

Organizadores:

Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles
Herta Grossi

REFLEXÕES SOBRE MEDIAÇÃO

Autores:

André Jobim de Azevedo | Carlos Artidório Allegretti | Clarisse Barcellos Lima | Daniel Achutti | Dulce Maria Martins do Nascimento | Elsa de Mattos | Herta Grossi | Josiane Rigon | Julia Ritter Wohlgemuth | Juliana Guanaes | Juliano Alves Lopes | Lausiane Luz de Saboya | Leonardo da Silva Garcia | Marcelo Girade | Maria de Nazareth Serpa | Maria Paula Nogueira Ávila | Marilene Marodin | Marta Echenique | Mauro Gaglietti | Nádia Ahmad Omar Ali | Paul Eric Mason | Pedro Augusto Rufino Rodrigues | Raffaella da Porciúncula Pallamolla | Regina Maria Coelho Michelin | Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles | Samira lasbeck de Oliveira Soares | Tatiana de Marsillac Linn Heck | Vitória Fernandes Guedes Silveira

Organizadores:
Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles
Herta Grossi

Reflexões sobre Mediação



Porto Alegre
OAB/RS
2018

Organizadores:
Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles
Herta Grossi

Reflexões sobre Mediação

Autores

André Jobim de Azevedo
Carlos Artidório Allegretti
Clarisse Barcellos Lima
Daniel Achutti
Dulce Maria Martins do
Nascimento
Elsa de Mattos
Herta Grossi
Josiane Rigon
Julia Ritter Wohlgemuth
Juliana Guanaes
Juliano Alves Lopes
Lausiane Luz de Saboya
Leonardo da Silva Garcia
Marcelo Girade

Maria de Nazareth Serpa
Maria Paula Nogueira Ávila
Marilene Marodin
Marta Echenique
Mauro Gaglietti
Nádia Ahmad Omar Ali
Paul Eric Mason
Pedro Augusto Rufino Rodrigues
Raffaella da Porciúncula Pallamolla
Regina Maria Coelho Michelin
Ricardo Cesar Correa Pires
Dornelles
Samira Iasbeck de Oliveira Soares
Tatiana de Marsillac Linn Heck
Vitória Fernandes Guedes Silveira



Porto Alegre
OAB/RS
2018

Copyright © 2018 by Ordem dos Advogados do Brasil

Secção do Rio Grande do Sul

Todos os direitos reservados

Arte da Capa

Carlos Pivetta

D757m

Reflexões sobre Mediação. Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles - Herta Grossi (Organizadores); André Jobim de Azevedo...[et.al.]. Porto Alegre: OAB/RS, 2018. 429p. 17x24cm.

ISBN online: 978-85-62896-09-5

ISBN impresso: 978-85-62896-10-1

1. Mediação. 2. Conciliação. I Título.

CDU: 347.919.6

Bibliotecária Jovita Cristina Garcia dos Santos – CRB 1517/10º

Rua Manoelito de Ornellas,55 – Praia de Belas

CEP: 90110-230 Porto Alegre/RS

Telefone: (51) 3287-1838

e-mail: biblioteca@oabrs.org.br

**O conteúdo é de exclusiva responsabilidade dos seus autores.
Revisão: Responsabilidade do Autor.**

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CONSELHO FEDERAL

DIRETORIA/GESTÃO 2016/2018

Presidente: Claudio Pacheco Prates Lamachia
Vice-Presidente: Luís Cláudio da Silva Chaves
Secretário-Geral: Felipe Sarmento Cordeiro
Secretário-Geral Adjunto: Marcelo Lavocat Galvão
Diretor Tesoureiro: Antonio Oneildo Ferreira

ESCOLA NACIONAL DE ADVOCACIA – ENA

Diretor-Geral: José Alberto Simonetti Cabral

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente: Ricardo Ferreira Breier
Vice-Presidente: Luiz Eduardo Amaro Pellizzer
Secretário-Geral: Rafael Braude Canterji
Secretária-Geral Adjunta: Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira
Tesoureiro: André Luis Sonntag

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

Diretora-Geral: Rosângela Herzer dos Santos
Vice-Diretor: Marcos Eduardo Faes Eberhardt
Diretor Administrativo-Financeiro: Otto Júnior Barreto
Diretor de Cursos Permanentes: Fernanda Corrêa Osório, Daniel Ustároz
Diretor de Cursos Especiais: Darci Guimarães Ribeiro
Diretor de Cursos Não Presenciais: Eduardo Lemos Barbosa
Diretora de Atividades Culturais: Karin Regina Rick Rosa
Diretora da Revista Eletrônica da ESA: Denise Pires Fincato

CONSELHO PEDAGÓGICO

Alexandre Lima Wunderlich
Ana Paula Oliveira Ávila
Darci Guimarães Ribeiro
Delton Winter de Carvalho
Rolf Hanssen Madaleno

CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS

Presidente: Rosane Marques Ramos
Vice-Presidente: Pedro Zanette Alfonsin
Secretária-Geral: Cláudia Brosina
Secretária-Geral Adjunta: Melissa Telles Baruffi
Tesoureiro: Gustavo Juchem

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA

Presidente: Cesar Souza
Vice-Presidente: André Araujo

CORREGEDORIA

Corregedora: Maria Helena Camargo Dornelles
Corregedores Adjuntos: Maria Ercília Hostyn Gralha, Josana Rosolen
Rivoli, Darci Norte Rebelo Jr

OABPrev

Presidente: Jorge Luiz Dias Fara
Diretor Administrativo: Paulo Cesar Azevedo Silva
Diretora Financeira: Claudia Regina de Souza Bueno
Diretor de Benefícios: Luiz Augusto Gonçalves de Gonçalves

COOABCred-RS

Presidente: Jorge Fernando Estevão Maciel
Vice-Presidente: Márcia Heinen

Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS

Presidente: Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles
Vice-Presidente: Raffaella da Porciuncula Pallamolla
2º Vice-Presidente: Jose Luis Bolzan de Morais
Secretária-Geral: Clarisse Barcelos Lima
Secretário-Geral Adjunto: Leonardo da Silva Garcia

PREFÁCIO

Primeiramente não posso deixar de destacar que foi com grande honra que recebi o convite para prefaciar o presente livro, elaborado pela dedicada Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS, brilhantemente presidida pelo colega Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles, para celebrar seus importantes anos de contribuição à Ordem e à advocacia do RS.

Tenho a certeza de que essa valorosa obra, fruto do trabalho coletivo de ilustres autores, contribuirá com relevantes informações sobre a mediação, levando-nos à reflexão do quanto é necessária a presença dos advogados nos Centros de Soluções de Conflitos, uma vez que o acesso à Justiça passa necessariamente pela presença da advocacia.

Inclusive, a criação da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas na OAB/RS há anos reforça que é possível trazer a conciliação e a mediação para dentro da Ordem, mostrando o protagonismo da classe nos meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

Sendo assim, ao concluir estas breves palavras, parabenizo a equipe de autores e organizadores desta publicação, por meio dos colegas Ricardo Dornelles, Presidente da Comissão, e Rosângela Herzer dos Santos, Diretora-Geral da ESA/RS, manifestando minha convicção de que o presente material, preparado com tanta responsabilidade e dedicação, será de grande contribuição para a advocacia e demais interessados na área.

