XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

MARCELINO MELEU

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

F723
Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez; Marcelino Meleu. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-744-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

A passagem dos séculos, a mudança de estações, o surgimento de novas teorias, o nascimento de vidas a cada segundo, o avanço da tecnologia e das ciências estão intimamente relacionados à complexidade das relações sociais e a dificuldade enfrentada pelo ser humano de resgatar sua autonomia diante do conflito e sua necessidade tratamento de forma a satisfazer seus interesses e desejos, contribuindo, desse modo, do modelo triádico do Poder Judiciário, no qual, uma terceira pessoa, alheia e distante das pessoas, decide sobre suas vidas. Trata-se, portanto, do desafio enfrentado por todos os países e, em especial, pelo Brasil, o que se visualiza pelas Resoluções n. 125 e n. 225, ambas do Conselho Nacional de Justiça, pelas Leis n. 9.306/97, n. 13.105/2015, n. 13.129/2015 e n. 13.140/2015, além de novas práticas que têm sido experimentadas como propostas de uma abordagem humanizada e sensível para o Direito.

Nesse propósito, visualizam-se os estudos do Grupo de Trabalhos Formas de Solução de Conflitos II, apresentados no Conpedi de Porto Alegre. Ou seja, apresentam-se pesquisas cujo escopo é construir algo diferente, cooperativo. Algo que tem que ser construído com as ferramentas do século XXI; novas condições de trabalho, novos papéis da política transformadora, revolucionária. Desterritorializar para voltar a territorializar. Deve-se buscar um denominador comum; atuar e intervir no conflito pelo diálogo. Assim, defende-se atuar e mediar, ou seja, atuar e produzir a constituição da comunidade, a qual produz a substância da dignidade humana e da vida.

Assim, abordando-se a autocomposição e a consensualidade no tratamento dos conflitos, Lincoln Mattos Magalhães e Daniel Mota Gutierrez apresentam A CONSENSUALIDADE PROCESSUAL E O CONTROLE JUDICIAL DA AUTONOMIA PRIVADA, enquanto Camila Silveira Stangherlin e Rafael Sottili Testa destacam o tema do ABARCAMENTO DAS FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS DE RESOLVER CONFLITOS PELO PODER JUDICIÁRIO: NECESSIDADE CONDIZENTE OU IMISÇÃO EXCESSIVA?

Nessa ótica, Vinícius Francisco Toazza aborda A PARTICIPAÇÃO DAS PARTES EM PROCESSOS AUTOCOMPOSITIVOS: UMA TENDÊNCIA NO NOVO CPC VINÍCIUS

FRANCISCO TOAZZA. Por sua vez, na perspectiva da revolução democrática da justiça aliada ao avanço da tecnologia, Daniel Henrique Sprotte Lima traz o estudo sobre ONLINE DISPUTE RESOLUTION: TECNOLOGIA A SERVIÇO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Trazendo à discussão a mediação, Caroline Oliveira Pacheco e Claudia Gay Barbedo discorrem acerca da IMPARCIALIDADE COMO ASPECTO ESSENCIAL AO OFÍCIO DO MEDIADOR JUDICIAL. Igualmente, Susanna Schwantes e Karine Montanari Migliavacca refletem sobre A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS ESCOLAS DE HARVARD E TRANSFORMATIVA. No mesmo sentido, Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães e Camila Arraes de Alencar Pimenta apresentam o tema MEDIAÇÃO, INSTRUMENTALIDADE E TRANSDISCIPLINARIEDADE: PROGNÓSTICO DE SUPERAÇÃO DOS CONFLITOS À LUZ DA TEORIA DA COMPLEXIDADE.

A Justiça Restaurativa também assume relevância na condição de matriz teórica a partir da qual é possível um novo modelo de justiça, mas também de uma filosofia e de uma cultura. Nessa perspectiva, Daniel Soares de Jesus Pinheiro traz a análise da INSTITUCIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA SOCIOLÓGICA DE PIERRE BOURDIEU, enquanto Jacqueline Padão e Carmen Hein De Campos adicionam ao debate a pesquisa sobre a VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM DIÁLOGO POSSÍVEL? Da mesma forma, Claudio Daniel de Souza e Daniel Silva Achutti debatem na perspectiva da CULTURA DO MEDO E JUSTIÇA RESTAURATIVA: O PAPEL DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO PENAL NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA.

A partir da Lei 13.140/2015 e do incentivo à autocomposição dos conflitos na Administração Pública, Alexia Domene Eugenio e Rozane Da Rosa Cachapuz ressaltam a PROMOÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI 13.140/2015. Na mesma linha, Maria Tereza Soares Lopes analisa a ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO PODER PÚBLICO: BREVE ANÁLISE DA PERMISSIBILIDADE NA SEARA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA.

O tratamento do conflito tem um papel de construção e solidificação da paz como elemento essencial do engajamento humanitário nas diversas áreas. Nesse rumo, Valeria Jabur Maluf Mavuchian Lourenço e Rosana Pereira Passarelli trazem o debate sobre A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA. A seu turno, Luciana Carneiro Da Rosa Aranalde e Luciana Lopes Martins contribuem à

temática ao estudar a GESTÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES LABORAIS: O USO DE FERRAMENTAS NEGOCIAIS E MEDIATIVAS COMO MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL.

