

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo promover a análise dos princípios norteadores da mediação conforme apresentados no novo Código de Processo Civil. O anteprojeto entregue pela comissão de juristas ao Congresso Nacional sofreu profundas transformações ao longo do processo legislativo, e, por essa razão, serão objeto de averiguação as alterações referentes à mediação, especialmente no tocante aos princípios, para que ao final se conclua se as modificações realizadas pelo parlamento melhoraram ou não o texto.

O trabalho se desenvolveu a partir da distinção das formas alternativas de solução de conflitos, a saber: negociação, conciliação, arbitragem e mediação, o que se justifica ante as confusões observadas inclusive entre os operadores do direito. A seguir será explorado o tema em Portugal e com referência às Directivas da União Europeia, que ao longo dos anos vem incentivando as soluções alternativas para a solução de conflitos.

Colocadas as bases necessárias, pretende-se enfrentar os princípios positivados no texto aprovado e os que constavam no anteprojeto, para então verificar se as alterações contribuíram ou não para o avanço científico do texto aprovado.

Também se pretende tratar dos princípios apontados pela doutrina mas que não foram elencados no anteprojeto e no texto aprovado, com a finalidade de verificar quais são as possíveis consequências de sua ausência.

A importância da investigação se justifica diante da necessidade do Estado de proporcionar ao cidadão formas alternativas para a solução dos conflitos, visto que a prestação jurisdicional é letárgica, ineficiente e desperta no cidadão o sentimento de injustiça.

1. DISTINÇÕES CONCEITUAIS DA NEGOCIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

É cediço que há diversos meios para a solução de conflitos, todavia o objetivo deste trabalho é analisar a mediação positivada no Novo Código de Processo Civil. Antes, contudo, será realizada a distinção conceitual entre este e outros meios de solução de conflitos.

A negociação consiste em um processo no qual as partes ou seus representantes discutem e avaliam a possibilidade de uma transação para a resolução do conflito. Nessa

modalidade de resolução de conflitos não há interferência de terceiros (TAVARES, 2002, p. 41).

Tem-se que as partes interessadas na solução do conflito de interesses, podem até ser concludadas a negociar entre si, mas sem a participação de terceiros, buscam o ponto comum de interesses até que resulte uma proposta final construída por elas mesmas, na qual consensualmente se chega à resolução do conflito.

Conciliação é a atividade desenvolvida para facilitar e auxiliar as partes na solução de um problema. Nessa modalidade, surge a figura de um terceiro, denominado conciliador, que possui a faculdade de apresentar propostas de solução. Estas, se aceitas, o serão de forma livre pelas partes. Pode-se classificar a conciliação em razão do local onde ela se realiza, sendo extrajudicial e judicial. A primeira pode dar-se até mesmo antes do início de um processo judicial, sendo inclusive uma forma de evitá-lo, ou mesmo, se feita após a existência do processo judicial, os termos do acordo obtido na conciliação serão apresentados nos autos para homologação. Já a conciliação judicial desenvolve-se perante o juiz, podendo ele mesmo ser o conciliador ou ser auxiliado por terceiro, que poderá apresentar propostas para as partes. Estas poderão aderir ou então construir em conjunto uma solução para o litígio, que, reduzida a um termo de audiência, é homologada pelo juiz.

A arbitragem¹ é um procedimento extrajudicial, permitido pelo novo Código de Processo Civil no art. 3º, § 1º, e regulamentado pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (atualizada pela Lei n. 13.129/2015), a qual é responsável pela positivação da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Esse procedimento ocorre perante um árbitro, escolhido diretamente pelas partes ou mediante uma convenção de arbitragem, que pode ser expressa em um contrato específico ou cláusula compromissória. O árbitro é a pessoa física que dirige a instrução do processo arbitral, recebe as alegações e a produção de provas. Ao final, proclama a sentença arbitral. Nesse procedimento, as partes podem ser representadas por advogado, se pretenderem, produzindo toda espécie de provas necessárias à hipótese.

Como se denota, a função do árbitro é diversa das funções do mediador e do conciliador, assemelhando-se, assim, às de um magistrado. Sua sentença arbitral vincula as partes, formando, inclusive, título executivo judicial, nos termos do art. 515, inciso VII, do CPC vigente.

¹ Na Constituição de 1824, havia a possibilidade de as partes escolherem juízes árbitros. “Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbítrios. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes” (redação original).