Dessa forma, desejo a todos uma excelente leitura!

Claudio Lamachia
Presidente Nacional da OAB

PREFÁCIO

Ao receber o convite para prefaciar esta obra, vieram, imediatamente, alguns sentimentos e pensamentos. O primeiro deles é o de orgulho de saber que a Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS será a primeira do Brasil nesta área de atuação a lançar um livro. Isto, por si só, já é merecedor de aplausos e reconhecimento da nossa entidade.

Só que tem mais. O livro também presta homenagem pelos 11 anos de existência desta Comissão, que vem, incansavelmente, se debruçando sobre o tema, realizando encontros, debates, estudos e avaliações sobre como a Mediação e Práticas Restaurativas são um caminho a ser melhor aproveitado em nome da cidadania. Essa postura determinada e engajada está como um sólido pilar de afirmação do trabalho da comissão.

A sobrecarga do Poder Judiciário é uma realidade. Em diferentes encontros da OAB/RS, seja no Conselho Pleno, no Colégio de Presidentes ou em pautas de diferentes comissões, esse panorama é permanentemente rememorado. Além de impedir a resolução de impasses, que acabam se prolongando por tortuosos anos, essa morosidade – originária de um somatório de causas – tem a triste consequência de gerar um sentimento de que a Justiça não é para todos. É um cenário preocupante, pois os direitos dos cidadãos, por vezes, ficam reféns desse complexo sistema.

Só que, ao longo dos anos, foram sendo estudadas e estruturadas técnicas capazes não apenas de extinguir processos e evitar o ajuizamento de novas ações, mas, principalmente, de lidar dignamente com os conflitos. Vem sendo pavimentada essa via, criando oportunidades para a busca de soluções construtivas. Ressalte-se, com práticas em pequenas e grandes comarcas.

Este livro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS nos brinda com textos que abordam diversos contextos de Mediação, com a leitura permitindo a promoção desse debate e a devida amplificação desses temas. É uma honra saber que todo envolvimento de integrantes da comissão tenha sido no sentido de viabilizar essa valiosa contribuição não só para a advocacia gaúcha, mas para a sociedade brasileira.

Ricardo Breier

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Rio Grande do Sul (OAB/RS)

PREFÁCIO

A advocacia necessita saber manusear outras ferramentas, além da via judicial e se preparar para alternativas de resolução de conflitos mais adequadas a cada caso, e dessa forma contribuir com a tão sonhada paz social.

Nesse sentido, a importância de proporcionarmos meios de incentivo para o conhecimento de novos saberes.

Com satisfação, a Escola Superior de Advocacia da OAB/RS, apresenta a primeira coletânea de artigos, sob o título “Reflexões sobre mediação”, organizado pelo Dr. Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles – Presidente da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. A coletânea contempla 18 artigos e 28 autores que contribuem com a necessária atualização e aperfeiçoamento da advocacia.

Desejamos uma ótima leitura!

Rosângela Maria Herzer dos Santos
Diretora-Geral da Escola Superior da Advocacia da OAB/RS

APRESENTAÇÃO

O presente livro, em forma de coletânea, composto por artigos escritos por membros da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas, e por respeitáveis parceiros dessas áreas de estudo, objetiva uma reflexão mais ampla sobre os meios autocompositivos de solução de controvérsias, com ênfase no procedimento de Mediação.

Esta obra, que conta com a organização do Dr. Ricardo César Correa Pires Dornelles e da Dra. Herta Grossi, partiu da ideia do estímulo ao estudo, à discussão, a pesquisa, e a disseminação do conhecimento sobre os métodos não adversariais, bem como da divulgação das experiências vividas na Casa de Mediação da OAB/RS.

Os textos aqui reunidos apresentam as ideias de estudiosos e profissionais com experiência consolidada, de expressão nacional e internacional e cumprem a função de subsidiar discussões sobre o tema, encontrando respaldo a partir da proposta do II Congresso Internacional de Mediação, cuja temática foi “Mediação: Realidade ou Utopia?”.

Os capítulos nortearam-se em grandes premissas: no pioneirismo da OAB/RS com a implantação da Casa de Mediação, que propiciou, e vem propiciando, vastas e valorosas experiências, ao longo destes 11 anos de existência; nos desafios, avanços e possibilidades para a sedimentação da mediação como forma extrajudicial de resolução de conflitos; em alguns campos de utilização do procedimento de Mediação; na percepção e reconhecimento das subjetividades que envolvem mediandos e mediadores (emoções, crenças, valores, ...) e nas barreiras que a mediação se defronta e obstaculizam seu crescimento no mercado de trabalho.

Salienta-se, ainda, as reflexões sobre as demandas urgentes do debate educacional sobre a formação dos mediadores, assim como do ensino jurídico que não contempla adequadamente as peculiaridades procedimentais e teóricas dos métodos autocompositivos.

Sob diferentes perspectivas, todos os autores desta coletânea, apontam a importância da sedimentação dos procedimentos autocompositivos, sobretudo na comunidade jurídica à fim de fortalecer a cidadania.

Desejamos que as reflexões apresentadas nesta obra propiciem aos operadores do Direito e às pessoas interessadas no tema, uma atualização do conhecimento sobre importantes questões que envolvem os métodos autocompositivos.

Os Organizadores

Sumário

O PIONEIRISMO DO RIO GRANDE DO SUL: UM BREVE HISTÓRICO DA CASA DE MEDIAÇÃO DE PORTO ALEGRE – <i>Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles – Herta Grossi – Julia Ritter Wohlgemuth</i>	16
ADVOGANDO NA MEDIAÇÃO: O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA EM TEMPOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO – <i>Juliano Alves Lopes</i>	33
O ADVOGADO E A NEGOCIAÇÃO DE CONFLITOS – <i>Clarisse Barcellos Lima – Pedro Augusto Rufino Rodrigues - Leonardo da Silva Garcia</i>	55
MEDIAÇÃO NO BRASIL - REGULAMENTAÇÃO E ATUALIDADE – <i>Dulce Maria Martins do Nascimento</i>	79
JUSTIÇA MEDIÁTICA NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DA LEI 13.140/2015 – <i>Mauro Gaglietti</i>	98
A MEDIAÇÃO COMO CAMINHO CONTEMPORÂNEO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS – <i>André Jobim de Azevedo – Vitória Fernandes Guedes Silveira</i>	132
ENTRAVES NA REALIDADE DA MEDIAÇÃO – <i>Maria de Nazareth Serpa – Paul Eric Mason</i>	157
MEDIAÇÃO: UMA VISÃO PÓS-MODERNA DO CONFLITO – <i>Carlos Artidório Allegretti</i>	194

A MEDIAÇÃO NO DIREITO E O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS JURÍDICOS - <i>Tatiana de Marsillac Linn Heck – Lausiane Luz de Saboya</i>	225
AGÊNCIAS REGULADORAS E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AMPLIANDO OS HORIZONTES DE APLICAÇÃO DA LEI 13140/2015 – <i>Samira Iasbeck de Oliveira Soares</i>	249
A COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS - A BUSCA DE SOLUÇÕES - <i>Regina Maria Coelho Michelin</i>	265
A MEDIAÇÃO COMO MODELO ADEQUADO NA GESTÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS – <i>Josiane Rigon – Nádia Ahmad Omar Ali</i>	273
BARREIRAS AUTOIMPOSTAS PARA O CRESCIMENTO DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA NO BRASIL – <i>Marcelo Girade</i>	293
JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL: AFINAL, QUAL A RELAÇÃO ENTRE ELAS? – <i>Raffaella da Porciúncula Pallamola – Daniel Achutti</i>	325
APLICABILIDADE PRÁTICA DAS FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO PARA TRATAMENTO DE RELAÇÕES PARENTAIS E ALIENAÇÃO PARENTAL – <i>Elsa de Mattos – Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias</i>	339