Os temas apresentados acima constituem em ferramentas de desenvolvimento, justiça social e transformação social, pois permitem a evolução do ser humano e das relações sociais.

Desejamos uma boa leitura.

Porto Alegre/RS, novembro de 2018.

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez – URI

Prof. Dr. Marcelino Meleu – UNOCHAPECÓ

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A IMPARCIALIDADE COMO ASPECTO ESSENCIAL AO OFÍCIO DO MEDIADOR JUDICIAL

IMPARCIALITY AS AN ESSENTIAL ASPECT OF THE JUDICIAL MEDIATOR'S OFFICE

Caroline Oliveira Pacheco
Claudia Gay Barbedo

Resumo

A cultura de solução de conflitos por meio da mediação judicial tem aumentado a cada dia. O avanço da procura por soluções autocompositivas faz emergir novas situações e, assim, novas preocupações. O mediador judicial tem um papel importante na sociedade, pois seu trabalho tem o condão de auxiliar as pessoas para que consigam não apenas resolver um conflito, mas a aprenderem a gerenciar seus futuros conflitos ou mesmo a evitar que ocorram. Assim, aflora a dúvida sobre a possibilidade de que a garantia da imparcialidade como um direito ao processo justo por meio do procedimento de mediação judicial seja viável.

Palavras-chave: Imparcialidade, Processo justo, Mediação, Mediador judicial, Ferramentas

Abstract/Resumen/Résumé

The culture of conflict resolution through court mediation has been increasing each and every day. The advance of the search for alternative dispute solutions brings new situations and, thus, new concerns. The judicial mediator has a role of great importance in society, because his job has the effect of helping people to be able not only to solve a conflict, but to learn how to manage their future conflicts or even prevent them from happening. Therebay, doubts arise regarding the possibility that the guarantee of impartiality as a right to a fair trial through court mediation procedure is feasible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Imparciality, Fair trial, Mediation, Judicial mediator, Tools

1. INTRODUÇÃO

A população brasileira já ultrapassou a marca dos 208 milhões (IBGE, 2018), e as organizações das sociedades são cada vez mais complexas. Isso se deve não apenas ao aumento da população, mas também à diversidade cultural, étnica e religiosa, entre tantas outras.

Essa realidade não é muito diferente quando tratamos dos conflitos jurídicos. As pessoas estão cada vez menos tolerantes, cada vez mais litigantes. Em uma situação em que há o descumprimento de uma norma, surge o conflito e, com ele, a necessidade de uma solução. O meio mais habitual para tal situação é a jurisdição (CHIOVENDA, 2002).

A garantia constitucional do acesso à justiça foi banalizada pela cultura do litígio. Cada vez menos as pessoas buscam solucionar suas adversidades, seja na quebra de um contrato, seja por um conflito entre vizinhos.

A facilidade que o acesso à justiça proporciona vem acarretando um número desproporcional de demandas judiciais, cujos conflitos não precisariam ser, necessariamente, resolvidos por um magistrado. Está se criando uma cultura em que direcionar a responsabilidade para que um terceiro solucione problemas é a regra, e resolvê-los por conta própria é a exceção.

Ainda, por vezes a ação é ajuizada pelo simples fato de que aquela parte não quer resolver o problema, mas sim brigar, disputar pelo direito a algo para que sua vontade possa ser imposta a outrem. Esse cenário se deu muito pelo fato de o Estado ser o detentor do monopólio da jurisdição. Antes da existência de formas alternativas para a resolução do conflito, apenas o ajuizamento de uma ação poderia resolver questões relativas a direito.

Nesse passo, com o crescimento da cultura do litígio, o Judiciário está cada vez mais saturado de processos. Não há efetivo suficiente para suprir a demanda atual. O número de magistrados em 2016 ativos era de 796 (TJRS, 2018), e o número de processos terminados, no mesmo ano, foi de 1.433.283 (o número de processos pendentes, em 2016, foi de 3.562.723) (TJRS, 2018). Ou seja, são cerca de 1800 processos terminados por magistrado a cada ano. Considerando que cada magistrado trabalha uma média de 200 dias por ano, isso significa julgar uma média de 9 processos por dia. Tal situação constitui um Judiciário moroso e, por

vezes, ineficaz, conforme explica Petronio Calmon:

> Não há consenso ao especificar as causas e muito menos ao indicar soluções para a crise da justiça, mas é unânime a constatação da desproporção entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver. [...] Em realidade, outros fatores devem ser considerados, desde a existência de uma massa de conflitos represada pelos obstáculos econômicos, sociais, políticos e jurídicos ao acesso à justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial, destacando-se a necessidade de se oferecer o serviço justiça da forma mais ampla possível, com a utilização dos diversos mecanismos desenvolvidos para essa finalidade (CALMON, 2013).

