V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

MARIELLA BERNASCONI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F724
Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez, Mariella Bernasconi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-261-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

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

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

Los temas que ahora se presentan hablan de la necesidad de reconocimiento y la aplicación de nuevas formas de resolución de conflictos como medio de pacificación social y la realización de la ciudadanía. Se entiende que la transferencia al tercero juez de los resultados de la decisión de conflictos determina quién gana y quién pierde, pero carecen las personas implicadas en una respuesta eficaz a sus necesidades e intereses. Por otra parte, se observa que el poder judicial se constituye en una forma de venganza institucionalizada, siendo la difusión de ganador-perdedor.

Así, los textos se centraron en la necesidad de legislar sobre la negociación, conciliación, mediación e justicia restaurativa. Que sean integrantes del proceso y no simples medios no vinculantes en el derecho. Dichas modalidades deben estar reglamentadas por ley y si se celebran tengan valor jurídico que evite un proceso.

Por tanto, se trató la abogacía preventiva y la prevención del litigio, tratando de cambiar el perfil del egresado, que el mismo no se centre en el abogado litigante sino también en el abogado que previene el litigio y que puede por medio de las modalidades relacionadas supra evite un proceso y con ello se solucione un conflicto evitando todo un proceso judicial.

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez - URI

Profa. Mariella Bernasconi - UDELAR

MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO NO BRASIL: CONCEITO, OBJETO, SUJEITOS E PRINCÍPIOS

LEGAL FRAMEWORK MEDIATION IN BRAZIL: CONCEPT, OBJECT, SUBJECTS AND PRINCIPLES

Juliana Ribeiro Goulart [1]
Paulo Roney Ávila Fagúndez [2]

Resumo

O artigo estabelece alguns comentários a respeito da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. O marco legal regulatório da mediação de conflitos tem como escopo uma virada cultural, ou seja, uma mudança de paradigma no sistema de justiça brasileiro, ainda pautado de forma massiva na litigiosidade processual. Em se tratando de um dispositivo novo, a doutrina ainda discute a sua aplicação e alcance, como o conceito legal de mediação, objeto, sujeitos e princípios, motivo pelo qual essas questões serão aqui tratadas.

Palavras-chave: Marco regulatório da mediação no brasil, Conceito, Objeto, Sujeitos, Princípios

Abstract/Resumen/Résumé

This article sets out some comments about the Law nº. 13,140 of June 26, 2015. The regulatory legal framework for conflict mediation is scoped to a cultural turn, ie, a paradigm shift in the Brazilian justice system, ruled massively in procedural litigation. In the case of a new device, the doctrine also discusses its application and scope, including the legal concept of mediation, object, subject and principles, which is why these issues will be addressed here.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Alternative dispute resolution, Mediation in brazil, Concept, Object, Subject, Principles

[1] Mestranda em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

[2] Pós-doutor em direitos especiais pelas Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto, Portugal. Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC.

1. Introdução

O tema central do presente artigo constitui-se no estudo da Lei nº 13.140/2015, que regulamenta a prática da mediação de conflitos no Brasil.

A mediação permite que se deixem de lado os mecanismos opressivos estabelecidos pelo denominado Estado Democrático de Direito, para que se possa pensar em um verdadeiro Estado Democrático de Justiça, pautado em soluções criativas construídas pelas próprias partes.

A ausência de marco regulatório foi uma das razões para a resistência por parte de doutrinadores e juristas na utilização desse método alternativo de tratamento de conflitos. Porém, agora, diante do dispositivo novo inserido no ordenamento pátrio, os pesquisadores do tema se esforçam para estabelecer comentários e realizar estudos científicos para a compreensão dos institutos. Nesse sentido, justifica-se o artigo como medida para investigar conceitos e estabelecer conteúdos críticos, com vistas a colaborar para o entendimento desse novo modelo de tratamento de disputas.

O ponto de partida da pesquisa será o de apresentar algumas perspectivas, impressões doutrinárias e teóricas a respeito do conceito legal, objeto, sujeitos e princípios da mediação, levando-se em consideração as alterações inseridas no novo Código de Processo Civil, bem como a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, com ênfase, sempre que possível, em um viés crítico.

