 do CPC/15.

O segundo caso de obrigatoriedade absoluta da mediação está prevista no artigo 565 do CPC/15 que estabelece que nos litígios coletivos envolvendo a posse de imóveis, quando o esbulho ou a turbação alegada na petição inicial houver

ocorrido há mais de um ano e um dia, deverá ser designada a audiência de mediação, antes mesmo de o juiz avaliar o pedido de liminar (BRASIL, 2015).

Nos casos da audiência prevista no artigo 695 do diploma processual para as ações de família devidamente enumeradas no caput do artigo 693, trata-se de um procedimento especial definido pelo CPC/15. Assim, trata-se de sessão de mediação com obrigatoriedade absoluta, apesar deste ainda não ser um entendimento pacificado pela doutrina. Duas vertentes são encontradas: a da obrigatoriedade absoluta e da obrigatoriedade relativa, vez que possível afastar a sessão de mediação pela efetivação de negócio jurídico processual – acordo de vontade entre as partes com vistas à alteração das regras processuais.

A corrente da obrigatoriedade sustenta que o legislador criou um procedimento especial para as ações de família com o intuito de afastar a interferência estatal nas disputas desta seara, fundamentada no artigo 694 do CPC/15 que define que todos os esforços deverão ser tomados para a solução consensual da controvérsia. Assim, devido às especificidades do procedimento especial das ações de família, a obrigatoriedade da mediação nas ações de família não pode ser dispensada pelo juiz ou por convenção das partes, a não ser em casos concretos que se mostrem inviáveis, como na existência de violência doméstica (SIVIERO, 2015, p. 320).

Porém, uma segunda corrente defende a não obrigatoriedade de comparecimento na mencionada audiência, defendendo o princípio da voluntariedade, conforme definido pelo artigo 2º, § 2º da Lei de Mediação.

Conforme os defensores dessa segunda corrente, ninguém pode ser obrigado a comparecer à mediação, nem tão pouco mediar, sendo inadequada, inclusive, a aplicação da multa prevista no § 8º do artigo 334.

Trata-se de uma controvérsia nova no sistema, que ainda deverá ser fruto de muita discussão e análise dos dados levantados após ampla aplicação do novo diploma processual. Importante, aguardar como os tribunais irão se posicionar a respeito, devendo, inicialmente, as partes comparecerem à audiência designada e aos magistrados a designação de tal sessão de mediação.

3.2 A PRESENÇA DOS JUÍZES NA SESSÃO DE MEDIAÇÃO

Conforme já esclarecido neste trabalho, o processo de mediação não acontece em audiências e sim em sessões, estando o parágrafo 1º do artigo 334 do CPC/15 equivocado de erro material ao determinar que os mediadores e conciliadores devem atuar nas audiências destinadas à autocomposição.

O que se questiona, aqui, porém, é se o juiz poderá participar das sessões destinadas à Mediação.

Inicialmente, o Projeto de Lei n. 8.046/2010 que deu origem ao CPC/15, previa que os juízes deveriam promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Após muitas críticas a tal dispositivo, ele foi alterado para a atual redação do artigo 334, § 1º do CPC/15 que define a indicação de sessões presididas por mediadores e conciliadores.

O que se questionava era a possibilidade dos juízes mediarem sozinhos os conflitos, o que colocaria em segundo plano o profissional com formação e aptidão específica para tal, privilegiando o papel do juiz e reforçando uma visão judiciário-centrada do Direito. Ademais, caso a mediação não resultasse em acordo, o juiz deveria esquecer todos os aspectos e argumentos levantados na sessão de mediação e promover um julgamento imparcial do processo, conforme o que está descrito e provado nos autos, apenas (GORETTI, 2017, p. 24).

Ocorre que, no afã de corrigir tal incongruência, o legislador deixou de regular sobre a possibilidade ou não da presença do magistrado nas sessões. Porém, da análise sistemática dos artigos 170 e 165 do CPC/15, depreende-se que o papel do magistrado seja somente o de direcionamento dos processos, sendo-lhe impedida a presença nas sessões de mediação, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade (GORETTI, 2017, p. 25).

Daí a obrigatoriedade da criação dos CEJUSC's e da formação e capacitação de mediadores e conciliadores com aptidão para a solução de conflitos.

3.3 A CUMULAÇÃO DAS FUNÇÕES DE MEDIADOR E ADVOGADO

Outro ponto ainda muito discutido na análise da mediação é a possibilidade ou não da cumulação das atividades de mediador e advogado. O artigo 167 e seus parágrafos determina que os mediadores serão inscritos no Cadastro Nacional, sendo-lhes vedado exercer a advocacia nos juízos onde desempenham a função de mediador. Porém, alguns doutrinadores questionam essa regra.