Assim, percebe-se que o Poder Judiciário não é mais capaz, frente à diversidade e o número de demandas, de proporcionar às partes uma resposta célere e eficaz, e esta no sentido de justiça frente o conflito, e não apenas a uma decisão para pôr termo ao processo. Isto é, quando não há resposta em tempo adequado e não há decisão justa, ele não responde ao interesse social (FILHO, 2017).

Com relação à metodologia adotada, o presente estudo classifica-se como pesquisa aplicada, já que objetiva a produção de conhecimento científico, através do estudo de bibliografia específica e da legislação pertinente, permitindo a análise do problema proposto.

2. REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE MEDIAÇÃO

A mediação está inserida no campo da Resolução Apropriada de Disputas (RADs), o qual tem por escopo a resolução de conflitos por meio de entendimentos não litigiosos. Ao entabular um acordo, chegar a um entendimento por meio do consenso entre os envolvidos, busca-se a paz social (AZEVEDO, 2015).

As RADs englobam três formas distintas de tomada de decisão, conforme se verifica na tabela abaixo:

Tomada de decisão particular pelas próprias partes	Tomada de decisão extrajudicial por terceiro	Tomada de decisão judicial por terceiro
Negociação; Mediação; Conciliação	Decisão administrativa; Arbitragem	Decisão judicial

(AZEVEDO, 2015)

Pode-se perceber que a mediação integra a tomada de decisão particular pelas próprias partes. Ou seja, diferentemente das tomadas de decisões extrajudiciais e judiciais por terceiros, não há alguém estranho à relação interferindo na decisão que será tomada em relação ao conflito existente. Para poder falar em mediação, é necessário entender o conceito de negociação, outra forma de tomada de decisão particular pelas próprias partes.

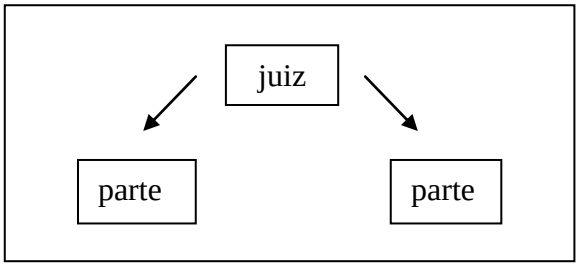
A negociação é a liberdade que as pessoas têm de decidir sobre algo. Nela, os envolvidos podem exercer livremente o direito de persuadir o outro a chegar a um fim que melhor lhe aprouver. Ainda, cabe a eles decidir onde se dará a negociação, como serão seus termos e limites. Ou seja, na negociação as partes têm plena liberdade para, como diz o nome, negociar acerca de uma situação (VASCONCELOS, 2015).

Conhecendo o conceito de negociação, pode-se dizer que a mediação é uma negociação facilitada. Isso por que os mediandos têm liberdade para decidir sobre o conflito que lhes diz respeito, entretanto, eles não fazem isso sozinhos, eles têm a ajuda de um facilitador, denominado mediador.

Quando alguém aciona o poder Judiciário e decide resolver seu conflito por meio de um litígio, o que se tem é a decisão de um juiz, terceiro imparcial, sobre a questão imposta. Ou seja, as partes envolvidas irão produzir provas acerca do problema trazido aos autos, buscando convencer o juiz sobre a sua verdade. Nessas situações, há um terceiro estranho à relação decidindo sobre o litígio, e chamamos essa circunstância de um modelo heterocompositivo de resolução do conflito, pois existem dois polos: as partes e aquele que

decide (TARTUCE, 2015). Às partes cabe apenas cumprir a decisão imposta, conforme ilustração abaixo:

Figura 1 – relação processual



Nos casos em que se aciona o poder Judiciário para que o conflito seja resolvido por meio do litígio, o que se tem, conforte dito anteriormente, é a decisão de um juiz, terceiro imparcial, sobre a questão imposta. Ou seja, as partes envolvidas irão produzir provas acerca do problema trazido aos autos, buscando convencer o juiz sobre a sua verdade.

Após a produção de provas (em processos em que haja a necessidade de uma fase de instrução), o magistrado as analisa, bem como verifica a legislação vigente e decisões dos tribunais superiores, e emite uma decisão sobre o caso. Essa decisão, como se percebe na imagem acima, é uma imposição que deve ser obedecida, independente da parte entendê-la ou não justa (considerando-se a hipótese de não haver mais a possibilidade de interposição recurso). Havendo uma decisão judicial, sempre existirá um vencedor e um perdedor. O juiz irá determinar quem é detentor do direito, e uma das partes perde, enquanto a outra ganha. Ainda que haja decaimento recíproco, alguém ganha algo e alguém perde algo, e vice-versa.

Por outro lado, ao falarmos em mediação, estamos no campo das resoluções autocompositivas do conflito. Essa denominação se dá pelo fato de a situação ser resolvida pelas próprias partes envolvidas, e não por um terceiro estranho à relação. Ainda que exista um mediador para conduzir as tratativas, ele é apenas um facilitador para o restabelecimento do diálogo, e não deve interferir na tomada de decisão dos mediandos, conforme explica Fernanda Tartuce:

> Pode ocorrer que as partes não consigam, sozinhas, comunicar-se de forma eficiente e entabular uma resposta conjunta para a composição da controvérsia. Afinal, a deterioração da relação entre os indivíduos pode acarretar graves problemas de contato e comunicação. Nessas situações, pode ser recomendável que um terceiro auxilie as partes a alcançar uma posição mais favorável na situação controvertida,

por meio da mediação ou da conciliação (TARTUCE, 2015).