UM OLHAR DA PSICOLOGIA – BEM ALÉM DA RAZÃO – <i>Marta Echenique</i>	363
A MEDIAÇÃO COMO UM PROPÓSITO DE VIDA - UMA REFLEXÃO SOBRE OS VALORES NUCLEARES DO MEDIADOR – <i>Maria Paula Nogueira Ávila</i>	382
ESTUDO SOBRE A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO MEDIADOR/ADVOGADO – <i>Marilene Marodin</i>	402

O PIONEIRISMO DO RIO GRANDE DO SUL: UM BREVE HISTÓRICO DA CASA DE MEDIAÇÃO DE PORTO ALEGRE

Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles¹

Herta Grossi²

Júlia Ritter Wohlgemuth³

História

Atualmente, com o advento do Novo Código de Processo Civil e da Lei 11.140 de 2015, a Mediação de Conflitos passou a contar com grande visibilidade em todo o País. Algumas das características do

¹ Presidente da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Coordenador Geral da Casa de Mediação da OAB/RS. Membro do Núcleo de Estudos sobre Mediação e Justiça Restaurativa da AJURIS. Pós-Graduado em Gestão Empresarial pela UFRGS, em Direito Empresarial pela PUC/RS e em Educação pelo Programa Psicologia Social da UNISC. Mestrando em Comunicação pela PUC/RS. Membro do Grupo Avançado de Estudos sobre Mediação Institucional – CNPQ. Mediador da Câmara de Mediação e Arbitragem da FIERGS. Coordenador da Câmara de Mediação da FEDERASUL. Coautor do Manual de Mediação para advogados pela Secretaria da Reforma Judiciária em parceria com o Conselho Federal da OAB. Vice-Presidente da Comissão de Mediação e Conciliação do Conselho Federal da OAB. Palestrante em Seminários no âmbito Nacional e Internacional. Consultor em Projetos Públicos e Privados.

² Advogada. Mediadora e Negociadora Profissional. Especialista em Psicopedagogia Clínica e Institucional. Doutoranda em Psicologia Social pela Universidade Argentina John F. Kennedy/Buenos Aires. Possui curso de Negociação no Modelo Harvard Negotiation Project, pelo CMI Interser. Mediadora Certificada pela Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Fundadora e Diretora do COMPOR – Instituto de Mediação e Negociação. Coordenadora de Projetos, Docente e Supervisora de Estágio no Curso de Capacitação de Mediadores de Conflitos da CLIP. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação Autocomposição ênfase Administração Pública, da Escola Superior de Direito Municipal/Faculdade Dom Bosco. Especialista da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem - CBMAE FEDERASUL. Membro do Conselho Editorial da Revista Mediação & Justiça. Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS – CEMPR.

³ Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário. Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS – CEMPR.

método começam a ser amplamente veiculadas pela mídia, como, por exemplo, o aumento do nível de satisfação daqueles que estão envolvidos com a resolução de um conflito.

Contudo, os benefícios da mediação e das práticas restaurativas são disponibilizados gratuitamente para os cidadãos do Estado do Rio Grande do Sul desde 2011, com a criação da Casa de Mediação, um projeto inovador que visa a inserção de uma noção de cidadania e de diálogo na sociedade, a partir do oferecimento dos serviços de Mediação de Conflitos, capacitação e formação de mediadores para este atendimento, além da disponibilização de palestras, cursos e seminários, os quais visam difundir os métodos autocompositivos para advogados e sociedade em geral.

As raízes deste projeto remontam ao ano de 2002, quando um advogado Porto Alegrense, influenciado pelos projetos implementados na França, abraçou a ideia de projetar casas de mediação no Estado, as quais, em seu modelo original, visam aproximar a sociedade dos poderes públicos, efetivando, desta forma, o próprio conceito de justiça. O projeto foi aprofundado, montado e apresentado para a OAB/RS, que abraçou a ideia, evidenciando o caráter social da instituição. Sendo assim, da parceria do Doutor Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles e do Doutor Cláudio Prates Lamachia, Presidente da Seccional à época, nasceu o sonho de criar um espaço em que as práticas de mediação, amparadas por uma visão humanista, pudessem ser oferecidas à sociedade gaúcha e, além disso, disseminar esta cultura entre advogados gaúchos. O apoio de uma instituição como a OAB neste projeto, em

uma época em que pouco se falava a respeito de outros métodos de resolução de conflitos, comprova o caráter social desta instituição e, ainda, fornece uma maior aceitação e credibilidade da mediação.

O primeiro passo dessa parceria se deu em 2007, com a criação da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas na OAB/RS, sendo a primeira Seccional a dissociar tal prática da arbitragem, haja vista a percepção das diferenças de seus objetivos e procedimentos, em face desta experiência de trabalhar institutos separadamente. Neste sentido, o Conselho Federal, em 2017, sugeriu que estas práticas fossem separadas em todas as Seccionais. Em 2009, um segundo e importante passo foi dado: firmou-se convênio entre a Casa de Mediação e a Secretaria de Reforma do Ministério da Justiça. A partir deste convênio, foi possível a criação de um espaço físico para o projeto, que passou a contar com um local em que as sessões de mediação são realizadas com todo o aparato necessário. A sede ainda oferece palestras abertas ao público, capacitação e supervisão para os mediadores em formação.

A Casa de Mediação está instalada no novo prédio da OAB, em frente ao novo Fórum Central. A equipe da casa é composta por um corpo de mediadores (profissionais de várias áreas e mediadores em formação, todos voluntários). Além do trabalho dos Supervisores e do Coordenador responsável pela gestão e articulação da casa. O trabalho voluntário dos mediadores, supervisores e coordenador visa fomentar o “braço social” da OAB.

A primeira turma de mediadores terminou sua formação em 2011. O curso foi gratuito e a capacitação teve a duração de 120 horas de aulas teóricas e 60 horas de práticas de mediação com orientação técnica. Concluíram a parte teórica 32 alunos. Essa turma foi capacitada para a realização de mediação extrajudicial, buscando atender a demanda da comunidade que chegasse à Casa. O enfoque da capacitação foi trazer vivências para os participantes que ultrapassassem o transcrito na bibliografia padrão sobre o assunto, sobre a qual não se nega a importância, contudo, haja vista a complexidade das relações humanas, viu-se a importância de alargar o foco. Assim, o curso abrangeu temas como a criatividade, o empoderamento e o enfoque na corporeidade emocional dos participantes ao longo da formação. Para isso, utilizou métodos correlatos à Mediação de Conflitos, tais como a Comunicação Não-Violenta, práticas restaurativas e circulares, citando alguns exemplos. Todo este arsenal visava conscientizar os capacitandos e, conseqüentemente, toda a sociedade - a partir das sessões de mediação que estes viriam a fazer. Esta visão humanista dos idealizadores do projeto fez com que o método de mediação utilizado pela Casa seja o humanista, o qual busca a restauração da relação em conflito a partir do verdadeiro diálogo e da conscientização da sociedade.

