

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

PATRICIA AYUB DA COSTA

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Patricia Ayub da Costa; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-709-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I” do VI Encontro Virtual do CONPEDI (VIEVC), com a temática “Direito e Políticas Públicas na era digital”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina, em evento realizado entre os dias 20 e 24 de junho de 2023, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP.

Assim, o Grupo de Trabalho - 50 recebeu 16 artigos que abordam diferentes aspectos relacionados às formas consensuais de solução de conflitos, devendo ser ressaltado que todos os trabalhos direta ou indiretamente trataram da qualidade da prestação da justiça oferecida por meio dos métodos adequados de resolução de conflitos. A apresentação dos trabalhos foi dividida em dois blocos, não havendo especificidades temáticas em cada um deles. Observa-se que houve a inclusão de um artigo adicional com a temática da impenhorabilidade.

Inicia-se com o estudo a respeito da importância quanto à escolha do método adequado para cada espécie de conflito. O trabalho se desenvolve com fundamento na teoria de Warat aplicada à mediação. Neste sentido, a justiça restaurativa como método de mediação deve ser aplicada com o propósito de resolver os conflitos de forma humana e amorosa. A gestão itinerante de conflitos é desenvolvida no sentido de se reconhecer sua potencialidade e também seus desafios. Para tanto, é mencionado o apoio do Banco Mundial por meio do Documento 319, propondo-se a reflexão entre o interesse na segurança jurídica e os riscos do enfraquecimento do Poder Judiciário. Quanto aos acordos de não persecução civil, destaca-se a aplicação do sistema multiportas de resolução de conflitos e a inaplicabilidade da autonomia privada da vontade, considerando a improbidade administrativa. O artigo a respeito da usucapião extrajudicial explora a ausência da previsão legal da gratuidade dos serviços cartorários nesse caso, propondo o ressarcimento das despesas por meio do Poder Público. A justiça restaurativa também é estudada nos casos de enfrentamento à violência doméstica, considerando a possibilidade de mudanças no perfil do agressor a partir dos círculos reflexivos, bem como o apoio às vítimas para a cura dos traumas. A técnica da constelação familiar é estudada a partir da experiência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com as práticas da composição sistêmica no CEJUSC. Destaca-se o artigo que analisa a importância da fase pré-mediação, pois a informação e preparação adequada das partes

estabelece entre elas um comportamento colaborativo, até mesmo quando se alcança a plena resolução do conflito. O problema fundiário no Distrito Federal, que envolve a Terracap aponta a necessidade do diálogo constante entre os poderes estatais. Assim é apresentada uma reflexão a partir dos diálogos de Conrado Hübner Mendes.

No segundo bloco de artigos inicia-se destacando o aspecto fundamental do respeito à ética e à dignidade humana. Desse modo, se reconhece a inevitabilidade dos conflitos e a exigência da adequação na determinação do método adequado para sua solução, sendo que a metáfora entre a discussão e a guerra são estudados nestes termos. Chama a atenção a pesquisa que analisa os impactos da desjudicialização nos casos de alterações do nome, de acordo com a Lei nº 14.382/22, como o reconhecimento do direito existencial à busca da felicidade. Adentra-se no mundo das novas tecnologias digitais no estudo sobre o metaverso como um instrumento a ser usado para a aplicação dos meios alternativos de soluções de conflitos. Ainda sobre o ambiente digital, a análise da autocomposição judicial online após a pandemia é realizada com vista a traçar críticas e analisar as perspectivas de adequação para melhorar o acesso à justiça. A prescrição e a decadência estão apresentadas no estudo sobre sua aplicação nos procedimentos extrajudiciais de solução consensual de conflitos. O artigo sobre a comparação entre os princípios da mediação portuguesa e os princípios da mediação brasileira possibilita a conclusão que os sistemas são similares, destacando-se, entretanto o fato de que o sistema português é mais preciso em relação ao domínio das partes quanto à mediação. A Resolução nº 5 do CNE/MEC é estudada para ressaltar a importância do desenvolvimento da cultura não adversarial, ou da consensualidade. Esta alteração na matriz curricular poderá levar à compreensão a respeito do eurocentrismo e da descolonização. Também são estudados os princípios da justiça restaurativa para que se defina as diferenças fundamentais entre esta e a justiça distributiva. Conclui-se com o trabalho que visa responder à questão de como resolver o problema da impenhorabilidade no caso de preclusão, considerando-se a ordem pública.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos, reflexo de pesquisas e pesquisadores de todas as regiões do país.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), das instituições parceiras e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

23 de junho de 2023.

Professora Dra. Patrícia Ayub da Costa

Docente e vice-coordenadora do PPGD Negocial da Universidade Estadual de Londrina

patricia.ayub@uel.br

Professora Dra. Sílzia Alves Carvalho

Docente da Universidade Federal de Goiás

silzia.ac@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

**PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO PORTUGUESA E DA BRASILEIRA: ESTUDO
COMPARADO ANALÍTICO E DESCRITIVO PARA BUSCAR O
APRIMORAMENTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO**

**PRINCIPLES OF PORTUGUESE AND BRAZILIAN MEDIATION:
COMPARATIVE ANALYTICAL AND DESCRIPTIVE STUDY TO SEEK THE
IMPROVEMENT OF SELF-COMPOSITION**

Vinicius Da Costa Gomes

Resumo

Contemporaneamente há um intenso debate sobre a efetividade e eficiência da atuação estatal na solução de conflitos. A mediação surge como um método de autocomposição alternativo a heterocomposição da jurisdição que busca conceder a efetividade das soluções de conflitos e a consequente paz social. O sistema brasileiro, atualmente, incentiva e favorece a mediação. Seja por sua adoção preferencial na legislação (CPC), na implantação de políticas dos tribunais e/ou entre os particulares. A pesquisa irá efetuar um estudo analítico descritivo da mediação no Brasil e em Portugal com a análise dos princípios norteadores do instituto. Realizou-se uma revisão bibliográfica dos princípios portugueses da voluntariedade ou autonomia; igualdade; imparcialidade; independência e confidencialidade e dos brasileiros da autonomia; igualdade; imparcialidade e confidencialidade. Busca-se com esse estudo comparativo possibilitar o aprimoramento da mediação brasileira com a comparação ao sistema português com a finalidade de buscar a efetividade da justiça e, conseqüentemente, a concretização da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Autocomposição, Mediação, Princípios, Estudo comparado, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

At the same time, there is an intense debate about the effectiveness and efficiency of state action in conflict resolution. Mediation emerges as an alternative method of self-composition to the heterocomposition of the jurisdiction that seeks to grant the effectiveness of conflict solutions and the consequent social peace. The Brazilian system currently encourages and favors mediation. Whether by its preferential adoption in legislation (CPC), in the implementation of court policies and/or among individuals. The research will carry out a descriptive analytical study of mediation in Brazil and Portugal with the analysis of the guiding principles of the institute. A literature review of the Portuguese principles of voluntariness or autonomy was carried out; equality; impartiality; independence and confidentiality and the Brazilians of autonomy; equality; impartiality and confidentiality. This comparative study seeks to enable the improvement of Brazilian mediation with the comparison to the Portuguese system in order to seek the effectiveness of justice and, consequently, the realization of the dignity of the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Self-composition, Mediation, Principles, Comparative study, Dignity of human person

1. INTRODUÇÃO:

A mediação é uma técnica de solução de conflitos com registros de utilização em diversos povos e culturas há algum tempo. No entanto, em diversos países, como Portugal e Brasil (dentre outros), só há pouco é possível verificar um incentivo a esse método de solução de conflitos em virtude de sua maior efetividade e simplicidade (e, em alguns casos, celeridade) em comparação aos métodos tradicionais de solução de conflitos (métodos de heterocomposição, como a jurisdição, por exemplo).