Ao agendar uma sessão de mediação (a qual pode ser extraprocessual ou processual), aquelas pessoas deixam de ser partes e se tornam mediandos. É possível perceber na imagem abaixo que não há hierarquia entre mediandos e mediador. O mediador é um facilitador do diálogo entre os mediandos, não sendo detentor do poder decisório sobre o conflito em questão. Ou seja, o mediador apenas facilita para que aqueles mediandos possam estabelecer um diálogo, que por vezes é incipiente ou mesmo inexistente entre eles (CALMON, 2013).

Nas palavras de Fernanda Tartuce:

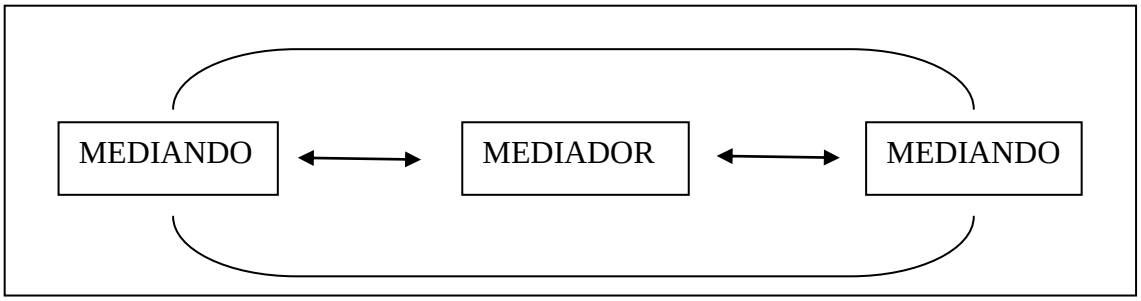
> Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas produtivas de lidar com as disputas (TARTUCE, 2015).

Assim, ratificando a ideia de que o mediador é um facilitador, a autora explica que a mediação possibilita àqueles que - em algum momento – tiveram um ruído na sua comunicação, tenham a possibilidade de restabelecê-la com a ajuda de pessoas treinadas para trabalhar o empoderamento, com o objetivo de que as pessoas envolvidas no conflito consigam solucioná-lo sozinhos.

3. O PROCESSO JUSTO COMO BALIZADOR PARA A MEDIAÇÃO JUDICIAL

A figura abaixo demonstra que não há linha hierárquica na relação entre o mediador e os mediandos, e que a relação se dá de forma a estabelecer a comunicação entre os mediandos:

Figura 2 – relação no processo de mediação



Portanto, não será alguém estranho à relação que irá decidir o conflito na mediação, o que existe é a figura de um terceiro imparcial capacitado que "facilita a comunicação entre as partes, sem propor ou sugerir quanto ao mérito, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes" (SALES; CHAVES, 2014).

O que pode ocorrer é os mediandos chegarem a um acordo sobre o que é melhor naquela situação, sendo que todos decidirão sobre seus próprios problemas, e não alguém estranho àquela relação. Havendo entendimento, ocorre o que chamamos de ganha-ganha, pois todos ganham na relação, já que não há uma imposição, mas sim escolhas. Ainda, o maior ganho nessa situação é o estabelecimento do diálogo e a capacidade de pessoas, que em determinadas situações sequer se cumprimentavam, conversarem e resolverem seus problemas sem que haja a necessidade de mover a máquina pública para tanto (AZEVEDO, 2015).

Para que isso ocorra, é necessário que os mediadores ajam em conformidade com o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, implementado pela Resolução n. 125 de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com ele, são princípios fundamentais, os quais devem conduzir o procedimento:

> i) confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo sertestemunha do caso, nem atuarcomo advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;
> ii) decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;
> iii) competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada areciclagem periódica obrigatória para formação continuada;
> iv) imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;
> v) independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexequível;
> vi) respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;
> vii) empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

> viii) validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito (BRASIL, 2010).

Em que pese a Resolução n. 125 traga em seu texto a explicação do que significa cada princípio, convém desenvolver cada um, separadamente, tendo em vista sua importância para o sucesso do que se busca em uma sessão de mediação e para a efetivação de direitos humanos. O respeito a esses princípios é primordial para que se assegure a autodeterminação dos mediandos, haja vista o poder de influência que o mediador pode exercer sobre a decisão a ser tomada por eles.

O cumprimento dessas diretrizes tem a capacidade de impedir que as partes sejam compelidas a um acordo indesejado. Conforme Fernanda Tartuce:

> A observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise. Jurisdicionados e advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas enviesadas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas busca (sic) a extinção de processos judiciais a qualquer custo (TARTUCE, 2015).