Outro passo importante para a formação da Casa de Mediação foi o convênio firmado no ano de 2014 com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Este convênio previa o encaminhamento de casos que ocorressem na Casa para o Judiciário e, da mesma forma, os casos passíveis de mediação seriam encaminhados do Judiciário, a fim de que

uma solução diversa da usualmente apresentada pelo Judiciário fosse encontrada. Além disso, foi realizado um segundo treinamento e formação de nova turma de mediadores, este com enfoque na Mediação Judicial e de acordo com os parâmetros da Resolução nº 125 do CNJ. A Turma foi composta por advogados, na sua maioria, mas também foram abertas vagas para o público em geral, a carga horária foi de 40 horas-aula, envolvendo teoria, prática e o estágio, com atendimentos supervisionados em mediação e apresentação de 10 (dez) relatórios validados pela supervisão. Concluíram a parte teórica 22 alunos.

Os cursos ministrados pela Casa são transformadores para aqueles que deles participaram, haja vista que os profissionais passam a utilizar os conceitos da formação tanto na vida profissional quanto pessoal. Neste sentido, temos vários relatos de mediadores que participaram do curso de 2011. A mediadora Eliane Giusto (integrante do curso de 2011, advogada e filósofa, atuante em Caxias do Sul-RS) relata que sua vida como advogada mudou totalmente depois das capacitações, pois, diversamente do que o advogado é treinado a fazer (lutar para vencer), ela entendeu que ninguém vence. Como advogada, Eliane atua na área de família e, depois da capacitação em mediação, passou a perceber que as pessoas saem exterminadas de um litígio grande, com as famílias desmanteladas e os filhos com todo tipo de comprometimento; a mediação, por outro lado, abre os olhos para a necessidade de preservação daquela família, da relação com os filhos, que não se rompeu e de não ver o outro como inimigo. Ela refere que a postura combativa da advocacia trouxe o excesso de processos e a litigiosidade extrema que vivenciamos hoje.

A mediadora Silvani Botlender Severo, psicóloga, relata que teve contato com a Mediação de Conflitos quando cursava o Mestrado em Filosofia, inscrevendo-se no primeiro curso oferecido pela Casa. Ela refere que a vivência prática oferecida ao longo da capacitação (realizou mediações ao longo dos anos de 2012 a 2014) foi um grande diferencial, aprimorando as competências que aprendeu no curso e, além disso, proporcionou a reflexão sobre aspectos inerentes ao mediador, como a neutralidade e a constante abertura para o aprendizado, sobre si e sobre a mediação. A mediadora conta que o curso possibilitou mudanças de paradigma na sua vida: no aspecto profissional, refere que a mediação ampliou a sua compreensão sobre o conflito e sobre as pessoas envolvidas, auxiliando o trabalho que exerce com saúde coletiva; na sua vida pessoal, refere que foi transformador, pois fez com que esta compreendesse que era mais importante ser feliz a ter razão, pois o diálogo nasce quando compreendemos que o outro sempre tem uma posição e nos resta compreendê-la ou aceitá-la. Silvani acredita que a mediação está apta a produzir mudanças na sociedade e todos aqueles que, de alguma forma, tomaram contato com a prática acabam percebendo que existem outras formas de lidar com os conflitos e a Casa vem contribuindo com esta mudança de ótica. Para ela, a mediação representa uma potente ferramenta de mudança de comportamento em situações de exploração ou em relações baseadas no perde/ganha: “é a persistente possibilidade de nos recriarmos e nos reconstituirmos como Seres Humanos compassivos e benevolentes com as dificuldades da nossa existência.”.

O mediador Nilo de Matos, advogado, relata que seu primeiro contato com as técnicas alternativas ou adequadas de resolução de conflitos ocorreu na década de 70, com negociações assistidas em âmbito empresarial. Refere que sua formação como mediador ocorreu junto com a primeira turma da Casa de Mediação, destacando como pontos importantes do curso o desenvolvimento da maturidade mental, vontade de aprender, atenção plena e auto-avaliação constante, melhorando padrões de ideias e de comportamentos. O mediador relata que a mediação o aprimorou em todas as áreas da sua vida, em relação ao campo profissional, ressalta que a mediação desenvolveu sua capacidade de atenção e de percepção, com reflexos nas consultorias que presta a empresas. Ele entende que o método vem ao encontro de novos valores e requerimentos sociais, tais como a celeridade adequação e efetividade. Contudo, realça que, no que tange ao estágio atual da evolução da mediação, três grandes eixos merecem cuidado: a sua propagação e incentivo à divulgação, o especial cuidado na formação de um competente corpo de profissionais e, por fim, a construção de um sistema eficiente de fiscalização e controle das atividades em questão. Finaliza referindo que, para mediar bem, além dos estudos e técnicas, exige-se do mediador afinada sensibilidade, ética, respeito pelos outros, empatia, compaixão, solidariedade e, sobretudo, amor.

Por fim, a mediadora Jane Pereira Nicolas, advogada, refere que sua capacitação ocorreu no curso oferecido pela Casa, ressaltando seu caráter profissional, pois proporcionava horas de prática e de observação, avaliação, feedbacks, supervisão e enfoque no perfil

profissional dos mediadores. A mediadora conta que se tornou outra pessoa depois do curso, pois este abriu seus horizontes, com outra visão sobre os conflitos e os métodos para a sua solução. No campo profissional, ela se tornou uma advogada mais pacífica, aberta a acordos e a escutar ativamente, sem partir para o “campo de batalha”, como a prática anterior havia lhe ensinado. Ela ainda entende que a mediação é técnica que será utilizada constantemente, haja vista sua maior eficácia, seu menor desgaste físico, emocional e financeiro, conforme dados estatísticos apontam. Todas estas características acabam por gerar, inclusive, um maior comprometimento das partes com o acordo. Para a mediadora, o método a ensinou que o conflito é inerente ao ser humano, assim as técnicas da mediação ensinam a ver o lado positivo dos pequenos, médios e grandes conflitos.

Os depoimentos dos advogados denotam a conscientização dos mesmos da importância da Mediação, que passam, gradualmente a utilizar o procedimento.

Em todos os treinamentos oferecidos pela Casa há o esforço para que a formação seja interdisciplinar. Desta forma, além de sempre se buscar profissionais de diversas áreas do conhecimento e não apenas advogados, objetivando-se a formação de equipes multidisciplinares, organizam-se congressos, seminários e palestras a fim de que o conhecimento seja passado de forma dinâmica e horizontal, permitindo a troca de concepção entre os capacitandos e incentivando o diálogo e o raciocínio. Além da capacitação, a Casa busca difundir a mediação a partir de palestras oferecidas para o público em geral e faz parcerias

com outras instituições, tais como a AJURIS, possibilitando que nomes internacionalmente reconhecidos venham à Porto Alegre falar sobre a prática. Nos anos de 2007 a 2015, entre painéis, debates, palestras, conferências e cursos, a Casa ministrou 112 eventos, nos quais os conhecimentos a respeito da mediação foram apresentados para diversos públicos⁴. Neste sentido, no final do ano de 2016, ocorreu o “I Congresso Internacional de Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Sul (OAB-RS)”, o qual se voltou à questão empresarial e contou com a presença de conferencistas de grande renome internacional. No mesmo ano, a Comissão de Mediação organizou, em parceria com a CAMARB, a I Competição Brasileira de Mediação cuja finalidade é a disseminação do estudo e da prática da mediação no país.