A mediação pode ser judicial ou extrajudicial e consiste na intervenção de um terceiro imparcial, que não possui poder de imposição de decisão às partes. Esse terceiro possui a tarefa de auxiliar as partes em conflito a encontrarem uma solução.

Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, a mediação constitui-se, historicamente, na manifestação de transigência entre particulares para encontrar a solução de seus conflitos, sem a intervenção do Estado, pela indicação consensual de um ou vários intermediários que lhes pacifiquem os interesses (LEAL, 2010, p. 24).

Assim, consiste a mediação em um procedimento voluntário e confidencial, no qual um terceiro, que conhece as técnicas de mediação, ajuda os envolvidos na busca da solução, sendo assim um meio não adversarial.

Há que se entender que, em razão da voluntariedade, a extensão do uso da mediação a qualquer pessoa física ou jurídica que possa vir a ser parte em um processo de mediação está condicionada à sua capacidade civil e até à representação, coincidente com o disposto no art. 70 e seguintes do novo Código de Processo Civil brasileiro, podendo ser representada ou assistida na forma da lei.

Durante a mediação, o mediador deve ouvir as partes e perguntar, entretanto não pode expressar a sua opinião. Petrônio Calmon (2008, p. 121) entende que o mediador deve se portar durante a mediação com:

Neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor.

As principais vantagens da mediação² são a celeridade, a confidencialidade e a economia. A maior parte dos casos é resolvida com uma só audiência. Na hipótese de não solução na primeira audiência, é possível a realização de audiências adicionais. O dever de confidencialidade estende-se ao mediador e às partes, que não poderão revelar o que se passou nas audiências. No tocante aos custos, a mediação revela-se mais viável economicamente, pois a presença do advogado é facultativa (CALMON, 2008, p. 122).

² Marilene Melo Alves (ANTEPROJETO, 2010, p. 11) destacou a importância da mediação e a experiência do Tribunal do Rio de Janeiro: “(...) a mediação é algo tão importante que temos hoje, no Tribunal, a primeira turma de policiais integrantes da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) aprendendo a mediar conflitos”.

Petrônio Calmon (2008, p. 122) afirma que não é recomendável a adoção da mediação como forma de resolver uma controvérsia quando houver “grau de desequilíbrio de poder entre os envolvidos”.

A modalidade de mediação recepcionada e regulamentada pelo texto aprovado é a mediação judicial, que se desenvolve após a instauração de um procedimento judicial. No entanto, o art. 175 do texto aprovado ressalva a possibilidade da mediação extrajudicial nos termos da lei específica.

O instituto da mediação vem sendo regulamentado há alguns anos na Europa. Certamente com vista a buscar uma uniformização de conceitos e procedimentos, a Comunidade Europeia editou a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Encontramos a seguinte definição de mediação em seu Artigo 3º:

Artigo 3º (...)

a) “Mediação”, um processo estruturado, independentemente 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 a resolução do 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 (*Directiva 2008/52/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008).

Depreende-se dos dizeres da Directiva a preocupação de prestigiar o processo de mediação como forma de resolução de conflitos. Ao longo da pesquisa, constatou-se que as últimas reformas processuais europeias vêm incentivando formas alternativas de solução de conflitos, e dentre elas a mediação.

2. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL

A mediação é uma realidade devidamente regulamentada em diversos países, e neste estudo serão apontados alguns textos legais, para comentários e fundamentos à evolução do instituto em nosso país.

No caso de Portugal, a mediação já é uma realidade positivada até mesmo em questões criminais, conforme disciplina a Lei n. 21, de 12 de junho de 2007. A referida lei cuidou de admitir a mediação em processo penal, conforme dispôs em seu Artigo 2º, admitindo-a nas hipóteses em que o processo-crime dependa de queixa ou acusação particular, em se tratando de crimes contra a pessoa ou patrimônio, excetuando-se os crimes com

previsão de prisão superior a cinco anos, os crimes contra a liberdade ou a autodeterminação sexual, o peculato, a corrupção, o tráfico de influência, ou ao ofendido menor de 16 anos e, por fim, nas hipóteses de procedimento sumário ou sumaríssimo.

Recentemente, ainda em Portugal, editou-se uma lei que positivou expressamente os princípios aplicáveis à mediação. O texto legal ainda especificou as características e formas de aplicação de cada princípio nos procedimentos submetidos à mediação. Vejam-se alguns artigos da Lei n. 29, de 19 de abril de 2013, que elencamos:

O Artigo 3º dispõe a respeito dos princípios da mediação que positivou a extensão dos princípios arrolados na lei a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio.