O primeiro princípio apresentado no Código de Ética é o da confidencialidade. Todos que participam da sessão de mediação têm o dever de manter o sigilo sobre tudo que é conversado naquela oportunidade. Esse princípio é pautado no princípio da boa-fé, pois se espera que aqueles que se fizeram presente sejam leais e honestos, não utilizando as informações trazidas na mediação para fora daquele espaço. Ainda, a boa-fé repercute na confiança de que aquilo que for acordado na sessão de mediação será cumprido (TARTUCE, 2015).

Outrossim, a confidencialidade protege os mediandos e o mediador quanto à possibilidade de uma das partes, em ação judicial, intimar o facilitador para que testemunhe em juízo. Tal princípio veda, expressamente, no texto da Resolução n. 125, que o mediador seja testemunha sobre o que foi dito na sessão de mediação. Do mesmo modo, veda que os mediadores que participaram da sessão atuem como advogados de quaisquer dos mediandos, em ação judicial cujo objeto tenha sido o propósito da mediação (VASCONCELOS, 2015).

Como é possível perceber, a o princípio da confidencialidade preserva tanto mediandos como mediadores. Portanto, ele importa em um instrumento para que os

mediandos se sintam a vontade para falar a verdade na sessão de mediação.

O segundo princípio é o da decisão informada. Para iniciar a sessão de mediação, o mediador deve realizar a declaração de abertura, e nela ele tem a obrigação de informar aos mediandos sobre como será o procedimento da mediação, esclarecendo como se dará a fala de cada um, cientificá-los sobre a confidencialidade e, dentre tantos outros esclarecimentos, perguntar se os mediandos estão de acordo em participar da sessão e explicar que podem desistir da mediação a qualquer momento, podendo deixar a sessão. Essas informações validam a autonomia da vontade do mediando em participar da mediação (TARTUCE, 2015).

O princípio da decisão informada permite ao mediando definir se irá ou não percorrer o caminho da autocomposição por meio da mediação. Ele precisar ter conhecimento do contexto no qual está inserido para que a tomada de decisão seja consciente e seu consentimento seja legítimo.

Outro princípio estabelecido pelo Código de Ética é o da competência. Para que alguém atue como mediador, essa pessoa precisa fazer o curso de capacitação para mediador judicial, nos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Tal medida se aplica de acordo com o caso concreto, ou seja, para mediar um conflito de vizinhança, por exemplo, deve-se ter o curso de capacitação para mediador judicial cível. No entanto, para atuar em um conflito familiar, só poderá aquele mediador com o curso de mediador judicial familiar (VASCONCELOS, 2015).

O princípio do empoderamento tem caráter educativo com visão a longo prazo, e não apenas para o conflito enfrentado. Para sua eficácia, ele depende da aplicação correta das técnicas e respeito aos demais princípios. O objetivo é estimular a comunicação, buscando a autocomposição entre as partes. Não obstante, o importante não é apenas chegar a um acordo, mas que os mediandos saiam da mediação com maior capacidade para lidar – sozinhos – com futuros conflitos (AZEVEDO, 2015).

O respeito à ordem pública e às leis vigentes oferecem aos mediandos segurança para participar de uma sessão de mediação sem serem tolhidos de seus direitos, ainda que desacompanhados de advogado ou defensor público. Por mais que em um acordo, em regra, ambas as partes precisem renunciar a algo, há que se preservar direitos indisponíveis, por

exemplo. Ocorre que (posto que não se pode alegar desconhecimento de lei) muitas pessoas não têm conhecimento do que são esses direitos ou mesmo que os têm. É nesse cenário que o mediador precisa estabelecer limites para que não se corrompa a ordem pública e as leis vigentes (VASCONCELOS, 2015).

O princípio da validação prima pela empatia entre as partes, implicando em um processo mais humanizado. Cabe ao mediador estimular os mediandos a perceberem como o outro também é dotado de interesses e sentimentos, já que essa percepção pode se perder ao longo do conflito. Ainda, o mediador deve incentivá-los para que percebam quais os seus próprios interesses e sentimentos, para que possam satisfazer suas necessidades, e se a solução aventada é capaz de satisfazer suas necessidades (AZEVEDO, 2015).

Por sua vez, o princípio da independência e autonomia diz respeito à liberdade que o mediador tem para trabalhar sem que seja pressionado ou influenciado na sua forma de atuação. Assim, os mediadores têm liberdade para prosseguir, interromper ou mesmo suspender uma sessão, se assim entenderem que é necessário, não comprometendo seu desempenho frente os mediandos (TARTUCE, 2015). Esse princípio tem forte ligação com o princípio da imparcialidade, e será abordado novamente no capítulo seguinte.

O último princípio a ser tratado é o da imparcialidade. A imparcialidade consiste na vedação da preferência por parte do mediador por uma das partes. Ele deve permanecer imparcial em relação às partes, de modo a não interferir no resultado. Por entender que este é o princípio de maior suscetibilidade à interferência no processo de mediação e o que mais dá azo ao poder de influência por parte do mediador sobre o mediando, a imparcialidade será trabalhada mais minuciosamente no próximo capítulo.