No ano de 2017 foi realizada capacitação para procuradores e servidores da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, para formação de mediadores no âmbito da administração pública municipal. Os mesmos estão realizando estágio prático na Casa de Mediação, para atuarem na Câmara de Mediação do Município, que é a primeira capital a implementar a mediação como política pública, com a criação da primeira Câmara Municipal de Mediação do Brasil. Ainda em 2017, realizou a III Regional Sul – Preparatória para a Competição Nacional de Mediação, em mais uma parceria com a CAMARB, propiciando a disseminação da cultura da mediação empresarial,

⁴ As estatísticas apontadas a seguir têm como fonte dados científicos da Casa de Mediação da OAB/RS. 2017.

estimulando o estudo e contribuindo para a formação de profissionais qualificados.

No corrente ano, organizou o II Congresso Internacional de Mediação, evento que contou com profissionais de diversos países, entre eles, França, Estados Unidos, Argentina, Espanha, reunindo algumas das principais autoridades mundiais que tratam da Mediação em suas mais variadas especificidades.

Atualmente, a visibilidade da Casa de Mediação e o trabalho intenso da Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS fazem com que seja crescente o número de Comissões de Mediação instaladas no interior do Estado do RS, em razão das palestras oferecidas nas subseções, contribuindo para a qualificação dos advogados e conseqüentemente na melhora dos serviços prestados à comunidade. Neste sentido, pode-se citar o curso “Advogando na Mediação”, voltado para advogados e estudantes de Direito, cujo objetivo é introduzir o tema da Mediação, de forma atualizada. O curso tem ênfase na atualização e informação destes profissionais, haja vista todas as inovações legislativas que a matéria ganhou recentemente, sendo ministrado pelos integrantes da Comissão, os quais são convidados de acordo com os seus conhecimentos, disponibilidade e habilidades para as diversas áreas da mediação. Além disso, foram realizadas apresentações, no interior e Capital, introduzindo o tema. Objetiva-se que este curso seja realizado 02 (duas) vezes ao ano, haja vista a intensa procura sobre o tema. Além disso, a OAB/RS inseriu a matéria de mediação na grade curricular nos cursos de atualização em

Processo Civil, a qual será ministrada pelo coordenador da Casa e possibilitará o alcance de noções introdutórias sobre o assunto para amplo número de advogados.

A visibilidade que a Casa oferece à mediação, aliada ao seu pioneirismo no assunto, faz com que a OAB/RS receba visitas de colegas de outras subseções do Estado e de outras Seccionais do Brasil, visando a implementação de projetos similares. Pode-se citar a visita de representantes dos Estados de Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Goiânia, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Amazonas, Sergipe, São Paulo, Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco e Piauí. Outrossim, a Casa recebeu visitas de mediadores internacionais, os quais são originários de Países como Estados Unidos, França, Bélgica, Terra do Fogo (Chile), Argentina, Portugal e Inglaterra. Países com amplo histórico em práticas restaurativas e mediação, concedendo prestígio à iniciativa e, ademais, estas visitas, feita por mediadores que possuem vivência em Países cuja mediação já possui raízes mais profundas, constituem bons suportes para as práticas aqui realizadas e uma reflexão sobre os caminhos a serem construídos a partir da nossa cultura.

A equipe da Casa de Mediação acredita que a mudança de concepção da sociedade a respeito de métodos de solução de conflitos diversos do Judiciário ocorre a partir da construção de bases sólidas desta ideologia no imaginário popular, com a adesão e a entrega das partes e dos advogados. Sendo assim, uma das formas vislumbradas de introdução deste novo olhar foi a confecção de convênios com a Administração Pública e instituições que contam com o respaldo da

sociedade - repensa-se não apenas a forma como as pessoas que trabalham nestas instituições resolvem seus conflitos - entre servidores ou que surjam na prestação de serviços públicos - mas também relaciona-se a mediação a instituições que possuem credibilidade junto à sociedade.

Sendo assim, uma série de convênios foram firmados ao longo da história da Casa, como exemplos os convênios firmados com União, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Conselho Municipal do Idoso, Delegacia de Proteção ao do Idoso, Secretaria Municipal de Direitos Humanos de Porto Alegre, Procuradoria do Município de Porto Alegre, Secretaria Estadual de Segurança Pública, Caixa Econômica Federal, PROCON, Varas de Violência Doméstica da Comarca de Porto Alegre, Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Ministério Público do Rio Grande do Sul, Delegacia de Proteção à Mulher, Associação de Bairros de Porto Alegre e Tabelionatos. Observa-se do rol citado a busca por instituições que visam à emancipação e o empoderamento dos cidadãos, objetivos que vão ao encontro do preconizado pela Casa.

A Casa de Mediação, ao fazer avaliações qualitativas dos casos que resolve, repousa seu foco na averiguação dos níveis de satisfação dos envolvidos. Contudo, é importante relatar algumas estatísticas coletadas ao longo da história da Casa: foram 5.091 pessoas atendidas. Destas, 2.609 pessoas procuraram a recepção, 478 realizaram o acolhimento oferecido pela Casa, resultando em 951 sessões de mediação, e 1.053 foram visitantes, dentre eles estudantes e participantes de eventos. Atualmente, vivencia-se uma duplicação na

procura por estes serviços, em função da Lei que regulamenta a Mediação de Conflitos e as inovações que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe sobre o tema.

Em relação às matérias que envolvem os conflitos mediados, 54,54% foram familiares, 3,72% bancários, 3,96% compra e venda, 2,56% conflitos em condomínios, 0,69% escolas, 2,33% escritórios de advogados, 1,39% financiamento de cartão de crédito, 5,12% imóveis, 2,33% órgãos públicos, 8,15% prestação de serviços, 0,93% profissional e organizacional, 0,23% societário, 2,09% trabalhista, 1,86% trânsito e, por fim, 10,02% vizinhança. Observa-se que a grande maioria dos casos foram conflitos resultantes das relações familiares, acredita-se que esta primazia ocorre em função do tipo de mediação utilizado pela Casa, que busca um atendimento transformativo, voltado para a restauração das relações e empoderamento dos participantes, a qual ocorre a partir do momento em que as pessoas entram no ambiente.

A história da Casa mostra uma série de avanços que a Comissão vem alcançando desde as suas primeiras ideias, estes avanços trazem como consequência a divulgação da Mediação de Conflitos para um público cada vez maior e, ainda, a disseminação dos seus ideais, como a Comunicação Não-Violenta, o empoderamento do cidadão e a escuta-ativa, componentes imprescindíveis para a construção de uma identificação cidadã dentro da sociedade. Assim, como objetivos futuros, visa-se a implementação da mediação no interior do Estado, o auxílio na instalação de projetos similares em outros Estados do País e a formação de novos convênios.

A Casa é o ambiente físico resultado de toda a filosofia implementada pelos integrantes da Comissão, sempre com o apoio integral da OAB/RS, dessa forma todos os procedimentos ali realizados seguem seus princípios norteadores.