Apenas como comentário, cabe destacar que o referido rol não é taxativo, posto que, se a situação for alcançável pela aplicação de outros princípios, o rol não tem o condão de cercear a possibilidade de aplicação de princípios não arrolados. Com relação ao sistema português, não comentaremos tal exclusividade, por não ser objeto deste artigo.

O princípio da voluntariedade, apontado pelo Artigo 4º, assevera acerca da necessidade do consentimento esclarecido e informado das partes, permitindo-lhes a revogação a qualquer momento.

Todas as informações e argumentações, durante o procedimento da mediação, devem ser veladas pelo princípio da confidencialidade, regulamentado pelo Artigo 5º da supracitada lei, admitindo-se somente a exceção de “razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses”, conforme disposto no inciso 1.

A igualdade e a imparcialidade também foram contempladas pela Lei n. 29, sendo que, apesar de serem tratadas em conjunto no mesmo Artigo 6º, há que identificar que a igualdade diz respeito ao tratamento em relação às partes, enquanto a imparcialidade está relacionada à postura do mediador. Apesar de o inciso 2 simplesmente dizer que “o mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação”, tal disposição deve alcançar toda e qualquer forma de interesse,

ainda que não revelado, como seriam as hipóteses em que o mediador não exteriorizaria eventual interesse, exatamente no intuito de se manter na posição.

No direito português, consagrou-se a independência do mediador pelo Artigo 7º, devendo tal independência estar imune a qualquer pressão ou influência externa, ou resultante dos próprios interesses do mediador, não havendo também qualquer subordinação, de forma que toda a conduta do mediador se pautará pela independência.

No tocante à formação do mediador e suas aptidões e capacidades técnicas de assumir o encargo, a mencionada Lei portuguesa reuniu tais características e qualidades no princípio da competência, instituído no Artigo 8º, sem que inicialmente fosse exigida qualquer qualificação inicial, mas dispôs que “(...) o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça”.

Deve-se admitir que a atividade de mediador, da forma como vem sendo reconhecida no ordenamento, com atribuições perante litígios judiciais e extrajudiciais, demanda qualificação e profissionalização. Veja-se que não é produtivo que cada mediador desenvolva sua própria técnica e empregue seus próprios métodos sem que haja um mínimo de controle ou aperfeiçoamento, o que pode acarretar até mesmo o desprestígio daqueles que apresentem poucos resultados diante da expectativa.

Tem-se ainda, no mesmo Artigo 8º, o princípio da responsabilidade, no qual o legislador insculpiu a responsabilidade civil do mediador que violar os deveres da atividade, devendo responder pelos causados.

Por fim, a Lei portuguesa dispôs acerca da executoriedade do acordo advindo de mediação, asseverando que tal acordo não tem a necessidade de homologação judicial, ressalvadas as hipóteses em que os litígios não possam ser objeto de mediação, bem como se a lei exigir homologação judicial. Essa disposição, entabulada no Artigo 9º, estende-se aos acordos de mediação obtidos noutros Estados-membros da União Europeia, desde que nesses Estados tal acordo tenha força executiva.

3. A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Da análise dos textos verifica-se que tanto no anteprojeto quanto no texto aprovado pelo parlamento havia a preocupação com o estímulo à utilização de métodos alternativos para a solução de conflitos.

A razão desse estímulo residia na ideia de que a utilização de métodos alternativos como a mediação traria maior satisfação às partes, tendo em vista que a solução é construída pelas partes envolvidas na lide, enquanto a decisão judicial é imposta por um terceiro estranho às partes, podendo desagradá-las.

No anteprojeto constata-se que a adoção dos métodos alternativos está ligada à intenção de desafogar o Judiciário, portanto, umbilicalmente atrelada ao princípio da celeridade. Em sentido diferente, o texto aprovado no art. 3º, § 2º, alçou as formas alternativas de solução dos conflitos como a primeira forma de solução, sem, contudo, violar o princípio constitucional da inafastabilidade do Judiciário.

Merece destaque o fato de que, com a homologação do termo de mediação, tem-se a estabilização da decisão, ou seja, as partes passam a ter um título executivo judicial ou extrajudicial, passível de execução, na hipótese de descumprimento. Fala-se na impossibilidade de interposição de recurso após a homologação do termo de mediação, todavia, deve-se observar a possibilidade de questionamento do termo, no tocante à capacidade da parte e a possíveis vícios de vontade.