Uma das técnicas utilizadas na mediação é a negociação por princípios que se fundamenta na teoria do negócio da Universidade de Harvard¹. Essa técnica tem como um de seus pontos fundamentais a ideia de focar a negociação nas pessoas e não no objeto do conflito. Contudo, o objetivo do trabalho não é aprofundar nas técnicas de mediação, mas sim de identificar as semelhanças e diferenças entre os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal.

Para alcançar tal objetivo, primeiro será realizada uma análise das disposições legais do sistema português a fim de identificar os principais princípios norteadores da mediação nesse país e de elucidar os contornos do instituto em Portugal. Posteriormente, será realizada uma análise similar no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, diante da lógica do CPC que incentiva as formas alternativas de resolução de conflitos.

E por fim, a pesquisa irá correlacionar o sistema² português ao sistema brasileiro para identificar as similitudes e diferenças dos sistemas. A finalidade do estudo comparado é obter propostas para a qualificação do instituto da mediação de conflitos para ambos os países, e, conseqüentemente, alcançar uma maior efetividade e eficiência na resolução de conflitos.

Importante ressaltar que a pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-sociológica, já que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Trata-se de pesquisa interdisciplinar nas áreas da Processo Civil e Administração. Necessário salientar ainda que se optou por efetuar uma revisão bibliográfica e um estudo comparador do instituto da mediação nos dois países.

2. O CONCEITO DE MEDIAÇÃO NO SISTEMA PORTUGUÊS E NO BRASILEIRO

2.1 Mediação no sistema português:

¹ Sobre o assunto ver a obra “Negociação”, WATKINS, Michael e “Como chegar ao sim: Negociação de acordos sem concessões”, FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce.

² O presente trabalho opta por utilizar a expressão “sistema”, já que será feita uma análise não só do ordenamento, mas também das teses doutrinárias sobre o tema.

A Lei n.º 29/2013 (Lei de mediação portuguesa) define a mediação em seu artigo 2º³ como a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.

Nota-se que o conceito dá ênfase as duas das principais características desse instituto que lhe distinguem da jurisdição estatal: uma forma alternativa de resolução de conflitos e o fato de ser um método de autocomposição. A jurisdição estatal é a forma principal de resolução de conflitos, afinal a convivência em sociedade traduz uma ideia de monopólio do Estado como solucionador dos litígios que vierem a existir. Além disso, na jurisdição temos uma forma de heterocomposição, ou seja, há um terceiro que impõe a decisão aos conflitantes. Nota-se que na mediação são os próprios conflitantes os solucionadores do conflito.

É necessário salientar que antes da entrada em vigor da Lei de mediação portuguesa não havia uma definição legal do instituto. Dulce Lopes e Afonso Patrão informam que havia à época dois sistemas de mediação pública: o dos Julgados de Paz e o da Mediação Penal (LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso, p.19).

Os autores demonstram ainda que os conceitos de mediação nos sistemas públicos não eram coincidentes (LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso, p.19). O revogado artigo 35 da Lei n.º 78/2001 (Julgados de Paz) estabelecia que:

Da mediação e funções do mediador: 1 - A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.

Depreende-se que a mediação era conceituada como um método alternativo de resolução de litígios e como uma forma de autocomposição.

A Mediação Penal, por sua vez, era definida no artigo 4º da Lei n.º 21/2007 que a definia como:

1 - A mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.

Nota-se que no conceito da Lei n.º 21/2007 mantém-se a ideia da mediação como uma forma alternativa à resolução jurisdicional e como um método de autocomposição. Contudo, o

³ Artigo 2.º - Definições. Para efeitos do disposto na presente Lei, entende-se por: a) Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos; b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.

artigo afirma que o mediador tem um papel ativo, não coincidindo assim com a definição do mediador na Lei dos Julgados de Paz⁴.

Num primeiro momento o trabalho não analisará essa diferença, haja vista que o objetivo aqui é primeiro conceituar mediação. De qualquer forma essa diferença fica afastada com a opção do legislador português de definir a noção geral da mediação na Lei n. 29/2013.

A doutrina portuguesa também define o conceito de mediação. Mariana França Gouveia, por exemplo, afirma que o dispositivo legal português foi inspirado na diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. A diretiva afirma que a definição de mediação é a seguinte (artigo 3º):

Processo estruturado, independente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre resolução de seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

A autora portuguesa chama atenção ao fato de que as definições são diferentes, mas não no seu essencial. Ela afirma que embora a mediação seja um processo flexível ela ainda sim é um processo estruturado, ou seja, obedece a certas regras. Ela afirma que a mediação não é uma simples reunião das partes com um terceiro, pois se trata de um processo preparado, fundamentado (GOUVEIA, p.48)⁵.

A partir do termo “voluntariedade” presente no dispositivo da diretiva, Mariana França Gouveia afirma que o essencial da definição é o pleno domínio do processo pelas partes (empowerment). Segundo esse *empowerment* a mediação se fundamenta na ideia de que as partes são as donas do litígio, ou seja, é nelas que reside a solução do problema (GOUVEIA, p.48)⁶. No mesmo sentido Jorge Morais de Carvalho informa que o aspecto essencial que distingue a mediação é o fato de o mediador não deter poderes de autoridade, já que a mediação é de domínio das partes (CARVALHO, Jorge Morais, p.278).

Os autores demonstram que a essência do instituto é a ideia de que se trata de uma forma de autocomposição, afinal cabe as partes (e somente a elas) a solução adequada e justa do litígio. É necessário salientar que para chegar a essa conclusão os autores tecem diversos comentários relativos à voluntariedade na procura do acordo, a responsabilidade das partes

⁴ Posteriormente o trabalho fará uma análise do mediador.

⁵ Logo na definição do conceito de mediação fica claro que trata-se de um procedimento flexível, mas nem por isso um procedimento sem qualquer tipo de estrutura. Tanto é assim que esse artigo apresentará posteriormente a estrutura desse processo nos sistemas brasileiros e portugueses.