Daí o surgimento do problema da presente pesquisa: diante do marco legal da mediação, já será possível estabelecer conceitos e críticas a respeito dos institutos inseridos na Lei? Assim, o objetivo geral do trabalho é verificar se já existe um cenário de apresentação de posicionamentos doutrinários e teóricos.

A pesquisa foi elaborada por meio do método hipotético-dedutivo, com pesquisa em livros e periódicos científicos, contando também com a coleta de documentos textuais: legislação atualizada, doutrinas pertinentes e publicações de caráter técnico e teórico. Além disso, utiliza-se o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

O trabalho está estruturado em cinco tópicos: o primeiro referente à inserção da legislação a respeito da mediação no ordenamento jurídico diante da crise da litigiosidade no Brasil; o segundo discute o conceito legal e doutrinário a respeito desse método de resolução de conflitos; o terceiro discute o possível objeto da mediação; o quarto apresenta os possíveis sujeitos participantes e o quinto elenca os princípios pertinentes.

2. Marco Legal da Mediação no Brasil

Segundo destaca Paulo Roney, a mediação nasceu nas culturas antigas do extremo oriente. (2005, p. 341-357).

No Brasil, no direito processual do trabalho, desde a década de 40, a conciliação é obrigatória em duas oportunidades no procedimento ordinário, constituindo-se como imperativo de ordem pública, capaz de gerar a nulidade do processo em decorrência de ausência da tentativa de acordo.

A partir da adoção do rito sumário, no Código de Processo Civil de 1973, através do artigo 275, começou a haver uma gradativa flexibilização do processo judicial.

Posteriormente, com a Lei nº 9.099/95, se pretendeu tornar mais célere a prestação jurisdicional, permitindo, inclusive, a dispensa de advogado quando o valor da causa não superasse 20 salários mínimos. Ocorre que a adoção de tal procedimento não alcançou seu propósito, gerando a necessidade de discussão e investimento em políticas públicas que envolvessem outros meios de solução alternativa de conflitos.

Após inúmeros estudos realizados pelo Poder Judiciário, com o escopo de reduzir os índices de litigiosidade no Brasil, a mediação de conflitos foi então inserida no ordenamento jurídico, com o advento da Lei nº 13.140/2015, apesar de sua prática já ter sido reconhecida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

O marco legal surge como promessa para superação da hiperlitigiosidade e tem como escopo uma mudança de comportamento e reforma do sistema judicial, tendência há muito tempo apontada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31-74), na obra "Acesso à Justiça". Segundo os autores, estas alterações no aparelho estatal estão inseridas na "terceira onda", um enfoque que preconiza o envolvimento do Estado no acesso à justiça, não só apenas utilizando o caminho do processo judicial, mas focando também em políticas públicas que incentivem os meios alternativos de resolução de conflito.

Nesses termos, a mediação vem contribuir para a democratização do direito, permitindo o mais amplo acesso à justiça através dos meios consensuais, sobretudo, a um sistema judicial mais ágil, humano e justo.

Diferentemente da estrutura de poder observada nos processo judiciais, eminentemente autocrática, a mediação permite que, através da circularidade, todos possam dialogar em igualdade de condições, ampliando-se o acesso à justiça e fortalecendo os processos de cidadania.

Porém, em se tratando de algo novo, o caminho a ser trilhado exige perseverança e o modelo proposto merece ser observado e acompanhado, colhendo-se os imprescindíveis dados estatísticos, para que se possam aperfeiçoar os instrumentos em matéria de resolução alternativa de conflitos. (GOULART; FAGÚNDEZ, 2015).

No mesmo sentido, deve-se investir no debate doutrinário a respeito dos institutos ligados à mediação, levando-se em consideração também a doutrina internacional, mas sem perder de vista as nossas próprias peculiaridades. Não se pode olvidar, também, que as pesquisas devem ser incentivadas, conjugando-se teoria e prática. Com essa finalidade, os cursos de capacitação e de formação de mediadores, precisam ser permanentes, não podendo desconsiderar as contribuições de outras áreas como a psicologia, a sociologia, as neurociências, entre outras.