[...] se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver? Imaginemos, para ilustrar, uma situação concreta: atuo como advogada no Departamento Jurídico do XI de Agosto, entidade da Faculdade de Direito da USP que presta assistência à população carente desde 1919 e tem processos tramitando em praticamente todos os foros da Capital paulista. Decido fazer o cadastro como mediadora no Tribunal de Justiça de São Paulo e aguardo ser escolhida pelas partes ou nomeada para algum feito por força de distribuição. Caso seja chamada para atuar como mediadora em feito que tramita em determinada Vara, sendo a resposta positiva, deverei reconhecer-me impedida em um feito e declinar. Se atuo como advogada em feito de natureza diversa, com litigantes diferentes, não sou apta a atuar em outro processo com diferentes envolvidos pelo simples fato de tramitarem no mesmo juízo? (TARTUCE, 2014, p. 14).

O que se percebe é que a norma proibitiva acima descrita desencoraja os novos advogados a se cadastrarem como mediadores e conciliadores judiciais, tornando difícil a conciliação entre o exercício das funções de advocacia e mediação/conciliação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação da Lei de Mediação e a inclusão da Mediação como marco normativo no Novo Código de Processo Civil de 2015 representam uma guinada revolucionária na forma como os conflitos são tratados pelo Judiciário, no Brasil.

A partir do entendimento da obrigatoriedade da Mediação em determinados casos, bem como da possibilidade de as partes ou o magistrado poderem indicar sessões de mediação a qualquer tempo do processo, vislumbra-se o empoderamento dos cidadãos e a possibilidade de que assumam, efetivamente, o papel de protagonistas na solução consensual de conflitos.

Para que esse cenário se consolide, é necessário que os atores desse processo, magistrados, advogados, defensores, Ministério Público e serventuários da Justiça, reconheçam a importância dos mecanismos consensuais e cedam espaço para que as partes promovam o diálogo entre si, buscando conjuntamente o entendimento.

As inovações legislativas representam um primeiro passo nesse processo, mas não são suficientes. É necessária uma mudança de mentalidade, de atitude, de visão da Mediação. A caminhada a ser percorrida nesse processo dependerá da mudança cultural dos brasileiros e dos operadores do Direito.

A Mediação ainda é um instituto que goza de muita desconfiança. Sua incorporação pelo Poder Judiciário não é bem vista por grande parte dos jurisdicionados, céticos que alertam que a institucionalização do consenso poderá atuar como barreira de contenção e engessamento dos instrumentos populares de empoderamento social, criando empecilhos ao acesso à justiça.

Porém, esta visão ética não prepondera. As alterações legislativas vêm trazendo resposta a todas as argumentações contrárias à Mediação, como por exemplo, a obrigatoriedade da imparcialidade do mediador descrita como princípio fundamental da Mediação e o impedimento de que magistrados participem das sessões de Mediação, resguardando a esfera de liberdade dos cidadãos e a imparcialidade dos magistrados para proferirem decisões em caso de não acordo na Mediação.

Atentar-se para o fato de que a Mediação versa sobre conflitos que envolvem laços sociais duradouros, com a atuação de mediadores treinados e pautados por

princípios de independência e confidencialidade, aliado ao estímulo criterioso da Mediação, evitando abusos e adesões forçadas ou involuntárias é imprescindível para que as partes reconheçam os ganhos advindos da Mediação.

Assim, tendo a Mediação o papel de solucionar conflitos, torna-se importante mecanismo alternativo de auxílio ao Judiciário que, quantitativamente se encontra impedido de prestar uma tutela eficaz e célere como prevê o texto constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Formas alternativas de solução de conflitos**. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/formas_alternativas_de_solucacao_de_conflitos.pdf> . Acesso em: 20 março 2019.

Associação dos Mediadores de Conflitos. **Mediação e conflitos**. Disponível em: <<https://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/areas-da-mediacao-de-conflitos>> Acesso em: 20 março 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. **Os limites da mediação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/%C3%81guida%arruda%20Barbosa>>. Acesso em: 20 março 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015. In: BRASIL. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Lei de Arbitragem – Lei n. 9.307/1996. In: BRASIL. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Lei da Mediação – Lei n. 13.140/2015. In BRASIL. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Lei n. 13.129/2015** – Alterou a Lei de Arbitragem. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 março 2019.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Derecho processual civil**. São Paulo: Ed. Lemes e Cruz, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Papyrus, 2012.

FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. São Paulo: Positivo, 2014.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim:** negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2015.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça.** Salvador: Juspodivm, 2017. 47

HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Mediação e Conciliação no novo CPC.** Leme, SP: Editora Habermann, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria:** forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **MESC'S:** Uma visão Geral de Conceitos e Aplicações Práticas: São Paulo: Papyrus, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** volume único. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem:** mediação e conciliação. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SIVIERO, Karime Silva. **Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira:** uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação da UFRGS, Edição Digital, Volume X, número 3, p. 316-337. Porto Alegre, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis** – de acordo com a Lei n. 13.140/2015 – Lei de Mediação. São Paulo: Editora Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas Restaurativas.** 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico:** O novo paradigma da ciência. Campinas, São Paulo: Papyrus, 2014.