⁶ Mariana França Gouveia explicita que o autor Jorge Morais de Carvalho disciplina a matéria no mesmo sentido na obra “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, 2011, p.278.

pela decisão e a atuação do mediador. Contudo, como num primeiro momento o objetivo é somente definir o conceito de mediação basta informar que a autora parte da ideia de uma forma de autocomposição alternativa as formas tradicionais de solução de conflitos.

2.2 Mediação no sistema brasileiro:

A legislação brasileira sobre mediação (diferentemente da portuguesa) não faz qualquer menção a definição do instituto. As leis que regulamentam o assunto no Brasil são a Lei brasileira de mediação (Lei nº. 13.140/2015) e o Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015). Essas legislações traçam diversos pontos sobre a mediação sem, contudo, lhes definir. Sendo assim, coube a doutrina construir o conceito de mediação.

Fredie Didier Junior define a mediação como uma técnica de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contenedores e tenta conduzi-los a uma solução autocomposta (DIDIER JR., p.106).

João Roberto da Silva, por sua vez, afirma que a mediação é uma técnica de solução de conflitos não adversarial que, sem imposições, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem (SILVA, p.13).

Há ainda diversas definições doutrinárias em documentos produzidos pelo próprio Judiciário brasileiro e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Tal fato se deve ao claro incentivo as formas alternativas de resolução de conflito seja por mudanças legislativas ou mesmo por instituição dessas formas em diversos órgãos estatais e privados.

O Conselho Nacional de Justiça que é um órgão do Poder Judiciário brasileiro com função de fiscalização da atuação administrativa e financeira do Judiciário, ou seja, sem funções jurisdicionais. Nos dizeres de Bernardo Gonçalves Fernandes trata-se de um órgão que mesmo incluído no rol dos órgãos do Judiciário tem somente funções administrativas (FERNANDES, p. 913).

O CNJ em sua atuação administrativa efetivou grupos de pesquisa para levantar orientações incentivando a resolução alternativa de conflitos. Na Cartilha definiu-se a mediação como sendo um processo autocompositivo em que as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira pessoa para se chegar a uma composição (AZEVEDO, p.20).

A Ordem dos Advogados do Brasil seção Minas Gerais⁷ fez uma cartilha sobre a mediação de conflitos e conceituou a mediação como sendo um procedimento não adversarial

⁷ O Brasil, diferentemente de Portugal, é uma federação. Assim, em sua divisão interna preserva-se a independência e autonomia de seus entes (União, Estado e Municípios). Neste sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil possui seções em cada um desses entes. A OAB Federal que abrange todo o território nacional não confeccionou nenhum documento sobre mediação, mas a seção do Estado de Minas Gerais o fez. No presente trabalho optamos por utilizar a cartilha da OAB/MG diante da inexistência de um documento federal.

em que um terceiro facilita a comunicação entre os conflitantes no intuito de que eles próprios resolvam o impasse de maneira consciente e voluntária (OAB/MG, p.5).

Nota-se que na definição doutrinária brasileira tem-se a mediação como uma forma de autocomposição alternativa a resolução de conflitos jurisdicional.

Fica claro pela comparação da legislação e da doutrina de ambos os países que os institutos se equivalem conceitualmente sendo possível avançarmos na análise comparativa desses institutos no sistema português e brasileiro.

3. PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO: Portugal x Brasil

A Lei portuguesa traz em seus artigos 3º ao 9º os princípios que se aplicam a mediação: voluntariedade; confidencialidade; igualdade; imparcialidade; independência; competência e responsabilidade; e executoriedade. A Lei brasileira, por sua vez, traz os seguintes princípios: imparcialidade; isonomia; oralidade; informalidade; autonomia de vontade; busca de consenso; confidencialidade e boa-fé⁸.

Nota-se que em ambas as Leis o conceito de mediação e os princípios que informam essa forma de solução de conflitos são similares. Este trabalho irá analisar alguns destes princípios comparativamente.

3.1 Autonomia de vontade ou Voluntariedade:

A autonomia de vontade é o âmago da mediação. Só se pode falar num meio em que os próprios conflitantes solucionam o conflito se ambos livremente escolhem essa decisão. Deve se levar em consideração que a autonomia de vontade está direcionada a escolha dos participantes por esse meio de solução de conflitos e, principalmente, a decisão do conflito.

Os participantes optam livremente pela mediação em detrimento de outros meios de solução de conflitos, como a arbitragem e a jurisdição, por exemplo. Isso quer dizer que eles não são obrigados a mediar.

Contudo, um aspecto importante está na decisão da mediação. Diferentemente do que ocorre nas formas de heterocomposição, na mediação são os próprios conflitantes quem decidem o conflito. Nas formas de heterocomposição é um terceiro imparcial que decide a lide, ele impõe a sua vontade a vontade das partes. Na mediação o terceiro imparcial não impõe qualquer decisão, são as próprias partes que de forma livre e autônoma (voluntária) quem decidem o conflito.

⁸ Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

A Lei de mediação portuguesa trata tão somente do primeiro aspecto definindo a voluntariedade como a possibilidade das partes escolherem a mediação e a qualquer momento revogar seu consentimento⁹.

A Lei brasileira, por sua vez, deixa a tarefa da definição do princípio a doutrina e jurisprudência, mas reitera em vários dispositivos que as partes é quem escolhem livremente pela mediação e que podem sair a qualquer momento do processo de mediação.

A voluntariedade ou autonomia se ligam diretamente a ideia de liberdade. A escolha da mediação em detrimento do monopólio estatal da jurisdição é um ato de vontade do indivíduo. Esse ato de vontade é justamente uma consequência da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana traduz uma ideia de que o indivíduo deve tomar as escolhas que afetam a sua vida e essa escolha pela mediação concretiza justamente essa ideia, afinal, se o conflito só atinge a esse indivíduo a sua solução também só atingirá a ele, nada mais lógico do que ele mesmo o resolva.

3.2 Igualdade ou isonomia:

A igualdade também está intrinsecamente ligada à ideia de mediação. Se na mediação são os próprios conflitantes quem resolvem o conflito, pressupõe-se que ambos sejam tratados de forma igualitária.

Esse princípio está direcionado principalmente ao mediador. O mediador é um indivíduo especializado tecnicamente que irá atuar como um facilitador da comunicação entre as partes. O manual de mediação em conflitos para advogados da Escola Nacional de Arbitragem e Mediação, coadunando com essa afirmação, diz que a função primordial do mediador é justamente a de facilitar e restaurar o diálogo entre as partes (ENAM, p.60).

A Lei de mediação portuguesa disciplina o assunto em seu artigo 6^o¹⁰ afirmando que o mediador é um terceiro imparcial (já que não tem interesse no litígio) e que ele deve tratar as partes de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação.

⁹ Artigo 4.º - Princípio da voluntariedade

1 - O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento.

2 - Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento.

3 - A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.

¹⁰ Artigo 6.º - Princípio da igualdade e da imparcialidade

1 - As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo.

A doutrina portuguesa, por sua vez, afirma que a igualdade e a imparcialidade se dirigem ao mediador. O mediador deve ser imparcial, ou seja, deve se manter equidistante das partes mediadas e deve tratá-las de forma igual, ou seja, não pode se aliar a uma delas (LOPES, p.47).