Emerge, no mesmo sentido, a necessidade de outra formação do operador jurídico, que privilegie a visão inter ou transdisciplinar, e não apenas se concentre em sobrecargas dogmáticas, que acabam por intoxicar o aluno.

Como lembra Warat (2005, p.67), a mediação não pode ser concebida com as crenças e os pressupostos do imaginário comum, é preciso, antes, que a mentalidade jurídica se altere para vivenciar a experiência existencial desse novo paradigma, sob pena de que a mediação se converta em uma conciliação, desvirtuando seu sentido.

3. Conceito de Mediação

Conceituar é definir com alguma precisão um determinado termo. A mediação é uma expressão que tem plúrimos significados e aplicações. Contudo, aqui, se estabelece seu significado a partir da seara jurídica.

Em sentido amplo, Warat entende a mediação como enunciado sinônimo da expressão “procedimentos não adversários de resolução de conflito.” (WARAT, 2005, p. 68). Em sentido estrito, conceitua-se a mediação como um método alternativo de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial – denominado “mediador” –, é responsável por facilitar a qualidade do diálogo e da comunicação entre as partes conflitantes.

Ao destacar o conceito para esse meio de solução de controvérsias, Fernanda Tartuce (2015, p. 340) ainda pontua o posicionamento doutrinário a respeito das diferenças entre a mediação e conciliação. Segundo ela a mediação é:

> método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, ao entender melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar saídas proveitosas. É espécie do gênero autocomposição, sendo ainda considerada na perspectiva processual "meio alternativo de solução de conflitos" ou equivalente jurisdicional. Para alguns estudiosos, identifica-se com a conciliação, que também busca o estabelecimento de um consenso. Todavia, as técnicas divergem pela atitude do terceiro facilitador do diálogo: enquanto na mediação ele não deve sugerir proposta de acordo, na conciliação ele pode adotar conduta com vistas a influenciar o ajuste final.

O marco regulatório de mediação no Brasil optou por fornecer um conceito legal, no sentido de que "considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia." (parágrafo único do artigo 1º da Lei 13.140/2015).

Esse conceito é criticado por parte da doutrina, que discorda do termo "atividade técnica", por se tratar de um método; já outros, com assento na obra de Warat (2004, p. 63), ressaltam que nem sempre as soluções consensuais são frutíferas, razão pela qual a simples tentativa de consenso já deve ser valorizada, em virtude do viés transformativo que a mediação pode ter.

Sob outro ponto de vista, o conceito legal leva a crer que se retorna à concepção tradicional, no sentido de que o mediador possa formular sugestões e apresentar proposta de acordo às partes, como se observa no art. 30, parágrafo 1º, inciso III, do referido diploma legal. (GARCIA, 2015, p. 2015).

Importante destacar, ainda, que parte da doutrina prefere a expressão "métodos adequados" de solução de controvérsias. Nesse ponto, no entanto, diverge-se por entender que não existe, *a priori*, um método mais adequado. A escolha entre a negociação, a conciliação, a mediação e a ação judicial será feita pelos gestores do conflito, com a anuência dos envolvidos, depois de analisada a disputa, os vínculos e o histórico da dinâmica entre as partes.

Em consonância com esse posicionamento parece estar Fernanda Tartuce, na obra "Breves comentários ao novo CPC" (2015, p. 523), quando esclarece que é muito importante o filtro adequado das causas pelos gestores do conflito, que devem encaminhá-las, para um ou outro mecanismo, de acordo com suas peculiaridades.

A filtragem adequada da controvérsia está em consonância com o modelo proposto pela justiça restaurativa e pelo sistema multiportas, em que se oportuniza múltiplas possibilidades de gestão ao cidadão.

4. Objeto da Mediação

O objeto da mediação é motivo de divergência entre os doutrinadores. A mediação pode ser realizada sobre todo o conflito ou apenas parte dele e podem ser objeto de mediação os conflitos que versem sobre a) direitos disponíveis e b) direitos indisponíveis que admitam a transação (*caput* do artigo 3º da Lei 13.140/2015).

Registre-se que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Esse dispositivo é fortemente criticado pela doutrina, pois impõem o caminho judicial (homologação em juízo) como necessário quando o objeto da mediação tratar de direitos indisponíveis que admitam a transação (parágrafo 2º do artigo 3º da Lei 13.140/2015). Se a intenção da lei foi desafogar o judiciário, no ponto, não houve avanços significativos.