Seguramente, com a construção da decisão mediante técnicas de mediação, desaparecem as posições de ganhador ou perdedor, pelo fato de que o termo representa uma assunção de obrigações pelos envolvidos, ainda que divergente da pretensão inicial.

Talvez fosse de bom alvitre que o texto aprovado contemplasse a mediação pré-processual, a qual a nosso aviso possui mais chances de êxito, por estarem os ânimos menos exaltados, os quais certamente se acirraram com a apresentação da petição inicial, contestação, impugnação e juntada de provas aos autos do processo, o que de alguma forma contribui para distanciar o conflito de uma solução pacífica. O que se propõe é a existência de um momento pré-processual, conforme Barbosa Moreira, em *Breves notícias sobre a reforma do processo civil alemão* (p. 106, apud ANTEPROJETO, 2010, p. 22):

A criação de condições para realização da transação é uma das tendências observadas no movimento de reforma que inspirou o processo civil alemão. Com efeito, explica Barbosa Moreira que “já anteriormente, por força de uma lei de 1999, os órgãos legislativos dos ‘Länder’ tinham sido autorizados sob determinadas circunstâncias, a exigirem, como requisito de admissibilidade da ação, que se realizasse prévia tentativa de conciliação

extrajudicial. Doravante, nos termos do art. 278, deve o tribunal, em princípio, levar a efeito a tentativa, ordenando o comparecimento pessoal de ambas as partes. O órgão judicial discutirá com elas a situação e poderá formular-lhes perguntas e fazer-lhes observações. Os litigantes serão ouvidos pessoalmente e terá cada qual a oportunidade de expor sua versão do litígio (...)” [grifo nosso].

Com essa proposta vislumbra-se criar uma alternativa ao processo judicial para a solução de litígios, na qual a decisão seja construída pelos envolvidos com o auxílio do mediador, sendo fatalmente mais facilmente exequível, ao passo que a decisão imposta (sentença) muitas vezes gera para a parte vencida o desejo de frustrar a execução.

Para tanto, certamente a mediação pré-processual, ainda que seja realizada pelos centros de solução consensual de conflitos criados pelos Tribunais, lograriam maior êxito, pela ausência dos desgastes inerentes ao trâmite processual. Conseqüentemente, produzir-se-ia uma nova cultura não conflituosa e de solução pacífica dos litígios inerentes à convivência social.

A comunidade Europeia se preocupou em colocar os meios alternativos de solução de conflitos no mesmo patamar de uma decisão judicial, conforme se depreende da Consideração n. 19 da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008:

(19) A mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes [...] (*Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008*).

Há que se ressaltar que a vontade das partes, sim, possui sua soberania exaltada nas hipóteses em que é possível solucionar o litígio por um meio alternativo, e posteriormente o Judiciário se limita a avaliar se a vontade das partes está no limite determinado pelo ordenamento jurídico, passando-se a homologar o pacto.

Embora não seja o objetivo principal, a mediação demonstra ser uma forma célere para solucionar conflitos. Realmente, ainda que a mediação se dê na via judicial, tendo logrado êxito, ocorre um grande abreviamento do prazo, que delongaria na continuidade do processo, fator esse inegavelmente benéfico não só às partes envolvidas, mas também na ótica da celeridade, que contribui para a redução dos processos pendentes de solução, otimizando-se o ambiente em relação aos demais.

Com objetivos tão promissores de resultados benéficos, não se pode descuidar de que a mediação não pode ser desvirtuada, sendo manejada de forma a se apresentar como

única alternativa em termos de celeridade e segurança à solução de um conflito que pelas vias judiciais delongaria imenso tempo e teria resultado imprevisível. Tal postura deve ser combatida, pois desvirtua os objetivos do instituto e expõe a imagem do Judiciário de forma pejorativa e ainda impede a produção do caráter pedagógico, que incentiva as pessoas a se relacionarem na busca da solução direta de seus conflitos.

4. OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO POSITIVADOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Quando se pretende estudar os princípios, tem-se uma grande carga teórica acerca do seu significado jurídico. Neste trabalho, os princípios são tratados como normas, sendo esse um esclarecimento necessário antes de prosseguir.

Os ordenamentos jurídicos cuidam dos princípios da mediação de forma diversa. Alguns ordenamentos jurídicos se limitam a elencar os princípios, e deixam a cargo da doutrina a sua conceituação. Já outros, como por exemplo em Portugal, além de positivá-los, ainda os conceituam.