Funcionamento Interno da Casa de Mediação

Todo o funcionamento interno do espaço foi pensado com vistas a proporcionar acolhimento e empatia para aqueles que circulam no local. Sendo assim, as salas de mediação seguem um padrão utilizado em Países com tradição mediativa, tais como o Canadá e a Nova Zelândia. Ademais, todo o procedimento de mediação e triagem de casos também passou pelo crivo dos coordenadores da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB\RS.

Os casos conflituosos chegam até à Casa a partir dos já citados convênios firmados, além disso, por meio de advogados e indicação dos próprios membros da Comissão e mediadores. Os contatos dos solicitantes com a Casa de Mediação se dão via endereço eletrônico ou por telefone. Passa-se então a fase da triagem, a partir da qual é verificado se o conflito em questão pode ser mediado. Para isso o primeiro passo é o preenchimento de formulário socioeconômico, a fim de que o requisito da hipossuficiência seja conferido. Depois disso, ocorre o acolhimento, que é uma fase anterior à pré-mediação, na qual a pessoa que procura o serviço é ouvida pelo funcionário responsável dentro da Casa. Neste momento, o conflito é exposto e o funcionário encarregado pode ter as primeiras percepções sobre a possibilidade de mediar o conflito.

Em sendo o caso passível de mediação, é escolhido um mediador, dentre os agentes capacitados, de acordo com os critérios objetivos e subjetivos da equipe de mediadores. Feita esta escolha, faz-se a pré-mediação, fase em que explica-se aos envolvidos o funcionamento da mediação, suas consequências, seus princípios e demais esclarecimentos necessários, fazendo-se a escuta da questão trazida pelas partes. Caso os envolvidos, depois de cientes destes dados, queiram continuar com a mediação, a sessão conjunta é marcada. Nesta, todos os envolvidos encontram-se no espaço físico da Casa, com a presença da equipe, cujo papel principal é possibilitar e restaurar o diálogo entre os participantes e auxiliar as partes a encontrar uma solução. As sessões duram em torno de 02 horas, sendo realizada uma média de 03 sessões, com um espaço de, pelo menos, uma semana entre elas, tempo considerado essencial para que o participante possa refletir sobre o que foi conversado e formar sua opinião. Caso seja necessário, depois da exposição, sessões individuais poderão ser realizadas de acordo com a situação exposta. O final do processo mediativo ocorre quando as partes chegam a um consenso - que não equivale necessariamente a um acordo. A partir da solução encontrada pelas partes é confeccionado o “Termo de Entendimento”, que é assinado pelos participantes e pode ser utilizado na via Judicial, tendo valor de título extrajudicial. Os mediandos podem também encaminhar o termo para um Tabelionato, para que seja confeccionada Ata Notarial.

A mediação constitui uma grande mudança de paradigma, pois visa melhorar as relações, especialmente aquelas que têm traços de continuidade. Através deste procedimento é possível que as pessoas

alterem a percepção que têm sobre o conflito. Embora esta melhora não necessariamente resulte em um acordo, haja vista que uma das possibilidades de solução encontrada pelas partes é justamente perceber que o seu conflito precisa da chancela judicial. Não obstante, as sessões realizadas resultam em mudanças no comportamento dos envolvidos durante o procedimento judicial e, ademais, a sua postura diante do problema e da relação com os demais envolvidos depois que o processo terminar.

O procedimento realizado na Casa busca total fidelidade ao que os integrantes da Comissão entendem por Mediação, por conflito, por relação e por comunicação.

Novos Desafios

A Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas busca sempre aprender com as práticas que seus membros vivenciam, estando em constante evolução. Sendo assim, recentemente, viu-se a necessidade de mudanças na estrutura da Comissão, com a divisão dos membros em Grupos de Trabalho com temáticas distintas, a fim de conferir maior efetividade às ações. Desta forma, montou-se os seguintes GTs: Acadêmico; Mediação Empresarial; Institucional; Notarial; Interiorização; Mediação Judicial; Sociedade de Advogados; Advocacia Colaborativa; Mediação Penal; Autocomposição na Administração Pública e Grupo de Estudos.

O futuro da Comissão se vincula à estruturação do “braço social” da OAB, que, cada vez mais, passa a ser instrumento efetivo na construção da cidadania plena para a população. Neste ínterim, a OAB

se constitui como um espaço de referência na prática. Em 2016, sob a gestão do Presidente Lamachia no Conselho Federal, implantou-se a criação da Comissão Nacional de Mediação e Conciliação, para tratar desta temática nacionalmente.

Os objetivos que atualmente a Comissão possui envolvem a construção de cultura que permita a prática dos valores defendidos pela Mediação, com um novo mercado de trabalho para os advogados, abrindo portas para a profissionalização e remuneração destes profissionais. Sendo assim, o principal desafio da Comissão é ser uma ferramenta efetiva na implantação de uma nova visão no modo como a sociedade controla os seus conflitos. Além disso, objetiva-se o auxílio efetivo ao Poder Judiciário. Para isso, os pilares da Comissão são o conhecimento aliado à prática, possibilitando o aperfeiçoamento constante e em sintonia com as mudanças que a própria sociedade sofre.

ADVOGANDO NA MEDIAÇÃO: O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA EM TEMPOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO

Juliano Alves Lopes⁵

1. Introdução. 2. Lógica do Processo Judicial x Lógica da Mediação. 3. Inadequação da Formação Jurídica. 4. A atuação dos advogados na mediação: possibilidades e desafios. 5. A obrigatoriedade da participação de advogados na mediação. 6. Considerações Finais.

1. Introdução

A advocacia, prática profissional com origens históricas remotas, encontra-se permanentemente diante de enfrentamentos e transformações. Tal fato decorre, em parte, do caráter mutante de nossa própria sociedade, que impõe aos advogados sempre novos desafios e os coloca diante da necessidade de constante adaptação e aprimoramento profissional. Por outro lado, subsiste também o imperativo vocacional, que impulsiona a advocacia a trabalhar pela concretização de um ideal de justiça, encontrando novas fórmulas, resgatando antigos saberes, construindo novos caminhos.

⁵ Advogado e Mediador de Conflitos. Mestrando em Ciências Humanas e Sociais na Universidade Sorbonne Nouvelle, Paris III. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Política Internacional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Professor convidado em cursos de extensão, graduação e pós-graduação em universidades no Brasil e no exterior. Editor da Revista eletrônica Mediação & Justiça. Pesquisador atuante na área da Mediação de Conflitos, Direito Administrativo, Direito Empresarial, Teoria do Estado, Polemologia e Relações Internacionais.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se, pelo menos desde o final do Século XX, uma profunda modificação estrutural que ocorre no contexto de uma ampla abertura do sistema de justiça à inclusão de outras práticas capazes de conferir maior eficiência e acesso à administração da justiça. Paralelamente, há um crescimento gradual do interesse dos juristas por outras possibilidades de “resolução de conflitos”⁶, que não impliquem, necessariamente, na via jurisdicional convencional, e que permitam às partes obter resultados mais satisfatórios e significativos.