Outra questão que merece destaque diz respeito à ausência de previsão de mediação para direitos indisponíveis, gerando dúvidas e indo contra o propósito para o qual a mediação foi criada.

Segundo a doutrina (DIAS, 2015), a lei veio em boa hora, mas não ter autorizado a mediação para os direitos indisponíveis foi uma inconsistência, pois não se tem como desconsiderar a mediação no Direito de Família, quando existe o interesse de crianças ou de incapazes em geral, por exemplo.

Aprende-se com Juan Carlos Vezzulla e Luis Alberto Warat que as propostas consensuais podem dialogar com o Direito e até serem materializadas em termos jurídicos. A compulsão de dar forma jurídica aos institutos pode ser o oposto da cultura de mediação, pois esta se trata de proposta aberta, que nos últimos tempos, infelizmente, tem sido tratada como um mero subsistema do Processo (civil, penal, trabalhista, etc.). Contudo, não se pode esquecer do seu grande diferencial: a força e a ética da palavra (MORAIS DA ROSA, 2015).

Ressalte-se que a mediação pode ser meio de gestão de conflitos adotado isoladamente, como também pode ser adotada no processo, durante a tramitação, ainda que esteja em segundo grau de jurisdição, desde que conte com a anuência das partes.

Como dito anteriormente, não se trata de uma fórmula mágica, mas de um propósito humano de autoconhecimento e do encontro do outro pelo diálogo.

5. Sujeitos no processo de mediação

De acordo com o Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015), podem participar do processo de mediação os seguintes sujeitos: a) partes; b) representantes legais; c) mediador; d) comediador e e) juiz.

Também há um Manual elaborado pela OAB para os advogados, para esclarecê-los a respeito do papel reservado a eles na gestão de conflitos. A mediação, ao contrário do que defendem alguns advogados, não os marginalizam, mas, antes de tudo, lhes outorga importante qualidade de vida ao abrir mão do antagonismo e da litigância e ao abrir espaço para o desenvolvimento de importantes habilidades de negociação.

5.1 Partes

As partes são os envolvidos no conflito, os protagonistas da mediação. Sua participação é voluntária e não se admite nenhum tipo de imposição.

Na sessão de mediação, poderão ser assistidas por advogados ou Defensores Públicos. Caso uma delas compareça acompanhada de seu representante legal e a outra não, o mediador suspenderá o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas. (parágrafo único do artigo 10 da Lei 13.140/2015).

Na mediação, assim como no modelo restaurativo, há sempre uma porta aberta para participação de todos responsáveis, com vistas a uma adequada gestão do conflito.

7.2 Representantes Legais

Os representantes legais, gestores do conflito, devem realizar o primeiro filtro da disputa, na perspectiva de um modelo multiportas, dando o adequado encaminhamento à conciliação, à mediação ou à ação judicial. Esta deixa de ser a primeira opção e só será a escolha razoável quando os representantes legais tenham observado as peculiaridades do caso concreto, o perfil das partes, seus vínculos e históricos.

Importante destacar o papel do advogado diante desse novo cenário. Sem dúvida, sua atuação é indispensável à administração da justiça, conforme preconiza o artigo 133 da Constituição Federal, mas, na lógica da mediação, o protagonismo deve ser deixado para as partes.

Nesse sentido, o advogado que atua ou pretende atuar na mediação deve não só ter o cuidado de informar à parte que representa a respeito dos direitos envolvidos no litígio, mas também encorajá-las a participarem dos meios consensuais de tratamento de conflitos.

Isso significa dizer que o comportamento do advogado deve ser apropriado e condizente com os objetivos da mediação - mais amplos do que os do processo judicial -, principalmente quando temos no centro do debate relações continuadas, como no caso dos Direitos de Família.

4.3 Mediador

O mediador é um facilitador, a pessoa escolhida para exercer o ofício de auxiliar as partes a comporem a disputa, restaurando seus processos de comunicação. Ele não pode impor ou sugerir soluções e deve agir com imparcialidade.