Cátia Marques Cebola analisa esse princípio explicitando que a igualdade traduz a ideia de que: I) todas as partes tem direito a todas informações relativas à mediação; II) todas as partes tem o direito de exprimir livremente os seus pontos de vista e opiniões; III) todas as partes tem direito a ser assessoradas por advogado; IV) e o mediador deve dar por concluída a mediação sempre que considere que o desequilíbrio de poder entre as partes é insuperável (CEBOLA, p. 190).

A Lei brasileira também traz em seu artigo 2º a previsão da isonomia entre as partes, contudo, deixa a doutrina a explicação do princípio. As cartilhas de mediação do Conselho Nacional de Justiça e da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG demonstram que, da mesma forma que na Lei portuguesa, a ideia de igualdade aqui é o tratamento com equidade entre as partes. O mediador deve então dar igual oportunidade para as partes durante o procedimento de mediação.

É possível, ainda, utilizar a explicação doutrinária do princípio da isonomia na atuação jurisdicional para elucidar melhor como funciona a igualdade no procedimento de mediação. A isonomia¹¹ é enunciada como um direito e garantia fundamental no artigo 5º, *caput*¹² da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e depois é reescrita sob a ótica processual no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 em seu artigo 139, I¹³. A ideia da igualdade no ordenamento jurídico processual brasileiro é a mesma do português, ou seja, o da exigência de um tratamento igualitário entre as partes.

¹¹ É necessário salientar que parte da doutrina brasileira faz uma diferenciação entre igualdade e isonomia. A igualdade é tida como gênero que comporta diversos tipos de igualdade e isonomia. A igualdade aqui segue o conceito do dicionário de Abbagnano sendo: “IGUALDADE (Gr. Ισότης; lat. *Aequalitas*; in. *Equality*; fr. *Égalité*; ai, *Gleichheit*; it. *Ègualianza*). Relação entre dois *termos*, em que um pode substituir o outro. Geralmente, dois termos são considerados iguais quando podem ser substituídos um pelo outro no mesmo contexto, sem que mude o valor do contexto. Esse significado foi estabelecido por Leibniz (*Op.*, ed. Gerhardt, VII, p.228), mas Aristóteles limitava o significado dessa palavra ao âmbito da categoria de quantidade, e que dizia eram iguais as coisas “que têm em comum a quantidade (*Met.*, IV, 15, 1021 a 11)” (ABBAGNANO: 2007, p. 534)”. Já o conceito de isonomia é a igualdade ligado ao conceito de legalidade (LORENTZ: 2006, p. 28-29). A igualdade seria gênero que comportaria a isonomia (sendo a isonomia ligada à ideia de igualdade formal do Estado Liberal).

¹² Artigo 5º: Todos são iguais perante a Lei.

¹³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; É necessário observar que o CPC/20154 ainda não está em vigor. O artigo no CPC/2015 reproduz o artigo 125, I do CPC/1973 (que está em vigor no momento até a entrada em vigor do CPC/2015 no ano de 2016).

A igualdade na ótica processual brasileira se fundamenta nos princípios do devido processo legal e do contraditório. De forma resumida a ideia é que só há devido processo legal se as partes forem tratadas de forma equitativa e só há contraditório se as partes tiverem igual oportunidade de manifestação no processo¹⁴.

Na mediação as partes também devem receber esse tratamento igualitário. Logo, o mediador deve tratá-las com equidade. Na condução do procedimento de mediação o mediador deve demonstrar que as partes tem a mesma oportunidade de manifestação, que são tratadas iguais.

É necessário salientar que a aplicação da negociação dos méritos (ou baseada em princípios) de Roger Fisher estabelece justamente uma separação das pessoas dos problemas e nesse processo utiliza-se da igualdade o tempo todo, afinal, nessa separação as partes serão tratadas de forma igual.

Cabe ainda fazer outra digressão relacionando a igualdade na mediação ao conceito de dignidade da pessoa humana enunciada nesse artigo. A dignidade da pessoa humana está ligada a igualdade e a liberdade. Pressupõe-se que só se pode falar em dignidade da pessoa humana quando o indivíduo pode livremente escolher o seu plano de vida, mas, para isso, é necessário que todos os indivíduos tenham igualmente garantidos os seus direitos e garantias fundamentais. Logo, a liberdade e a igualdade têm que ser atingidas conjuntamente para possibilitar a dignidade da pessoa humana.

Pode-se depreender que a mediação, que é baseada na autonomia da vontade (na liberdade) traduz uma ideia de que os indivíduos como seres livres que o são escolhem voluntariamente chegar a uma decisão com a facilitação de um mediador. E essa solução só pode ser alcançada pelos conflitantes se o mediador utiliza de suas técnicas garantindo um tratamento igualitário entre os conflitantes. Logo, a mediação é uma técnica de solução de conflitos que se fundamenta justamente nos princípios da liberdade e da igualdade.

3.3 Imparcialidade:

A imparcialidade é uma exigência inerente à ideia de resolução de conflitos por meio da jurisdição. Na jurisdição o estado-juiz deve ser um terceiro imparcial que irá decidir o conflito impondo sua decisão às partes. Da mesma forma, na mediação de conflitos o mediador deve ser um sujeito imparcial, mesmo que não seja ele o responsável pela solução da lide.

¹⁴ As partes devem ter direito de informação, de manifestação e de influência no órgão jurisdicional. Essa é uma leitura retirada do entendimento doutrinário das obras de Humberto Theodoro Junior (pag.47 a 54; 86 a 89; 95 a 97) e Fredie Didier Junior (p. 45 a 61; p. 69 a 70).

A lei da mediação brasileira traz expressamente em seu artigo 1º, inciso I (Lei 13.140/16) que a mediação será orientada pela imparcialidade, contudo não traz a explicação do princípio da imparcialidade, já que este decorre da própria lógica da ideia de jurisdição. Sendo assim, coube à doutrina explicitar o tema. Fredie Didier Jr, por exemplo, explica a imparcialidade quando explica o papel da jurisdição na solução de conflitos. O autor afirma que a imparcialidade é da essência da atividade jurisdicional, posto que ela deve ser exercida por um terceiro estranho ao conflito (terceiro no aspecto objetivo) e desinteressado (imparcial no aspecto subjetivo) (DIDIER JR, p.97). Assim, a jurisdição é imparcial quando quem decide é alguém distinto dos conflitantes e que atua de tal forma a não se beneficiar ou prejudicar pelo objeto da lide. No mesmo sentido Humberto Theodoro Junior explica que a jurisdição deve ser imparcial, ou seja, a jurisdição é uma atividade desinteressada do conflito. O órgão jurisdicional deve agir como terceiro equidistante dos interessados (THEODORO JR., p111 – 113).