Em relação aos princípios, chama a atenção a redação do art. 1º do anteprojeto e a do art. 1º do novo Código de Processo Civil, onde, com redação idêntica, fez-se referência à observância aos princípios da Constituição Federal, o que não ocorria no Código de 1973. Embora seja desnecessário ante a hierarquia normativa, tal dispositivo se demonstra útil principalmente no dia a dia da advocacia. Posteriormente a esse esclarecimento acerca da irradiação dos princípios constitucionais a todo o Código de Processo Civil, e, portanto, também a mediação, passa-se a tratar dos princípios positivados no texto aprovado e no anteprojeto.

No anteprojeto os princípios estavam enumerados no art. 134, § 1º. Já no texto aprovado, os princípios estão alinhados no art. 166, sendo que em ambos os textos estão na Seção V, intitulada “Dos conciliadores e dos mediadores judiciais”. Logo de início, é possível afirmar que o parlamento somente acrescentou o princípio da decisão informada ao rol do anteprojeto.

O art. 166 do NCPC dispõe que a mediação é informada pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade,

informalidade e da decisão informada. Na sequência, o legislador se limitou a conceituar somente o princípio da confidencialidade, do dever de sigilo

Vale mencionar que esses princípios em muito se assemelham aos princípios da mediação nos Estados Unidos da América, que é regida com base na voluntariedade, consentimento informado, poder das partes ou autodeterminação, imparcialidade ou neutralidade do mediador e confidencialidade (CALMON, 2008, p. 55).

Colocadas as balizas iniciais, é possível analisar cada princípio segundo os ensinamentos doutrinários, conforme se faz a seguir.

O princípio da independência se relaciona com a pessoa do mediador, que deve possuir total independência em relação às pessoas envolvidas no litígio, ao mérito da causa e mesmo devendo estar imune a qualquer pressão ou influência externa. Deve, inclusive, manter-se afastado dos seus próprios interesses. A característica da independência pressupõe logicamente a inexistência de subordinação do mediador a quem quer que possa influenciar em sua atividade, no sentido de direcionar as partes do processo, espelhando sua total independência.

O princípio da neutralidade diz respeito à atuação do mediador perante as partes e seus respectivos interesses. Identifica-se que o mediador deve respeitar a exposição das partes e suas pretensões, sem, contudo, se mostrar tendente a atender essa ou aquela, ou mesmo exarar simpatia pela fundamentação de qualquer das partes. Até mesmo, com relação às suas opiniões, deve se calar, sem que possa identificar qualquer forma tendenciosa ou defesa de posicionamento. A imparcialidade é característica que também identifica o posicionamento de neutralidade. A mínima interferência ou posicionamento acerca do mérito já corrompe a postura, culminando na violação à neutralidade do mérito³.

Entretanto, como a atividade do mediador também possibilita que este aponte os pontos controvertidos e até apresente uma proposta de solução para o litígio, verifica-se que, nesse momento, há uma linha tênue que se aproxima muito da quebra de neutralidade. Não haverá violação ao princípio se a apresentação da proposta for feita de forma clara, demonstrando sua construção diante dos fatos apresentados pelas próprias partes e com base na lei, sem exarar a preferência do mediador, mas, tão somente, outra opção a escolherem livremente. Isso culmina, sim, na construção da solução.

³ Marilene Melo Alves (ANTEPROJETO, 2010, p. 11) define o mediador da seguinte forma: “pessoa que adota uma postura colaboracionista”.

O princípio da autonomia da vontade relaciona-se às partes e às suas vontades devidamente respeitadas, seja na possibilidade de opção pela utilização do procedimento da mediação, ou mesmo para desistir deste, respeitando-se sempre a vontade das partes. A proposta legislativa brasileira não traz vinculação à sujeição ao procedimento como pré-requisito e muito menos vincula aqueles que aceitarem a tentativa da mediação a prosseguirem nela até o final. O que resta óbvio diante das próprias características do instituto é que ele não traz julgamento imposto. Assim, a não aceitação de propostas e a inexistência de acordo implicam buscar a sentença para dirimir o conflito.

As partes devem se sentir livres para solucionar o conflito por meio da mediação, que deve ser feita conscientemente e por vontade daquelas, sem a influência ou insistência de terceiros. Segundo Regina Maria Coelho Michelin (1999, p. 158), as partes devem inclusive se sentir livres para escolher o mediador, ou seja, sempre preservando a autonomia da vontade⁴.