Trata-se de um profissional que precisa ser capacitado e treinado, de forma a dominar as técnicas e métodos de tratamento das disputas, para uma adequada abordagem do conflito.

Além disso, sendo a mediação um processo dinâmico que envolve múltiplos aspectos, os cursos de formação de mediadores precisam contar com o investimento nas competências e habilidades dos facilitadores, inclusive as sócio-emocionais, já que o conflito e sua possível solução podem impactar em várias dimensões da vida social.

4.4 Comediador

O Comediador é aquele que atua em conjunto com outro mediador. Isso será possível quando for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito e desde que haja a concordância das partes. Será utilizado, por exemplo, em uma causa que envolva uma empresa familiar entre sócios casados que tenham filhos. Nesse caso, será possível contar com o auxílio de um mediador formado em direito e outro formado em psicologia, por exemplo (artigo 15 da Lei 13.140/2015 e artigo 168, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil).

4.5 Juiz

O magistrado pode estimular os advogados e as partes a se submeterem à mediação. Esse, aliás, parece ser o caminho de uma justiça cidadã e da construção de juízes cidadãos, segundo destaca Luis Alberto Warat (2005, p. 110).

A lei permite a suspensão do processo por um prazo suficiente para o tratamento do conflito, se assim as partes aceitarem a sugestão do juiz (artigo 16 da Lei 13.140/2015).

Caso o réu reconheça a procedência do pedido diante das partes e do mediador, importante destacar que esse fato não pode ser utilizado pelo juiz para fundamentar a sentença, em razão do princípio da confidencialidade (artigo 2º da Lei, parágrafo 2º do artigo 166 do Código de Processo Civil c/c o parágrafo 1º do artigo 30 da Lei 13.140/2015).

Por fim, caso haja acordo envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, a Lei de Mediação estabelece a necessidade de homologação em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (parágrafo 2º do artigo 3º da Lei 13.140/2015).

5. Princípios Norteadores da mediação

Os "princípios" norteadores da mediação estão previstos no Código de Processo Civil, na Lei de Mediação e na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. No presente trabalho não se pretende discutir a natureza da terminologia "princípios" ou estabelecer conclusões a respeito de se tratarem de regras, princípios ou diretrizes técnicas. Para fins didáticos, vamos separar os princípios de acordo com seu posicionamento dentro de cada dispositivo mencionado. Ressalte-se, porém, que não se tratam de princípios taxativos.

Abaixo os princípios mencionados no Código de Processo Civil.

5.1 Independência

De acordo com esse princípio, o mediador deve atuar com liberdade, sem sofrer qualquer tipo de pressão em seu ofício, podendo, inclusive, interromper ou recusar a sessão se ausentes as condições necessárias para sua realização. Também não é obrigado a redigir acordo ilegal ou inexequível. (artigo 2º da Lei, artigo 166 do Código de Processo Civil e inciso V do artigo 1º Código de Ética de Mediadores e Conciliadores do Anexo III da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

5.2 Imparcialidade

Fernanda Tartuce (2015, p. 526) ensina que a imparcialidade é "essencial diretriz dos meios alternativos de resolução de conflito e representa a equidistância e a ausência de comprometimento de qualquer ordem em relação aos envolvidos no conflito". É o dever de

agir com ausência de preferências ou qualquer tipo de preconceito, de forma que os valores pessoais não interfiram no desenvolvimento do ofício. Aos mediadores se aplicam as hipóteses de suspeição e impedimento previsto em lei (artigo 148, II, do Código de Processo Civil e artigo 5º, "caput", da Lei; artigo 2º da Lei, artigo 166 do Código de Processo Civil, e inciso IV do artigo 1º do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores do Anexo III da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

5.3 Oralidade

Na mediação as tratativas de solução da disputa devem ser incentivadas a serem feitas de forma oral. Tal prática torna mais célere o procedimento e promove a confidencialidade. Ademais, a oralidade promove a escuta ativa, importante ferramenta à disposição do mediador, que deve ouvir o outro com todo o seu ser, olhando nos olhos, dando atenção e mostrando interesse àquilo que é dito. A oralidade ajuda, ainda, a promover o respeito entre as partes (artigo 2º da Lei 13.140/2015 e artigo 166 do Código de Processo Civil).