Ainda sobre o tema Fredie Didier Júnior demonstra a diferença entre imparcialidade e neutralidade. Ele afirma que a neutralidade é um mito, já que parte do pressuposto de que o juiz é um ser desprovido de vontade inconsciente. Ele conclui que ninguém é neutro, afinal todos têm preferências, traumas, medos e experiências (DIDIER, JR., p.97). Sendo assim, exige-se do juiz a imparcialidade e não a neutralidade e para tal o juiz deverá ser um terceiro desinteressado tratando as partes com igualdade e garantindo o contraditório.

Nota-se que a definição de imparcialidade se dirige a jurisdição, contudo, é possível utilizar esse mesmo conceito para a mediação já que a imparcialidade na autocomposição possui a mesma lógica. O mediador não soluciona o conflito como o órgão jurisdicional, mas, ele irá atuar como um terceiro ao conflito da mesma forma que o órgão jurisdicional. Além disso, ele não pode possuir um interesse no conflito, já que irá atuar a fim de mediar à solução do mesmo.

Nesse sentido, a doutrina brasileira optou por confeccionar um código de ética dos mediadores por meio de um ato administrativo, a Resolução 125/21010 do Conselho Nacional de Justiça. O artigo 1º, §3º¹⁵ afirma que o mediador deve agir sem qualquer favoritismo, preferência ou preconceito. O dispositivo (que não contém um capítulo específico sobre os impedimentos do mediador) afirma que ele deverá atuar de tal forma que valores ou conceitos

¹⁵ Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes. §3º. 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;

personais não interfiram na mediação e sem aceitar qualquer espécie de favor ou presente. Nota-se que essa atuação desinteressada coaduna exatamente com a definição doutrinária de imparcialidade para a jurisdição.

Sendo assim, a imparcialidade no ordenamento jurídico brasileiro pressupõe (da mesma forma que ocorre na jurisdição) uma atuação isenta de interesse no conflito, ou seja, o mediador não pode ser atingido (se beneficiar ou prejudicar) pelo objeto da contenda.

A lei portuguesa, por sua vez, prevê no item 2 do artigo 6^o¹⁶ que o mediador deve ser parte desinteressada no litígio, devendo agir sempre com imparcialidade durante o desenvolvimento do procedimento.

Dulce Lopes e Afonso Patrão informam que a exigência de imparcialidade sempre existiu com relação à mediação pública tanto que estava prevista nos julgados de Paz (art. 17^o, item 5 da Portaria 1112/05/2005)¹⁷. Contudo, os autores ressaltam que o problema era a falta de previsão da imparcialidade a mediação privada. Segundo os autores a falta de previsão específica de um código sobre as funções do mediador privado determinavam a existência de imparcialidade somente no momento em que os conflitantes escolhessem o mediador, mas que durante o procedimento não existia nenhuma obrigação legal que determinasse uma conduta imparcial ou equidistante (LOPES, p.47-48).

Os autores afirmam que essa falta de previsão legal foi corrigida com a adoção da lei n^o. 29/2013 já que há agora um regime geral de mediação (LOPES, p.12-13). Ana Soares e Marta Samúdio Lima afirmam que esse problema foi solucionado, primeiramente, com a adoção do Código Europeu de Conduta dos Mediadores¹⁸ e, posteriormente, com a previsão expressa de aplicação deste código pela alínea “k” do artigo 26 da lei da mediação (COSTA, p. 195).

Interessante perceber que, ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, há no sistema português algumas normas comportamentais que derivam dessa imparcialidade. O dever de atuação imparcial exige que o mediador atue sem vínculo pessoal ou profissional com uma das partes, sem interesse financeiro e ou impede que ele atue como mediador se já tiver prestado algum serviço a uma das partes¹⁹.

¹⁶ Artigo 6.º - Princípio da igualdade e da imparcialidade

2 - O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação.

¹⁷ Artigo 17.º Impedimentos: 5 - O mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, deixe de ver assegurada a sua independência, imparcialidade e isenção deve interromper o procedimento de mediação e requerer ao serviço de atendimento a sua substituição.

¹⁸ Ver: <www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de>

¹⁹ 2. INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE - 2.1. Independência e neutralidade: O mediador deve declarar-se impedido de iniciar ou prosseguir uma mediação caso detete qualquer circunstância que possa, ou que preveja

Cátia Cebola afirma que o mediador tem que atuar com imparcialidade. Ela afirma que essa imparcialidade foi importada do *disclosure* da arbitragem e é um dever que perdura durante todo o processo. A autora entende que há uma obrigação de isenção que se liga a neutralidade e a imparcialidade. Ela explica que a neutralidade, de difícil alcance, se define como sendo a independência face a valores pessoais e a imparcialidade seria a independência em relação a relações pessoais ou interesses financeiros. Cabe observar que a autora ressalta que essa imparcialidade é particularmente difícil de ser alcançada na mediação penal, tanto que o artigo 10º da lei de mediação penal permite que o mediador recuse ou interrompa a mediação quando não consegue suplantar seus pré-conceitos (CEBOLA, p.61-62).

Conclui-se que ambos os ordenamentos trazem a previsão da imparcialidade ao mediador, mesmo que exista uma diferença conceitual da amplitude dessa imparcialidade (diferença entre neutralidade e imparcialidade). A ideia geral é que o mediador na sua atuação como facilitador do conflito deve ser uma terceira pessoa e não deve ter qualquer interesse naquele conflito, ou seja, deve atuar com desinteresse.

3.4 Independência:

O princípio da independência não é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, logo inicialmente será trabalhado no sistema português.

A lei de mediação portuguesa prevê em seu artigo 7º o princípio da independência²⁰. Esse princípio traduz a independência como um pressuposto e um dever do mediador. O dispositivo afirma que o mediador deve agir com independência pautando pela atuação livre de qualquer pressão, seja de seus interesses ou de terceiros. É possível afirmar ainda que esse dever traça uma possibilidade de responsabilização do mediador, já que como a sua atuação é independente ele deverá ser responsabilizados por todos os seus atos. Assim, o mediador não depende de outros profissionais para atuar, mas, também responde sozinho por sua atuação.

Dulce Lopes e Afonso Padrão informam que esse princípio não deve ser confundido com a igualdade e a imparcialidade. Os autores informam que esses princípios visam uma

que possa, afetar a sua independência, ou em caso de existir algum conflito de interesses. O dever de declarar o seu impedimento mantém-se ao longo de todo o processo. Estas circunstâncias incluem: Uma relação pessoal ou profissional com uma das partes; Um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação, ou; Um mediador, ou um elemento do seu organismo, ter prestado serviços, que não de mediação, a uma das partes. Nestes casos, o mediador apenas deve aceitar a mediação, ou prosseguir-la, se tiver a certeza de estar em condições para a conduzir com total independência e neutralidade, com vista a assegurar a total imparcialidade e se as partes expressamente o consentirem.