Esse princípio deve ser entendido sob duplo vértice. Inicialmente há a possibilidade de as partes optarem, ou não, pela mediação ou conciliação como forma de resolução do litígio. Em um segundo momento, depois de iniciada a mediação ou conciliação, as partes possuem liberdade para decidir como será resolvido o conflito, e quem será o mediador.

Sabe-se que há sistemas jurídicos em que se identificam duas espécies de mediação: a voluntária e a mandatória. A voluntária consiste na escolha da mediação por livre iniciativa das partes, tal qual se instituiu no anteprojeto e no texto aprovado, enquanto a mandatória inicia-se por ordem do juiz para fazer cumprir a legislação do país ou cláusula contratual. Em relação à mediação mandatória, Lília Maia de Moraes Sales (2004, p. 45) posiciona-se da seguinte forma: “A existência da mediação mandatória decorre do interesse de fortalecer tal instituto e ainda como um meio de conscientizar os cidadãos da importância do diálogo para a harmonia social”.

No que tange à mediação mandatória, encontramos o posicionamento de Stella Breitman et al. (2001, p. 255), que defendem que essa espécie de mediação possui um caráter pedagógico e que a sua obrigatoriedade implementa uma culturização da mediação.

⁴ A Lei n. 20, de 2007, de Portugal, que regula a mediação penal, traz uma limitação ao princípio da autonomia da vontade das partes em seu Artigo 6º: “1 – O conteúdo do acordo é livremente fixado pelos sujeitos processuais participantes, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2 – No acordo não podem incluir-se sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses”.

A mediação mandatória não possui o condão de obrigar as partes a nela se manterem até a superveniência do acordo. Uma vez não alcançado, passa-se para a ação judicial. Nas palavras de Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo, o esclarecimento (1999, p. 77): “a obrigatoriedade, contudo, restringe-se ao comparecimento à primeira audiência convocada pelo mediador. Após essa formalidade, qualquer das partes poderá considerar concluído o processo, habilitando-se para o início da ação judicial”.

Ainda que seja adotada por um sistema, a mediação mandatória, mesmo assim, não descaracteriza a voluntariedade, pois as partes podem não chegar ao consenso, e nem por isso sua vontade deixaria de ser respeitada, limitando-se a obrigatoriedade apenas a iniciar o procedimento e comparecer a uma audiência.

Em Portugal, como já citado anteriormente, há previsão legal acerca da mediação penal. O inciso 7 do Artigo 3º da Lei n. 21, de 2007, condiciona o início da mediação ao consentimento das partes. Veja-se:

7 – Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação (Lei n. 21/07 de 12 de junho).

Ainda na mesma lei, porém no inciso 2 do Artigo 4º, se dispôs: “O arguido e o ofendido podem, em qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação na mediação”. No direito português destaca-se também a Lei n. 29, de 2009, que inseriu no Código de Processo Civil português o Artigo 249º-A e previu a possibilidade de sujeição à mediação voluntária, suspendendo a “caducidade e prescrição”⁵.

O princípio da confidencialidade é uma característica essencial na postura das partes com relação a todas as informações produzidas no procedimento, sendo vedada a utilização destas em fim diverso do deliberado pelas próprias partes. Esse princípio, constante do § 1º do art. 134 do anteprojeto e do art. 166, § 1º, do texto aprovado, ao mesmo tempo em que ganha extensão e clareza com a disposição no § 2º do anteprojeto e no § 1º do texto aprovado, respectivamente, possibilita às partes deliberarem sobre a possibilidade de

⁵ Lei n. 29/09, de 29 de junho, Artigo 249º-A: “1 – As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios. 2 – A utilização dos sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador. 3 – Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação”. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

utilizarem alguma informação produzida no procedimento de mediação para outras finalidades. É o entendimento que se faz da última parte dos parágrafos: “(...) não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”.

A respeito da confidencialidade, a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 estipulou a consideração n. 23:

(23) A confidencialidade no processo de mediação é importante e a presente directiva deverá, por conseguinte, prever um nível mínimo de compatibilidade das normas processuais civis no que diz respeito à forma de proteger a confidencialidade da mediação em subseqüentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil e comercial (*Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008*).

A já citada Lei portuguesa n. 29/2009, em seu Artigo 249º-C, admitiu exceção à obediência ao princípio da confidencialidade, nas hipóteses em que “(...) esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”⁶.