5.4 Informalidade

O ambiente da mediação deve promover conforto, descontração e relaxamento às partes, devendo ser propício para facilitar o diálogo. Está intimamente ligado à autonomia da vontade. A mediação, não opera com as pretensões de verdade que encontramos no processo judicial e não possui regras fixas, pois ela é um processo de interação (artigo 2º da Lei 13.140/2015 e do artigo 166 do Código de Processo Civil).

Como bem pontua Tartuce, (2015, p. 195) a mediação se desenrola por meio de conversas entre as partes como a contribuição de um terceiro imparcial, que se vale de técnicas para clarificar situações, percepções, afirmações e possibilidades aventadas pelas próprias pessoas da interação.

Embora haja certas pautas e ações direcionadas a elas, não há um roteiro fechado a ser seguido. As técnicas serão úteis e são utilizadas com cautela, mas não se podem precisar o certo e o errado em uma lógica reducionista, razão pela qual muitas vezes o mediador pode se questionar a respeito de ter feia a coisa certa, após o encontro (TARTUCE, 2015, p. 195).

5.5 Autonomia da vontade das partes

De acordo com esse princípio, as partes são livres para escolher o mediador, para estabelecer o número de sessões que vão realizar, desistir a qualquer tempo e para tomar as próprias decisões. Ou seja, na mediação, diferentemente da ação judicial o mediador não impõe nada às partes, que irão trabalhar em conjunto para a construção de uma solução criativa que considere os interesses de todos (artigo 2º da Lei 13.140/2015, parágrafo 4º do artigo 5º e artigo 166 do Código de Processo Civil).

A autonomia da vontade das partes permite ao cidadão dar-se conta que pode decidir o seu próprio destino. Segundo Warat (2005, p.114) devolve ao cidadão a oportunidade de resolver seus próprios conflitos, depois de décadas em que foi forçado a crer que era melhor que o Estado tomasse as medidas coercitivas sobre suas próprias situações de insatisfação.

5.6 Confidencialidade

É o dever de guardar sigilo a respeito das informações obtidas na sessão de mediação, salvo quando autorizado expressamente pelas partes ou nas hipóteses determinadas pela Lei. Aplica-se a todas as pessoas que tenham participado direta ou indiretamente do procedimento. A confidencialidade, sem dúvida, é essencial para a construção da confiança das partes diante do mediador e daquilo que irão construir como possível solução mutuamente satisfatória. (artigo 2º da Lei 13.140/2015, parágrafo 2º do artigo 166 do Código de Processo Civil, c/c o parágrafo 1º do artigo 30 da Lei 13.140/2015).

5.7 Decisão informada

É o dever de manter as partes informadas quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido em razão da mediação. Tem por escopo evitar acordos abusivos e está ligado ao princípio da isonomia. (artigo 2º da Lei 13.140/2015, artigo 166 do Código de Processo Civil e inciso II do artigo 1º do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores do Anexo III da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

No que diz respeito à Lei de Mediação, destaca-se que são mencionados todos os princípios elencados no Código de Processo Civil e os que passamos a destacar.

5.8 Isonomia entre as partes

Ravi Peixoto (2015, p. 97), em ensaio sobre os princípios que regem a mediação, pontua que a imparcialidade deve dialogar com o princípio da igualdade material entre as partes. Daí a importância da realização do *caucus*, que nada mais é do que o diálogo particular com uma das partes de forma a permitir que elas possam ter acesso às mesmas informações, o que garante a eficácia dos meios alternativos (artigo 2º da Lei 13.140/2015).

Assim, espera-se que o mediador trate as partes com igualdade, sem usar de favoritismos, preconceitos ou qualquer tipo de vantagem que coloque em xeque a sua imparcialidade.

5.9 Busca do consenso

A busca do consenso está intimamente ligada aos princípios da autonomia e da isonomia. Significa que as partes devem decidir o que é melhor para si, sem a imposição de uma decisão que desconsidere suas emoções e vontades. As partes poderão, a partir do restabelecimento da comunicação, conhecer os interesses umas das outras e, diante delas, poderão criativamente chegar a um consenso que seja mutuamente satisfatório. (artigo 2º da Lei 13.140/2015).