²⁰ Artigo 7.º - Princípio da independência: 1 - O mediador de conflitos tem o dever de salvaguardar a independência inerente à sua função. 2 - O mediador de conflitos deve pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas. 3 - O mediador de conflitos é responsável pelos seus atos e não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses mesmos sistemas.

equidistância do mediador para com as partes, o litígio e o objeto da disputa. Já a independência visa o livre e descomprometido exercício da função do mediador. Os autores afirmam que esse princípio se desdobra em duas dimensões: insubordinação e emancipação. Na primeira, a ideia é que o mediador por ser independente não se submete a uma pessoa (e as partes) ou a uma instituição (pública ou privada). Essa insubordinação se alia a responsabilidade do mediador por seus atos. Na segunda, a independência pressupõe uma emancipação do mediador, ou seja, ele deve deixar de lado seus interesses próprios ou o de terceiros. Com relação a segunda os autores exemplificam afirmando que caso o mediador pessoalmente acredite que o exercício da responsabilidade parental deve privilegiar o convívio com a mãe ele só poderá aceitar a função de mediador se conseguir se libertar dessa convicção íntima. Para eles essa dimensão se realiza na neutralidade (LOPES, p.49-50).

Em sentido contrário, Pedro Morais Martins afirma que essa neutralidade é impossível de ser alcançada em concreto, afinal uma pessoa não consegue se desvincular de seus valores, não sendo desejável “robotizar” a atuação do mediador (MARTINS, p. 133).

Considerando que o sistema brasileiro de mediação não prevê esse princípio cabe aqui fazer algumas ressalvas. A primeira delas é que teóricos já citados (como Fredie Didier no item 2.4), entendem que a neutralidade não pode ser alcançada em concreto, já que não é possível que um indivíduo seja neutro. A ideia é que ninguém é uma “folha de papel em branco”. Todos nascem em um determinado contexto social, numa cultura e tem ideologias e convicções. Nesse sentido a doutrina brasileira se preocupa somente com a imparcialidade e assim traz instrumentos para garantir o desinteresse do juiz. O CPC/15 brasileiro traz as situações em que o juiz é impedido de atuar ou é suspeito de atuar na lide. Nessas hipóteses ele será afastado do conflito e outro juiz assumirá a competência daquela causa. Utilizando esse entendimento pressupõe-se que a mesma ideia será reproduzida na mediação, ou seja, o mediador atuará de forma técnica como facilitador da resolução do conflito pelos próprios conflitantes devendo se manter equidistante. Logo, o sistema consagra a imparcialidade como suficiente para balizar a atuação do mediador.

Cabe ressaltar que como o mediador é somente um facilitador, ou seja, não soluciona o conflito, não há necessidade de preocupações com sua atuação independente, afinal ele não instiga ou induz a solução, mas tão somente age a fim de possibilitar o conflito.

É possível chegar a essa conclusão também pela leitura da doutrina portuguesa. Cátia Cebola, por exemplo, informa que o mediador é um profissional treinado na aplicação de técnicas que privilegiem o restabelecimento da comunicação entre as partes. O mediador não

negocia com as partes, mas tão somente conduz a negociação que elas mesmas fazem (CEBOLA, p. 56-57).

Sendo assim, é possível concluir que como o papel do mediador é tão somente facilitar a comunicação (com técnicas para tal) e conduzir o processo de mediação não há que se preocupar com a sua atuação independente, afinal ele não soluciona o conflito ou mesmo induz a uma solução²¹.

3.5 Confidencialidade:

A mediação é um procedimento amparado pela confidencialidade em contraposição à publicidade imposta a jurisdição. Interessante perceber que a transparência na jurisdição é uma decorrência lógica da própria ideia de democracia, afinal, com a publicidade é possível controlar a atuação jurisdicional. Já na mediação a confidencialidade é uma proteção ao procedimento e uma imposição ao mediador a fim de garantir os resultados e a liberdade dos conflitantes em não ter seu conflito revelado.

No Brasil, há previsão desse princípio no artigo 2º, VII da lei de mediação, contudo, diferentemente do que fez nos demais princípios o legislador detalhou a confidencialidade. O artigo 30 afirma que qualquer informação será confidencial em relação à terceiros não podendo ser revelada em processo jurisdicional ou arbitral. Contudo, o dispositivo afirma que excepcionalmente que às partes podem decidir pelo afastamento desta regra e que a lei pode dispor de forma diversa.

O §1º do artigo 30 estende o dever de confidencialidade a todos os envolvidos no processo de mediação listando o mediador, as partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e a quaisquer outras pessoas que tenham participado (direta ou indiretamente) do procedimento de mediação. O dispositivo se preocupou ainda em trazer um rol exemplificativo de condutas que estão preservadas pela confidencialidade como: declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; e, documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. Com esta disposição o legislador protegeu o processo de mediação, já que a confidencialidade

²¹ Necessário ressaltar que apesar dessas conclusões o objeto da pesquisa não é somente realizar um estudo analítico, descritivo e comparativo entre os sistemas brasileiro e português. Logo, não o trabalho não aprofundará nessa questão.

está no âmago desta forma de solução de conflitos. Evitou-se assim qualquer discussão jurisdicional sobre quais atos estariam ou não abrangidos pela confidencialidade. Cabe ressaltar que o §3º deste artigo excepcionou a confidencialidade àqueles crimes de ação penal pública, ou seja, que tenham interesse público e não meramente privado.

Interessante notar que a preocupação do legislador com a preservação da confidencialidade foi tão grande que ele dispôs no artigo 31 que o mediador está proibido de revelar informações prestadas por uma das partes em sessão privada. Esta previsão legal favorece o processo de mediação já que encoraja as partes à comunicação, a revelação de todos os fatos necessários a solução do conflito.

O código de ética do mediador também disciplina este assunto no §1º do artigo 1º. O dispositivo afirma que o mediador deve preservar as informações obtidas durante o procedimento, mas excepciona este sigilo em caso de permissão das partes ou de violação à lei. O dispositivo traz ainda o impedimento do mediador atuar como testemunha ou advogado dos conflitantes em qualquer hipótese repetindo a disposição dos artigos 6º e 7º da lei de mediação.

A confidencialidade é uma decorrência lógica da própria mediação. Afinal, se esta forma alternativa de resolução de conflitos se fundamenta na liberdade das partes, por esta mesma autonomia se permite as partes decidir sobre a confidencialidade ou não do procedimento de mediação. Sendo assim, a confidencialidade da mediação surge como uma proteção a liberdade das partes. Logo o mediador e demais envolvidos no procedimento não poderão dar publicidade sem autorização dos envolvidos.

Cabe ressaltar que o Código de Ética, bem como a lei de mediação, traz a vedação do mediador em atuar como advogado dos envolvidos. Contudo, essa vedação decorre da imparcialidade e não da confidencialidade, já que o advogado tem interesse na lide (interesse em defender o seu cliente), portanto, é parte interessada e não desinteressada como exige a imparcialidade.

O manual de mediação judicial explica que a eficiência do mediador está relacionada a confiança que as partes depositam nele e à segurança de que alguns pontos debatidos não poderão ser discutidos judicialmente. O documento ressalta que o mediador não tem poder

coercitivo, logo, depende da melhora da comunicação entre os conflitantes (uma verdadeira construção de confiança) (CNJ, p.246).