O princípio da oralidade é afeto aos atos procedimentais da mediação, e possibilita que sejam os atos, na medida do possível, realizados oralmente em audiência, transcrevendo-se por escrito aqueles indispensáveis ao procedimento. Trata-se de importante instrumento da celeridade, já consagrado no antigo procedimento sumaríssimo, que se manteve no sumário e se consagrou na Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais), conferindo celeridade a todos esses procedimentos.

Essa possibilidade de manifestação oral no procedimento torna-o acessível ao diálogo, que é exatamente uma ferramenta indispensável à mediação, pois, além de permitir que as partes exteriorizem seus pensamentos com a fala, o que talvez não ocorresse plenamente na modalidade escrita, ainda dá vazão àquilo que pode estar “engasgado” no pensamento da parte e que precisa se exteriorizado sem se comprometer por escrito. Após isso, já “liberada” do mal contido, aproxima-se da composição do acordo. Também, para o mediador, o uso da oralidade é fundamental para produzir uma situação de paz a fim de se produzir o acordo de vontades.

O princípio da informalidade diz respeito ao procedimento em si, caracterizando-o pela ausência de disposições formais a serem seguidas com rigidez. Pela informalidade,

⁶ Lei n. 29/09, de 29 de junho. Artigo 249º-C do Código de Processo Civil português: “Excepto no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal salvo em caso de circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

afasta-se um pouco do excesso de formalismo e preocupação com a produção de atos, obedecendo-se a regras rígidas e modelos, bem como não há um determinado procedimento que, se não for seguido à exatidão, causaria nulidade insanável. O objetivo principal reside em oportunizar às manifestações das partes a apresentação de alegações, havendo um diálogo intermediado pelo mediador. Tais atos se direcionam no sentido de uma composição amigável entre as partes, que construirão livremente o seu pacto de pôr fim à lide. Exatamente para permitir essa liberdade às partes é que o formalismo em sua plenitude é afastado, mantendo-se obviamente atos necessários e indispensáveis para se possibilitar o procedimento e registrar o resultado.

O princípio da decisão informada significa que a decisão será produzida com as informações fornecidas pelas partes, as quais foram construídas consensualmente no procedimento de mediação com a participação do mediador.

5. PRINCÍPIOS NÃO INSCULPIDOS NO ANTEPROJETO E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Alguns princípios relativos à mediação não estão expressos no anteprojeto e no texto aprovado. Contudo, é papel do pesquisador apontar essas ausências com a intenção de colaborar para o aperfeiçoamento dos textos legais. Realizada a pesquisa bibliográfica, notou-se a ausência do princípio da não adversariedade ou não competitividade e também do princípio da consensualidade, sendo esse o motivo da exposição dos princípios mencionados.

O princípio da não adversariedade ou não competitividade liga-se à necessidade de afastar posicionamentos e comportamentos de competitividade ou adversariedade entre as partes no decorrer da mediação. É imprescindível que, no momento em que estejam reunidas perante o mediador, seja criado um ambiente de serenidade, racionalidade e ausência de emoções, possibilitando um diálogo com o foco voltado exclusivamente para o problema.

Uma boa técnica que pode ser manejada pelo mediador é esclarecer às partes que as suas pessoas não são o problema e muito menos o representam. O problema precisa ser identificado como um terceiro elemento, e a vontade dos presentes à audiência é no sentido de solucioná-lo de forma a trazer os mínimos efeitos indesejados. Pressupõe-se a ausência de competição entre as partes, que possuem em comum a vontade de resolver o conflito (TAVARES, 2002, p. 67).

A mediação deve ter como um dos seus focos o estímulo de um sentimento de cooperação, valendo-se da via da comunicação para identificar objetivos comuns e com vistas à harmonia⁷.

A solução dos conflitos por meio da mediação ou da conciliação consiste no exercício da autonomia das partes, que ao final irão construir uma decisão conjuntamente. A construção dessa decisão certamente não logrará êxito se houver uma postura de rivalidade. Dessa forma, cumpre ao mediador expor condições indispensáveis para a busca de resolução da controvérsia de forma não adversarial.

Por sua vez, o princípio da consensualidade está relacionado ao resultado ou decisão. Indica que não há imposição de decisão ou resultado. As partes devem ter suas vontades alinhadas num determinado sentido, compondo o resultado da lide.

Poder-se-ia indagar, nesse momento, que, uma vez sendo consensual a solução e construída pelas partes, como o mediador desempenharia alguma função e qual seria? Ocorre que, pelo exercício da função do mediador, não se compromete a consensualidade. Ao contrário, ele deve estimulá-la, como que guiando as partes para uma solução pacífica e de consenso.