No que diz respeito à segurança do acordo entabulado entre os mediandos, ele é submetido à apreciação de um magistrado, o qual irá verificar a legalidade daquele acordo, assegurando que não haja ilegalidade ou mesmo para tentar evitar que uma parte vulnerável seja manipulada e tolhida de seus direitos no acordo. Esse magistrado, após analisar o termo de entendimento dos mediandos, poderá homologar ou não o acordo. Caso homologue, aqueles mediandos terão, a partir de então, um título executivo judicial, conferindo-lhes maior segurança para uma possível execução (CNJ, 2017).

4. AS FERRAMENTAS UTILIZADAS PELO MEDIADOR JUDICIAL E SEU PODER DE INFLUÊNCIA NA TOMADA DE DECISÃO DO MEDIANDO

Existem inúmeras ferramentas das quais os mediadores podem lançar mão ao realizar uma sessão de mediação. Todas têm em comum o fato de servirem para que o mediador possa conduzir a sessão de mediação e utilizá-las de modo a facilitar o restabelecimento do diálogo entre os mediandos.

Entretanto, se mal utilizadas, as ferramentas podem aguçar o conflito já existente ou mesmo beneficiar uma das partes em detrimento da outra. Por isso a importância quanto à formação continuada dos mediadores, buscando sempre conhecer as novas técnicas e aprimorar existentes. Outrossim, para que não haja disparidade entre os mediandos, as ferramentas devem ser aplicadas de forma equitativa (na medida da necessidade para cada um) entre eles, de modo a não ferir o princípio da imparcialidade.

Desse modo, serão abordadas algumas ferramentas utilizadas nas sessões de mediação, buscando demonstrar como elas podem ser benéficas para a resolução de um conflito, mas também como podem trazer prejuízo se utilizadas de forma incorreta ou com tendência a beneficiar uma das partes.

A primeira ferramenta é a “escuta ativa”. Trata-se da forma como o mediador irá ouvir os mediandos durante a sessão. Significa não apenas ouvir, mas prestar atenção, fazendo com que o interlocutor perceba a atenção a ele conferida. Isso pode ocorrer apenas pela atenção e expressão corporal do mediador, mas também pelo retorno por meio de perguntas, as quais servem para esclarecer a fala do mediando, o qual pode, assim, perceber que está de fato sendo ouvido (ALMEIDA, 2014).

O mediando pode se sentir seguro em relação ao mediador, se a escuta ativa for utilizada de forma correta, pois transmite confiança. Quando se está tratando de um problema pessoal, qualquer pessoa quer saber que está de fato sendo ouvida, e quer que o interlocutor entenda que aquele não é apenas um problema, mas pode ser o problema da vida daquele mediando. Então, a prática da escuta ativa pode conferir ao mediador um maior ou menor

grau de confiabilidade, o que pode induzir o mediando a um maior grau de disposição para restabelecer o diálogo com o outro mediando, bem como resolver o conflito de forma pacífica (VASCONCELOS, 2015).

Entretanto, se o mediando percebe que o mediador demonstra maior interesse em relação à fala do outro, devolvendo as falas em perguntas para maiores esclarecimentos, estando mais atento à fala do outro que na sua, por exemplo, isso pode gerar um menor grau de confiabilidade, e menos disposição para participar da sessão de mediação e, consequentemente, de buscar o diálogo com o outro. Isso porque o mediando pode entender que está sendo preterido em relação ao outro.

Outra ferramenta importante ao mediador está em "balancear a participação de todos". Como o próprio nome induz – balanceamento –, o objetivo dessa ferramenta é que os mediandos tenham equidade na participação na sessão de mediação. O mediador tem o dever de equilibrar a fala, não apenas no tempo, mas também pela qualidade dela. Ele deve aferir se, em determinado período de tempo, o mediando conseguiu expressar aquilo que precisava. Esse tempo pode ser maior ou menos para cada mediando, dependendo de sua facilidade ou dificuldade de exteriorizar os sentimentos e organizar o pensamento, a fim de expor o conflito. Portanto, não necessariamente o tempo de cada mediando será o mesmo, e cabe ao mediador escutar ativamente e verificar se o mediando precisa de mais tempo para conseguir alcançar o objetivo da fala (ALMEIDA, 2014).

Essa ferramenta, se corretamente utilizada, pode ser extremamente benéfica para a sessão de mediação. Isso porque se o mediador conseguir ter o alcance necessário de quais as questões, interesses e sentimentos envolvidos no conflito, mais fácil ficará de conduzir a mediação de maneira a buscar o restabelecimento do diálogo.Não obstante, se mal utilizada, essa técnica pode beneficiar uma das partes, ou mesmo não beneficiar nenhuma delas. Se o mediador tem interesse que uma das partes tenha sucesso sobre a outra no termo de entendimento, ele pode manipular o tempo ou interferir na fala, de modo que o mediando não consiga se expressar e trazer tudo o que importa para aquela sessão. Tal atitude pode refletir no resultado da mediação, tanto no que diz respeito ao restabelecimento do diálogo, como nos pontos do acordo entabulado entre os mediandos (havendo um acordo).