O sistema português prevê a confidencialidade no artigo 5º da lei de mediação. O dispositivo informa que o processo de mediação é confidencial, ou seja, todos os atos, informações e comunicação entre as partes e entre elas e o mediador estão amparadas pelo sigilo. Nota-se claramente que a legislação portuguesa se preocupou em proteger o sigilo do processo de mediação e o do mediador.

Dulce Lopes e Afonso Patrão afirmam que este princípio deve ser visto sob duas óticas: o sigilo do mediador e a impossibilidade de valoração do conteúdo da mediação nas vias judiciais. As autoras afirmam que há uma dimensão externa e uma interna. Na externa o mediador não pode utilizar fora do processo de mediação qualquer informação obtida dentro dele (independentemente da finalidade). No aspecto interno o mediador não pode transmitir às informações que obteve a título confidencial de uma parte a outra parte. As autoras concluem que a confidencialidade voltada ao mediador é um verdadeiro segredo profissional necessário a assegurar o sucesso da função e da manutenção da confiança das partes ao processo. Na segunda ótica as autoras afirmam que todo o processo está abrangido pela confidencialidade, logo, o mediador e os mediados devem guardar sigilo sendo impossível utilizar as manifestações e/ou confissões em uma demanda judicial. Elas informam que esta dimensão serve para proteger o sucesso do procedimento, afinal as partes não negociariam abertamente se soubessem que as informações poderiam ser utilizadas judicialmente. Além disso, elas ressaltam que alguns indivíduos optam pela mediação para que o conflito não seja levado a público (LOPES; PATRÃO; p.39-41).

Mariana França Gouveia trabalha a confidencialidade voltada ao mediador. Ela afirma que o mediador não pode revelar o que se passou na mediação permitindo assim que às partes fiquem à vontade, com tranquilidade e sem medo de desagradar o mediador facilitando a solução do conflito. Ela explica que a adoção da confidencialidade é essencial à plena confiança das partes no processo, já que se as partes souberem que o mediador pode revelar o que ali foi dito posteriormente elas teriam uma postura completamente diferente colocando em risco a utilização da mediação como método de resolução de litígios (GOUVEIA, p. 98).

Já Ana Filipa Machado da Costa trabalha as duas dimensões da confidencialidade. Ela diz que o princípio da confidencialidade traduz uma ideia de que o procedimento da mediação

deve ocorrer sem publicidade e que o mediador de conflitos deverá manter sob sigilo todas as informações que conhecer durante o procedimento. A autora faz uma diferenciação entre confidencialidade e sigilo. A confidencialidade se voltaria ao processo de mediação e o sigilo se voltaria aos profissionais envolvidos neste processo. Na voltada ao processo de mediação o objetivo é criar um ambiente de confiança entre os envolvidos, promovendo os documentos, declarações e demais informações necessárias a solução do conflito. A ideia é proteger o conteúdo da mediação com a finalidade de solucionar o conflito. Necessário ressaltar que ela permanece mesmo que a mediação se mostre infrutífera. Ela é necessária justamente porque em uma mediação busca-se principalmente facilitar à comunicação, assim, a confidencialidade favorece este objetivo. A autora portuguesa salienta ainda que a confidencialidade do processo de mediação evita que um dos conflitantes utilize da mediação como forma de obter informações para, posteriormente, utilizá-las em um processo jurisdicional. Já o sigilo visa manter a confidencialidade voltada para os profissionais que fazem parte do processo de mediação. Este princípio estabelece, por exemplo, a proibição do mediador de servir como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa que esteja de alguma forma relacionada com o procedimento de mediação. Esta proibição está prevista na própria lei em seu artigo 28. A autora portuguesa afirma que esta proibição é uma consequência do dever de sigilo (COSTA, p.26-27, p.43-44).

Ana Filipa Camacho da Costa afirma que o sigilo procura delimitar a relação entre o profissional e o sujeito que recorre aos seus serviços, afinal trata-se de uma relação que exige certo grau de confiança e de abertura. As partes disponibilizam diversas informações essenciais ao profissional para a solução do conflito. Sendo assim, os profissionais envolvidos no procedimento de mediação passam a ter o dever de sigilo, ou seja, de não revelar informações sobre o processo de mediação. Ela conclui que a confidencialidade e o sigilo têm alguns objetivos comuns, mas que também possuem traços distintivos. O sigilo é um elemento essencial da relação entre um profissional e seu cliente, tanto que abrange qualquer forma de solução de conflito (mediação, jurisdição, arbitragem, etc). Já a confidencialidade é uma característica específica do processo de mediação de conflitos com o intuito de facilitar a solução do litígio (COSTA, p.44 - 45).

A legislação e a doutrina brasileira de uma forma geral não discutem os traços distintivos e comuns da confidencialidade e do sigilo no processo de mediação, mas, o manual de mediação do CNJ diz que apesar de não existir nenhum dispositivo específico que trate

sobre o assunto nada impede a utilização do artigo 154 do Código Penal que trata da violação ao segredo profissional e do artigo 229, I do Código Civil que estabelece que ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato a cujo respeito por profissão deva guardar segredo. Ou seja, é possível afirmar que mesmo sem dispositivo específico o segredo profissional do mediador está protegido (CNJ, p.246).

Conclui-se que a confidencialidade é tratada da mesma forma no sistema brasileiro e no sistema português. Contudo, o sistema brasileiro pode utilizar a discussão da confidencialidade e do sigilo profissional de todos os envolvidos no processo de mediação da doutrina portuguesa a fim de proteger ainda mais a confidencialidade da mediação beneficiando assim esta forma de solução de disputas. Cabe afirmar ainda que em ambos os sistemas fica claro a necessidade de proteção a confidencialidade para o sucesso do processo de mediação, logo, a discussão de formas de proteção a atuação das partes envolvidas é necessária.

4. CONCLUSÃO:

Depreende-se que o instituto da mediação de conflitos do sistema português é similar ao brasileiro. Ambos os sistemas optam pela mesma conceituação desta forma de solução de conflitos. O sistema português afirma que o conceito de mediação de conflitos possui os seguintes elementos: 1) forma alternativa de resolução de conflitos (alternativa à jurisdição); 2) pleno domínio das partes, afinal são as partes quem decidem (empowerment); 3) liberdade das partes de escolher, permanecer ou abandonar o processo; 4) igualdade das partes e do mediador; 5) processo estruturado, mesmo que flexível. Assim, pode-se afirmar que a mediação de conflitos é uma forma alternativa de resolução de litígios em que as partes têm pleno domínio sobre o processo e para decidir o conflito são auxiliadas por um mediador. Já o sistema brasileiro traz definição enfocando os seguintes temas: 1) forma de solução de conflitos; 2) autonomia, na escolha do mediador e do processo de mediação; 3) técnica não adversarial; 4) mediador atua como facilitador da comunicação; 5) partes decidem o conflito (autocomposição). Ou seja, a mediação de conflitos é uma forma alternativa de solução conflitos escolhida autonomamente pelas partes em que o mediador atua como facilitador da comunicação para que as partes decidam o conflito de forma não adversarial.