O alvo da consensualidade é dependente da atuação do conciliador, uma vez que as partes não o conseguiram sozinhas. A clara avaliação de opções e consequências pode levar a uma reflexão acerca da consensualidade e sua superioridade na resolução de conflitos. Trata-se de uma nova comunicação⁸.

CONCLUSÃO

O instituto da mediação é sem dúvida de grande importância, não só na busca de uma decisão que contemple a vontade das partes envolvidas em litígio, mas também, e fundamentalmente, por promover uma aproximação entre essas pessoas, possibilitando-lhes sanar definitivamente o conflito entre si.

⁷ A mediação estimula um sentimento de cooperação e de comunicação quando aponta as partes não como antagônicas, mas como aqueles que trilham o mesmo objetivo: entre as diferenças, encontrar os objetivos comuns, buscando a melhor solução, alcançando a harmonia (SALES, 2004, p. 47).

⁸ O mediador auxilia as partes a restabelecer a comunicação entre si e a avaliar os objetivos, opções e consequências de seus atos, conduzindo a um entendimento que seja satisfatório para ambas. Esse entendimento é alcançado pelas partes por intermédio da reflexão e de novos vínculos que aparecem, como o fruto do diálogo entre as partes, que antes se encontrava prejudicado; uma comunicação nova que permite às partes acordarem (SALES, 2004, p. 47).

Verifica-se que a aplicação dos princípios específicos da mediação é indispensável na formação de um ambiente isento e propício ao diálogo entre as partes, com a participação do mediador, no objetivo da construção de uma proposta aceitável e que ponha termo ao litígio.

Cumprido realçar que um dos grandes, se não o maior dos benefícios resultantes da mediação, quando alcança seu objetivo a contento, é exatamente a aproximação das partes litigantes, o que se acredita que definitivamente põe termo ao litígio. O fundamento é que nas hipóteses de sentença judicial não se pode atender aos interesses dos litigantes simultaneamente, restando sempre certa insatisfação e o resquício da questão mal resolvida, presente mesmo naqueles cujos fatos apontam para a derrota e ainda assim não a aceitam; quando não suficientemente convencidos, mantêm consigo o sentimento de injustiça, o que de certa forma significa que a lide não se dirimiu por completo.

Seguramente a sociedade pode ser vista como um todo, funcionando harmoniosamente. Reconhecemos que a lide incomoda essa harmonia, e, assim, a estabilidade somente retornará com a total e completa solução, convencendo essencialmente as partes do resultado. Por tal razão, vislumbra-se que o pacto resultante da mediação pode trazer o efeito de harmonia, tal como antes da lide, em face da insatisfação mínima diante do pacto construído em participação e convencimento conjuntos.

No tocante aos princípios instituidores da mediação, verificou-se que o parlamento somente acrescentou ao rol proposto pelo anteprojeto o princípio da decisão informada, o que sem dúvida consistiu em um grande avanço científico para o texto normativo.

Em relação aos princípios “esquecidos” pelo anteprojeto e parlamento, deveriam ser incluídos no texto legal por intermédio de uma reforma pontual, porque sem dúvida a consensualidade e a não adversariedade são princípios instituidores da mediação.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. O instituto da mediação – parte I. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Arnaldo Wald (Coord.), São Paulo: RT, abr./jun. 2009.

_____. O instituto da mediação – parte II. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Arnaldo Wald (Coord.), São Paulo: RT, jul./set. 2009.

ANTEPROJETO. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto/comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Lei n. 29/09, de 29 de junho**. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2011.

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Arnaldo Wald (Coord.), São Paulo: RT, out./dez. 2007.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar**: uma interpretação em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 25 DE MARÇO DE 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

DECRETO N. 737, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1850 (Determina a ordem do juízo no processo Commercial). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 21 DE MAIO DE 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 6 set. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEI N. 29, DE 29 DE JUNHO DE 2009. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

LEI N. 968, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0968.htm>. Acesso em: 7 mar. 2011.

LOPES, Vitor Carvalho. Breves considerações sobre os elementos subjetivos da mediação: as partes e o mediador. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Arnaldo Wald (Coord.), São Paulo: RT, jul./set. 2010, ano 7, n. 26.

MICHELON, Regina Maria Coelho. A mediação dos conflitos trabalhistas. In: OLIVEIRA, Angela. **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.