5.10 Boa-fé

De acordo com o princípio da boa-fé os participantes da mediação devem apresentar uma conduta leal, respeitando a confiança dos outros participantes. Diz respeito às partes e também aos facilitadores. Afinal, não se pode imaginar uma tentativa de consenso se as partes não atuarem com lealdade com os próprios sentimentos e interesses (artigo 5º do Código de Processo Civil e artigo 2º da Lei 13.140/2015).

Por fim, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça menciona, ainda, os princípios que seguem.

5.11 Competência

Na mediação, a competência é o dever do mediador de possuir a qualificação necessária que o habilite à atuação como facilitador. Os cursos de formação de mediadores

são necessários, mas não se deve perder de vista que o aprendizado é permanente se quisermos pensar em um manejo adequado dos conflitos. Na mediação judicial deve ser observada a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (inciso III do artigo 1º do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores).

5.12 Respeito à ordem pública e leis vigentes

Na mediação, segundo este princípio, o mediador deve velar para que eventual acordo não viole a ordem pública, nem contrarie as leis. (inciso VI do artigo 1º do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores).

Conforme leciona Ravi Peixoto (2015, p. 104-105) esse princípio se relaciona com o da decisão informada. Segundo ele, se houver uma desigualdade informacional entre as partes, esse princípio não será satisfeito e uma delas terá grandes vantagens em relação à outra, podendo impor a sua vontade e alcançar um acordo que lhe satisfaça, porém que prejudique a outra.

5.13 Validação

É o dever de estimular os interessados a se perceberem reciprocamente como seres humanos que merecem atenção e respeito. (inciso VIII do artigo 1º do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores).

A validação consiste em encontrar verdade nos sentimentos. Juntamente com a empatia e com a compaixão são processos que se originam ainda na infância – entre pais e filhos –, que fortalecem os vínculos entre as pessoas. (LEAHY; TIRCH; NAPOLITANO, 2013, p.38).

5.14 Empoderamento

São as capacidades adquiridas pelas partes na experiência da autocomposição, que podem ajudá-las a lidar com seus conflitos futuros. (inciso VII do artigo 1º do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores). O empoderamento é essencial para que prevaleça o princípio da autonomia, que dá às partes o poder de construir soluções duradouras para os litígios.

Nesse sentido, a mediação pode ser entendida como processo dinâmico que envolve aspectos cognitivos, afetivos e condutuais e que pode impactar nas dimensões da vida social em três níveis: individual, grupal e político (KLEBA; WENDAUSEN, 2009, p.733).

Conclusão

O marco regulador da mediação no Brasil trouxe para o ordenamento jurídico uma nova forma de solução de conflitos. A Lei de Mediação estabelece um verdadeiro marco na direção de uma mudança de comportamento da sociedade em busca do acesso à justiça. O caminho judicial abre espaço para o novo e, com isso, espera-se desafogar os tribunais depois de décadas de litigância massiva.

Ocorre que, para que esse modelo tenha sucesso, se faz necessária a difusão da política pública de mediação, colocada em prática com o advento da Lei.

Esse foi o objetivo do trabalho. Debater a respeito dessa inovação legislativa que nos trouxe um novo paradigma. Como se vê, o sistema não é perfeito e ainda está em construção. Ademais, em se tratando de texto legal novo, alguns equívocos podem ter ocorrido e o estudo e debate a respeito da Lei de Mediação pode nos indicar direções para alterações, caso seja necessário.

Para que a prática se torne rotina e tenha-se a adesão de advogados e principalmente das partes, é necessário o investimento nas capacidades e habilidades dos juristas. Se faz necessária, nesses termos, mudanças comportamentais que nos leve na direção de um novo patamar civilizatório. Mas, para isso, se devem concentrar esforços para que a prática de Mediação seja posta à disposição de todos os cidadãos, quem sabe desde a mais tenra idade. A mediação sempre é um bom caminho, como já sabiam os antigos do extremo oriente. No entanto, o mais importante é que se firme como política pública.