A partir destes dois movimentos, surge uma renovada demanda pela utilização de métodos autocompositivos, tais como a mediação, a conciliação e a negociação. A previsão legal destas práticas, que aparece inicialmente de forma subsidiária ao modelo tradicional pautado pela exclusividade da jurisdição estatal, implica na necessidade de apropriação, tanto pelas partes quanto por seus advogados, de uma série de conhecimentos que não pertencem à lógica adversarial evocada pelo Estado e pelo Poder Judiciário. Trata-se de conceber não apenas

⁶ Embora se encontre na literatura acadêmica inúmeras referências à “resolução de conflitos”, é preciso observar que a utilização desta nomenclatura para designar a disciplina que se dedica à análise, prevenção e gerenciamento dos processos conflitivos e de seus resultados, apesar de generalizada, não é pacífica. As expressões “resolução”, “solução” e “administração” do conflito são comumente utilizadas para “designar os meios destinados a dar ou promover resultados para o conflito”, isto é, como sinônimos da mesma atividade. Contudo, entende-se como mais adequada a expressão “tratamento de conflitos”, que indicaria a possibilidade de um caráter transformativo do conflito, retirando-se o foco de uma abordagem supressiva.

outras formas e mecanismos de “resolução de conflitos”, mas, sim, outras possibilidades de regulação social⁷.

O presente capítulo busca apresentar uma reflexão sobre o exercício profissional da advocacia na mediação de conflitos. Partindo de uma diferenciação entre os elementos constitutivos da lógica do processo judicial e aqueles próprios da lógica da mediação, apontam-se algumas das possibilidades e dificuldades da atuação dos advogados em cada etapa do procedimento de mediação, destacando também a importância da adequada formação, capacitação e reconhecimento dos profissionais da advocacia, bem como aspectos controversos do renovado debate sobre a obrigatoriedade de sua participação nas práticas de mediação.

2. Lógica do Processo Judicial x Lógica da Mediação

Para compreender as diferentes implicações da atuação dos advogados na mediação de conflitos é preciso, antes de tudo, estabelecer uma clara distinção conceitual entre o processo judicial convencional e as dinâmicas dos procedimentos de mediação. Cumpre observar que se tratam de duas abordagens distintas de regulação social, com pressupostos e elementos constitutivos igualmente diversos. No processo judicial há uma clara preocupação com o litígio, que se manifesta na forma da pretensão jurídica resistida⁸, isto é, com os fatos

⁷ BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. **La médiation**: une justice douce. Paris: Syros-Alternatives, 1992. p. 82.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999. p. 108.

e argumentos que, encontrando fundamento no próprio ordenamento jurídico, embasam a lide processual. A mediação, por sua vez, preocupa-se com o conflito, isto é, com uma modalidade de relação social⁹ em que interesses pessoais subjacentes se apresentam sob a forma de uma contradição, que se expressa, na maioria dos casos, por meio de enunciados antagônicos¹⁰.

A linguagem do processo judicial, a partir da constituição da lide, se desenvolve de maneira hermética, pois a ela somente tem acesso os profissionais da área jurídica, que assumem, portanto, um protagonismo na condução do procedimento. As partes, uma vez representadas por seus advogados, delegam a estes a expressão de seus anseios. Caberá ao advogado, a partir da narrativa de seu cliente, traduzir tais anseios em termos de normas e leis, codificando em linguagem jurídica a pretensão que se compreende insatisfeita.

A mediação de conflitos subverte completamente esta lógica. O mediador, ao conduzir o procedimento, não utiliza termos técnicos ou de difícil acesso; pelo contrário, busca adequar sua linguagem àquela utilizada pelas partes. As partes adquirem posição de protagonismo, pois o procedimento é conduzido diretamente a partir de suas narrativas e de acordo com suas próprias disposições. Por este motivo, o foco da

⁹ SIMMEL, Georg. **Le conflit**. Paris: Éditions Circé, 1992. p.8.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 421.

mediação está nos interesses e sentimentos que são manifestados pelas partes, não em sua equivalência jurídica.

Há também grande diferença entre o processo judicial e a mediação de conflitos no que diz respeito à compreensão do papel do outro no procedimento. Conforme observa Niklas Luhmann, a racionalidade do processo judicial favorece uma perspectiva adversarial do outro, na medida em que abre “a perspectiva de que se esteja do lado correto com a própria posição e de que o lado oposto possa ser exposto à recusa pública ou mesmo ao sancionamento por meio do tribunal”¹¹. A mediação, ao constituir procedimento baseado na consensualidade, busca restabelecer a legitimidade do outro enquanto parte de uma mesma relação. A prática da mediação direciona-se a permitir que, por meio de um resgate de sua capacidade decisória, as partes construam de forma colaborativa suas próprias respostas ao conflito¹².

Diversos autores apresentam uma visão crítica da lógica adversarial do processo judicial, destacando sua inadequação para lidar com o conflito. Para Maria de Nazareth Serpa, por exemplo, a atividade jurisdicional, ao determinar quem perde e quem ganha em um conflito, concorrerá sempre para a transformação dos conflitos em outros

¹¹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 446.

¹² Não se trata, com isso, de sustentar que as partes eliminarão imediatamente a oposição de interesses existente entre elas. Embora isso possa ocorrer, incidindo em eventual transformação do conflito, há que se atentar para o fato de que a colaboração procedimental, embora não implique em afirmar a supressão do conflito, é fundamental para a redução da tensão antagonística que se estabelece entre as partes.

conflitos¹³. Luís Alberto Warat, percebendo também a inadequação do processo judicial em lidar com o conflito propriamente dito, observa que mesmo quando os juristas falam do conflito, referem-se, na realidade ao litígio, ignorando que se tratam de conceitos distintos:

¹³ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 62.

No litígio os juízes decidem as formas do enunciado, pelas partes, atendendo às formas do pretendido e não às intenções dos anunciantes. Apresentar o conflito como litígio implica não levar em conta a necessidade de trabalhá-lo em seu devir temporal. Os magistrados operam sobre o conflito interditando-o ou congelando-o no tempo, eliminando a variável temporal para poder demarcar a controvérsias em um plano de abstração jurídica que permita controlar as variáveis com as quais organizam suas decisões. Os juristas, na lógica do litígio, intervêm subtraindo o tempo mediante um processo de antecipação idealizada do mesmo, sendo que produzem a antecipação do tempo para provocar o efeito de um controle normativo do futuro: simulam para dar a segurança que a lei pode controlar, a partir do presente, os conflitos no futuro. Produzem uma simulação de tempo que impede as partes em conflito, de elaborar suas diferenças, ficando, então, subtraídas de sua temporalidade.¹⁴

Warat observa que a judicialização do conflito sob a forma do litígio representa uma visão negativa do mesmo, que é compreendido pelos juristas como algo a ser evitado ou suprimido. No entanto, Warat destaca que tal visão é arbitrária e limita o conflito apenas aos seus efeitos jurídicos ou patrimoniais, ignorando a perspectiva do conflito em termos de satisfação¹⁵. Para Warat a judicialização do conflito deixa-o apenas suspenso, em estado de hibernação, de modo que o conflito permanece pendente, podendo retornar (muitas vezes, agravado) a qualquer momento¹⁶.

¹⁴ WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3, p. 61.

¹⁵ *Ibid.*, v. 3, p. 61.

¹⁶ Luhmann, assim como Warat, salienta a perspectiva da impossibilidade da resolução do conflito, observando, contudo, que o conflito pode permanecer encapsulado, tornando-se “uma massa enrijecida, que não tem mais como ser tocada, mas que não impede essencialmente a circulação por outras vias”. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 446.