A ferramenta "redefinir com conotação positiva" permite ao mediador devolver aos

mediandos questões, interesses e sentimentos de forma diversa que as expuseram. Não raro, as pessoas envolvidas no conflito não conseguem se distanciar dele. Essa situação pode atrapalhar a resolução do conflito de forma pacífica, pois os envolvidos mistura os seus inetresses e sentimentos, não sendo capazes de identificar suas reais necessidades frente a uma situação conflituosa. Nessas situações, cabe ao mediador perceber quais são os verdadeiros interesses e sentimentos que precisam ser trabalhados na sessão de mediação. Com essa ferramenta, ele pode utilizar uma fala do mediando que tenha viés negativo e transformá-la em algo com aspecto positivo, acolhendo a fala, mas amenizando-a (ALMEIDA, 2014).

Se bem utilizada, essa técnica permite ao mediador controlar a sessão de mediação, acalmando os mediandos quando estão emocionalmente alterados. É uma excelente ferramenta para demonstrar às partes que são ouvidas com atenção, e que ali é o momento de resolver problemas, e não de criar novos problemas. No entanto, o mediador deve ter muito cuidado para não parecer estar pendendo para um dos lados, pois o outro mediando pode entender que o mediador está sendo parcial. Como nem sempre ambas as partes estão alteradas, o mediador termina por devolver mais a fala de um do que a do outro, e isso pode, aos olhos dos mediandos, parecer duas coisas: i) que o mediador manifesta maior atenção a um dos mediandos; ii) o mediando alterado pode entender que o mediador está de implicância com ele, por estar sempre devolvendo suas falas de forma distinta.

Outra ferramenta de grande importância para a mediação são as “reuniões privadas” (AZEVEDO, 2015). Quando os mediadores sentirem a necessidade de falar privativamente com os mediandos, bem como no caso de um ou ambos os mediandos solicitarem, pode-se realizar as reuniões privadas. Essas reuniões consistem em ouvir separadamente os mediandos. Para tanto, deve-se cuidar para manter um equilíbrio de tempo nas reuniões, ou seja, se a reunião com um dos mediandos durar vinte minutos, procurar estabelecer um tempo parecido para o outro mediando, para não passar a impressão de predileção. Ainda, essas reuniões são confidenciais e o que o mediando disser na reunião privada só pode ser falado na conjunta se ele assim o consentir. Essa ferramenta é muito útil para que o mediador possa compreender as questões, interesses e sentimentos dos mediandos que não conseguem expressá-los na sessão conjunta. Mesmo não podendo expor o que fora tratado na reunião individual, o mediador pode traçar um caminho diferente para a sessão conjunta, buscando o restabelecimento do diálogo (ALMEIDA, 2014).

Há alguns fatores que podem atrapalhar a mediação, dentre eles são: i) o tempo das reuniões serem muito diferentes para cada um dos mediandos, mesmo que isso ocorra pelo fato de um deles ter maior dificuldade de se expressar; ii) voltar para a sessão privada com maior entrosamento com um dos mediandos, conversando mais intimamente e brincando; iii) não tomar o devido cuidado para manter a confidencialidade da reunião privada.

Essas situações podem parecer, aos olhos dos mediandos, parcialidade por parte dos mediadores. Isso porque o mediando – já com certo abalo emocional pelo fato do conflito existente e também por estar de frente com a pessoa com a qual tem a dificuldade de dialogar – não têm como saber o que se passou na reunião privada com o outro. Durante a reunião privada, o mediando que não estiver na sala com os mediadores fica do lado de fora, esperando, imaginando o que pode estar acontecendo dentro da sala, muitas vezes alimentando ainda mais suas angústias e, caso uma das ferramentas anteriores tenham sido mal utilizadas, aumentando a perspectiva de parcialidade por parte dos mediadores em relação ao outro mediando.

Em seguida haverá o "resumo" (AZEVEDO, 2015), etapa que consiste em, como o nome sugere, sintetizando que as partes disseram durante a sessão. Após todos terem sido ouvidos, os mediadores elaboram um resumo e o relatam para os mediandos, buscando palavras não tendenciosas a uma das partes, tentando verificar se conseguiram identificar as questões, interesses e sentimentos envolvidos naquele conflito.Essa ferramenta é bastante útil tanto para pontuar o que precisa realmente ser tratado na mediação, como para que os mediandos possam notar outras questões que não haviam percebido permear a relação conflituosa (ALMEIDA, 2014).

Um resumo bem elaborado pode esclarecer muitas questões não identificadas pelos mediandos, ou mesmo pontuar exatamente o que pretendiam, tornando o caminho do entendimento mais fácil. Todavia, a falta de compreensão do mediador pode estragar todo o trabalho desenvolvido durante a sessão, ou sessões de mediação. Isso porque no resumo os mediadores podem demonstrar que não conseguiram captar o que os mediandos precisam resolver naquela relação (o que pode parecer desinteresse por parte dos mediadores), mas também porque no resumo os mediadores podem enfatizar mais a fala de um dos mediandos, como se esse fosse o causador do conflito. Nessas situações, o resumo seria tendencioso a

uma das partes.