Portanto, conclui-se que é possível o estabelecimento e a discussão crítica a respeito do tema. Porém, a proposta precisa passar pela experiência, pois como ensina Warat (MORAIS DA ROSA, 2011, p. XII), “os sentidos dos nossos direitos como cidadãos não estão nos textos legais, passam pelos cuidados e as ações que realizaremos para outorgar-lhes sentido em nossa própria experiência existencial”.

Ademais, a mediação apresenta-se como uma inteligente proposta de restabelecer o diálogo no processo judicial, na comunidade, enfim, em todas as instâncias da vida humana. Mas não basta a lei apresentar a mediação como saída, sem que haja uma mudança cultural,

sem que a estrutura de Poder no Judiciário e, sobretudo, na sociedade como um todo não se altere profundamente.

Sendo a mediação regida pela transdisciplinaridade, necessita dos demais saberes para se fortalecer e para produzir um conhecimento novo a cada encontro entre os seres humanos.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVER, T. B., VONDRA, A. A. **Alternative dispute resolution:** why it doesn't work and why it does. In: *Harvard Business Review on negotiation and conflict resolution*. Cambridge: Harvard Business School Press, 2000. p. 189-214.

DIAS. Maria Berenice**. Restrições da Lei de Mediação atrapalham sua aplicação no Direito de Família.** 13.07.2015. <http://www.conjur.com.br/2015-jul-13/entrevista-maria-berenice-dias-advogada-direito-familia>. Acesso em: 10 mai. 2016.

EGGER, Ildemar. **O papel do Mediador**. Disponível em: <http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>. Acesso em 20 abr. 2016.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Taoísmo**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003.

_____.**Direito e Taoísmo**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **A psicanálise, a ciência e o sujeito do direito**. Florianópolis: Revista Sequência, n.52, jul. 2006, p. 243-256.

_____. **As medidas de urgência ambiental e a necessidade de mudança de cultura no campo processual.** Porto, Portugal: Universidade Lusíada, 2011.

_____.**O modelo restaurativo, o sistema multiportas e a advocacia pública**: novos paradigmas para a ciência jurídica. Tese. Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

_____.**Dos homens, dos animais e da Natureza**: o papel da Justiça Restaurativa na preservação do meio ambiente. In: FARIAS, Talden et alii. *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOULART. Juliana Ribeiro; FAGÚNDEZ. Paulo Roney Ávila. **Como se pode fazer mediação na administração pública?** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/como-se-pode-fazer-mediacao-na-administracao-publica-por-juliana-ribeiro-goulart-e-paulo-roney-fagundez-avila/> Acesso em 07 jun. 2016.

GOULART. Juliana Ribeiro. GONÇALVES. Jéssica. **Conheça os principais modelos de Mediação de Conflitos**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/conheca-os-principais-modelos-de-mediacao-de-conflitos-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves/> Acesso em 07 jun. 2016.

_____. **Breves considerações sobre a Lei de Mediação**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/breves-consideracoes-sobre-a-lei/> Acesso em 07 jun. 2016.

KLEBA. Maria Elisabeth; WENDAUSEN. Agueda. **Empoderamento:** processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. Saúde Soc. São Paulo, v.18, nº 4, p.733-743, 2009.

LEAHY. Robert L; TIRCH. Dennis; NAPOLITANO, Lisa A. **Regulação emocional em psicoterapia: um guia para o terapeuta cognitivo comportamental**.Porto Alegre: Editora Artmed. 2013.

KRISHNAMURTI, Jiddu. **Sobre conflitos.** São Paulo: Cultrix, 1996.

MORAIS DA ROSA. Alexandre. **A força da palavra deve ser sustentada na mediação penal**. 25.12.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-25/limite-penal-forca-palavra-sustentada-mediacao-penal)>. Acesso em 10.mai.2016.

_____. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**: aportes hermenêuticos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011.

TARTUCE. Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEIXOTO. Ravi. **Primeiras Impressões sobre os princípios que regem a Mediação e a Conciliação**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, nº 152, pg. 93-105.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **Mediação e Autocomposição**: Considerações sobre a lei nº 13.140/2015 e o Novo CPC. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. Ano XII. nº 97, set-out. 2015

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

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (ORG). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. Breves **Comentários ao Código de Processo Civil de 2015**, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2015.

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