Constata-se que o conceito de mediação é idêntico nos sistemas analisados. Em ambos dá-se ênfase a ideia da mediação como uma forma alternativa de solução de conflitos, sempre

tendo como parâmetro o monopólio jurisdicional. Fica claro ainda que a mediação se trata de uma forma de autocomposição, ou seja, a decisão do litígio cabe única e exclusivamente aos conflitantes. Neste aspecto o sistema português se preocupou em deixar claro o pleno domínio das partes, explicitando o tema em detalhes. O brasileiro, por sua vez, integra esse empoderamento (*empowerment*) sem se preocupar em explicá-lo. Os dois sistemas se preocuparam em estabelecer o papel do mediador, reconhecendo sempre o seu papel técnico em facilitar a comunicação sem nunca decidir. Por fim, ambos se preocuparam em anunciar a informalidade do processo de mediação, salientando sua flexibilidade, mas, salientando que existem requisitos mínimos.

Relativamente aos princípios pode-se afirmar que também há uma equivalência entre os sistemas pesquisados. Contudo, a legislação em alguns momentos tratou os princípios com nomenclaturas diferentes e/ou não os trouxe explicitamente. Os princípios do sistema português pesquisados foram: 1) Voluntariedade ou autonomia; 2) Igualdade; 3) Imparcialidade; 4) Independência; e, 5) Confidencialidade. Já os do sistema brasileiro foram: 1) Autonomia; 2) Igualdade; 3) Imparcialidade; e, 4) Confidencialidade.

Sobre o princípio da voluntariedade ou autonomia de vontade os dois sistemas são similares. Em ambos a autonomia é analisada sobre as dimensões da liberdade de escolha, liberdade de abandono e liberdade de decisão. Contudo, a análise comparativa dos dois sistemas evidencia que alguns aspectos podem ser discutidos nos dois países. O Brasil pode se aproveitar, por exemplo, do debate sobre a (im)possibilidade da obrigatoriedade de uma mediação prévia ao processo jurisdicional e Portugal da autonomia voltada ao mediador.

O princípio da igualdade é tratado, basicamente, da mesma forma nos dois ordenamentos. Em ambos a igualdade informa uma obrigação de tratamento equânime das partes no processo de mediação que pode ser traduzida nas seguintes dimensões: informação às partes sobre o processo; igualdade de comunicação das partes; igualdade de poder entre as partes (o mediador se obriga a garantir este equilíbrio de poder); igualdade de tratamento pelo mediador. Nota-se que nos dois sistemas houve uma preocupação com o poder das partes no processo, até porque só haverá liberdade se existir igualdade.

O princípio da imparcialidade é tratado por ambos os ordenamentos. A ideia geral é que o mediador na sua atuação como facilitador do conflito deve ser uma terceira pessoa e não deve ter qualquer interesse naquele conflito, ou seja, o mediador não pode ser atingido (se

beneficiar ou prejudicar) pelo objeto da contenda. Cabe ressaltar que há uma diferença conceitual nos dois sistemas, já que o brasileiro trata a imparcialidade como algo distinto da neutralidade e o português em grande parte não. Sendo assim, o sistema português pode-se beneficiar desta discussão. Por outro lado, o sistema português prevê algumas normas comportamentais decorrentes deste princípio que podem ser adotadas no sistema brasileiro (como a ausência de vínculo pessoal ou profissional do mediador com as partes ou o impedimento de atuação do mediador que já tiver prestado algum serviço a uma das partes).

O princípio da independência não é previsto no sistema brasileiro, mas tão somente no código de ética do mediador. Nota-se que a independência no sistema brasileiro nada mais é do que uma decorrência do princípio da autonomia voltado para o mediador. Já o sistema português traz este princípio de forma autônoma significando que o mediador deve agir com independência pautando pela atuação livre de qualquer pressão, seja de seus interesses ou de terceiros. A doutrina portuguesa afirma que este princípio possui dois desdobramentos: o da insubordinação e o da emancipação. A insubordinação afirma que o mediador por ser independente não se submete a uma pessoa (incluindo as partes) ou a uma instituição (pública ou privada) e a insubordinação se alia a responsabilidade do mediador por seus atos. Conclui-se que o sistema português foi mais cuidadoso em se preocupar com a responsabilização do mediador, posto que o brasileiro deixou esta responsabilidade no campo do direito civil sem qualquer especificidade. Sendo assim é possível afirmar que esta discussão pode ser interessante no sistema brasileiro principalmente diante do incentivo à mediação.

Nos dois sistemas o princípio da confidencialidade deve ser visto sob duas óticas: o sigilo do mediador e a impossibilidade de valoração do conteúdo da mediação nas vias judiciais. Ou seja, o mediador deve preservar todas as informações obtidas durante o processo de mediação e estas informações não podem ser utilizadas na Jurisdição. O objetivo nos dois sistemas é garantir a autonomia das partes e o próprio processo de mediação. Cabe ressaltar que o sistema brasileiro, diferentemente do português, especificou que a confidencialidade abrange todos os envolvidos no processo (partes, mediador, advogados, etc) e o português, diferentemente do brasileiro, tratou do sigilo profissional do mediador. Sendo assim, a análise deste princípio é benéfica aos dois sistemas.

Por fim, é possível concluir que o sistema português e o brasileiro, em sua maior parte, se equivalem, mas que o aproveitamento de alguns aspectos conceituais e principiológicos são

benéficos aos dois sistemas. É imperioso, por exemplo, discutir o sigilo profissional do mediador no sistema brasileiro e a neutralidade/imparcialidade no sistema português.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL, Lei 1.059. Brasília: Senado, 1950.

BRASIL, Lei 5.869. Brasília: Senado, 1973.

BRASIL, Lei 13.105. Brasília: Senado, 2015.

BRASIL, Manual de Mediação Judicial. Azevedo, André Gomma de (Org.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, 5ª Ed.

BRASIL, Resolução 125. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil.. São Paulo: Atlas, 2014, 25ª Ed.

CEBOLA, Cátia Marques. La mediacion. Madrid: Marcial Pons, 2013.

COSTA, Ana Soares da; LIMA, Marta Samúdio. Julgados de Paz e Mediação - Um Novo Conceito de Justiça. Lisboa: A.A.F.D.Lisboa, 2002.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: volume 1. Salvador: Jus Podivm, 2012. 14ª Ed.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. 4ª Ed.

GOUVEIA, Mariana França. Curso de Resolução Alternativa de Litígios. Coimbra: Almedina, 2015. 3ª Ed.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. In Maria Fonseca Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 3ª ed.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. Lei da Mediação comentada. Coimbra: Almedina, 2014.

PORTUGAL, Lei 29. Lisboa: 2013.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Rio de Janeiro: Forense, 2015.