Auxiliar na “identificação da melhor alternativa negociada e da pior alternativa negociada” (SPENGLER, 2010) é a ferramenta que permite ao mediador fazer com que os mediandos reflitam acerca das melhores e piores possibilidades de resultado para a solução daquele conflito. Utilizando essa técnica, o mediador questiona aos mediandos qual seria, na sua perspectiva, a melhor solução para o conflito, e qual seria a pior hipótese de resultado para ele. Essa é uma forma de demonstrar aos mediandos que podem existir maneiras completamente opostas para a mesma situação, e que também podem chegar a um resultado intermediário, que beneficie a ambos. No entanto, são os mediandos que precisam chegar a essa conclusão, e a ferramenta serve para que eles pensem a respeito e percebam as possibilidades existentes para que cheguem ao chamado ganha-ganha (ALMEIDA, 2014).

Expostas algumas ferramentas existentes para a realização da mediação, pode-se perceber que todas as técnicas abordadas servem a um desempenho imparcial do mediador, de modo que o resultado pode ser visto como parcialidade caso ele as utilize de forma equivocada ou mesmo mal intencionada. Percebe-se que o mediador é quem controla a sessão, conduzindo-a conforme entende ser necessário.

Outrossim, existem situações em que uma das partes é hipossuficiente em relação a outra, como em uma relação em que uma das partes é mais esclarecida jurídica, financeira e culturalmente, por exemplo. Nesses casos, muitas vezes a parte menos esclarecida se sente inibida a falar nas sessões (situações em que a sessão privada é de grande valia), e pode também concordar com muito do que é dito pelo simples fato de não entender ter o direito de se opor àquilo.

Como na mediação o poder de decisão é do próprio mediando, e não de um terceiro, as ferramentas utilizadas pelo mediador podem influenciar muito na tomada de decisão do mediando. Assim, se o mediador tem interesse que aquele conflito se resolva de forma x (seja por entender que aquela é a melhor solução para todos os envolvidos, seja por estar recebendo algum benefício por isso), ele pode conduzir toda a sessão de modo que um dos mediandos tenha a tendência de decidir pela forma x, e não pela forma y, fazendo valer a sua vontade.

5. CONCLUSÃO

A possível vulnerabilidade a que estão submetidos os mediandos, frente à ausência de mecanismos que assegurem, efetivamente, a imparcialidade do mediador merece atenção. Preocupação ainda maior porque essa falta de benefícios pode desestimular os mediadores, levando-os a desistir da mediação (que é voluntária na maioria dos casos), ou mesmo a se aproveitarem dos mediandos, que deveriam estar sendo ajudados. A conclusão a que se chegou é de que existem inúmeras vedações ao mediador judicial, mas não há aparato de segurança para sua atuação.

A temática em questão, mesmo que aparente simples, pode terminar por se tornar um grande problema para o Judiciário e para os indivíduos em geral. Explico. Conforme dito, o Judiciário não pode comportar o número de ações ajuizadas por magistrado e garantir um processo célere e justo. Não há cálculo que resolva esse problema.

A mediação, então, acaba sendo uma excelente solução. Além de ela ter por escopo o restabelecimento da comunicação entre os mediandos e o empoderamento deles para que resolvam seus próprios conflitos, o número aumentado de casos resolvidos por meio da mediação desafoga o Judiciário, possibilitando aos magistrados maior atenção aos processos que restarem.

No entanto, a falta de mecanismos que preservem a imparcialidade do mediador pode acarretar em diversas pessoas sendo tolhidas do seu direito ao processo justo. Esses indivíduos, além da perda do seu direito subjetivo (porque dependendo do tempo uma ação judicial pode não ser mais possível pelo instituto da prescrição), possivelmente perderiam a fé no sistema, o qual já enfrenta problemas em relação à confiança da população.

A mediação é um método que nasceu como um braço que se estende a auxiliar o Judiciário. Ela serve para ampliar as possibilidades nas soluções de conflitos, e não o oposto, por isso a preocupação com a temática.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: **aportes práticos e teóricos.** São Paulo: Dash, 2014

AZEVEDO, André Gomma. **Manual de Mediação Judicial**. 5.ed. Porto Alegre/RS:TJRS, 2015

BRASIL, Resolução n.125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 2002

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados do fórum nacional da mediação e conciliação. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/f5faf9126900ab4f10d9702bcdbc77de.PDF>. Acesso em: 20 nov. 2017

FILHO, Fernando Fortes Said. A crise do Poder Judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, v 44, n.142, jun. 2017

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponívelem:<https://ww2.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 15 ago. 2018

MAIA DE MORAES 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: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Demanda e produtividade. Disponível em: < http://transparencia.tjrs.jus.br/dados_juris/demanda_produtividade.php>. Acesso em: 06 jun. 2018

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Força de trabalho. Disponível em: <http://transparencia.tjrs.jus.br/forca_trabalho/index.php>. Acesso em: 06 jun. 2018

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015