A utilização da mediação de conflitos pressuporia, portanto, uma lógica distinta da racionalidade do processo judicial, apontando para uma pretensão de harmonização dos interesses e de obtenção do equilíbrio entre as partes, bem como de concretização de uma efetividade material da justiça em termos satisfativos. Conforme propõe Warat, tal lógica possibilita uma "reação autêntica com o outro, num processo de assunção de autonomia e autopoiese", sendo que sua difusão representaria uma "aposta na criatividade do imaginário tanto no plano individual como coletivo" que, em oposição ao normativismo¹⁷, permitiria, por fim, um resgate da dignidade humana¹⁸.

3. Inadequação da Formação Jurídica

Para os advogados, usualmente formados e treinados para atuar exclusivamente perante os tribunais, a atividade jurídica resume-se, tradicionalmente, à lógica adversarial do processo judicial e à aplicação do Direito positivo do Estado. Ao estudante de Direito ensina-se, em primeiro lugar, a ser combativo, a dominar as manobras processuais e a encarar o outro como o inimigo a ser vencido. Contudo, a partir do

¹⁷Conforme propõe Warat, "o pensamento de Kelsen teve a lucidez de mostrar a estrutura autoritária dos mecanismos de interpretação da lei, mas não denunciou a violência no normativismo, ainda no Estado de Direito. O normativismo resolve a violência social multiplicando-a. O normativismo fundado na razão moderna acaba constituindo-se em braço armado da vigilância social. A violência, ainda que seja lícita, que seja executada como sanção legal do estado, representa um atentado como dignidade do humano, um atentado contra o respeito ao ser humano". WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3, p. 126.

¹⁸Ibid., v. 3, p. 126.

momento em que se apontam as falhas do sistema de justiça e se reconhece a existência de outras formas de regulação social, não faz sentido que se mantenha a reprodução de um modelo de ensino excessivamente focado no litígio e na atividade jurisdicional.

Verifica-se, atualmente, uma profunda lacuna no ensino jurídico de nível superior que, na maioria dos casos, não contempla as peculiaridades procedimentais e teóricas da mediação de conflitos. Na maioria das Faculdades de Direito do país os métodos autocompositivos são trados de forma incidental, frequentemente conexos à outras disciplinas ou de forma eletiva. O resultado dessa lacuna é o amplo despreparo para o exercício profissional neste novo campo de atuação que se abre à advocacia brasileira.

Inúmeras são as consequências do despreparo do advogado para atuar na mediação de conflitos: dúvidas na cobrança de honorários, orientação inadequada aos clientes, atuação equivocada nas sessões de mediação, desestímulo ao processo de mediação e até mesmo infrações éticas. Por falta de conhecimento apropriado sobre a mediação muitos advogados falham na defesa dos interesses de seus clientes e também no exercício de sua função pública.

Por tal motivo, destaca-se a importância da Ordem dos Advogados do Brasil atuar em conjunto com as Faculdades de Direito do país, promovendo e incentivando a adequada formação do advogado, responsabilizando-se pela divulgação das possibilidades de exercício da advocacia nos procedimentos de mediação de conflitos, de forma a

aprimorar a atuação do advogado e ampliar a difusão de conhecimento que somente tem a contribuir ao avanço da prática da advocacia.

Ciente tanto da importância da atuação do advogado nos procedimentos de mediação quanto das dificuldades de formação enfrentadas, a Seccional da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul foi pioneira na promoção de cursos de capacitação à advocacia na mediação, possibilitando aos advogados gaúchos uma ampla compreensão de seu papel neste novo campo de exercício profissional, o que vem apresentando excelentes resultados, com a constante demanda por novos cursos de idêntica formatação também nas subseções do interior do Estado, servindo também como modelo para outros cursos promovidos em todo o país.

4. A atuação dos advogados na mediação: possibilidades e desafios

A atuação do advogado na mediação possui especial relevância, sendo recomendada, na maioria dos casos, como fator específico para o esclarecimento das partes quanto às eventuais questões jurídicas levantadas durante as sessões, bem como para o controle do conteúdo jurídico na superveniência de eventual transação.

Embora na mediação de conflitos o protagonismo seja das partes, isso não significa que o advogado deverá assumir uma posição meramente alegórica no procedimento, mas sim que este deve ser capaz de compreender em quais momentos sua intervenção é recomendada ou necessária. Portanto, incidem em erro aqueles que pensam que o

advogado deve permanecer completamente em segundo plano na mediação.

No procedimento de mediação a correta atuação do advogado apenas agrega qualidade ao procedimento e aos eventuais frutos que a mediação possa obter. O advogado pode atuar também no controle da validade de eventual transação, isto porque o objetivo do mediador não é tratar das questões jurídicas envolvidas, mas sim das questões relacionais que envolvem as partes. A mediação foca o conflito, não a lide processual, e, por isso, o advogado pode sim intervir toda vez que um contrato ou ponto jurídico relevante esteja sendo ignorado ou equivocadamente tratado. Como regra geral, o advogado deverá intervir quando solicitado por seu cliente ou quando perceber que poderá colaborar com esclarecimentos técnicos.

No entanto, tampouco deve o advogado assumir destaque, sobrepondo-se à fala de seu cliente, ou buscando conduzir o procedimento no lugar do mediador. Pelo contrário, o advogado deve colaborar para que seu cliente tenha sua voz reforçada, fornecer subsídios técnicos e mesmo aconselhamento para a tomada de decisões. Deve atuar sempre de forma comedida nas sessões, ciente de que, embora altamente relevantes, as questões jurídicas são, em geral, subsidiárias ao objeto relacional do conflito.

Os advogados devem também conhecer as diferentes etapas e dinâmicas do procedimento, visto que sua adequada compreensão permite identificar quais os momentos mais adequados para sua atuação. Em primeiro lugar, antes mesmo de iniciar a mediação, o

advogado exerce papel de extrema relevância, pois cabe a ele orientar seu cliente quanto aos procedimentos, judiciais ou extrajudiciais, adversariais ou colaborativos, mais adequados para tratar o problema apresentado. Trata-se, portanto, de realizar um diagnóstico da questão, orientando o cliente em relação às opções, especificidades, vantagens e desvantagens de cada metodologia.

Após a escolha do procedimento, caso ocorra a opção pela mediação, na maioria das vezes caberá ao advogado indicar um mediador ou uma câmara de mediação para submissão do caso¹⁹. Também é frequente, que o próprio advogado entre em contato com o mediador para os agendamentos e esclarecimentos iniciais sobre os detalhes formais do caso, assinalando, por exemplo, o nome das partes, seus dados de contato, qual a data e local mais convenientes para a primeira sessão, etc.

No primeiro encontro com o mediador, que pode ou não ocorrer em sessão conjunta com a outra parte, via de regra ocorrerá a assinatura do termo de abertura do caso, ou “termo de mediação”, no qual se estabelecem compromissos básicos para o desenvolvimento dos trabalhos. Nesse momento é importante que o advogado realize a leitura em conjunto com seu cliente, analisando as consequências jurídicas da assinatura e esclarecendo eventuais dúvidas.

¹⁹Os procedimentos de que se trata no presente capítulo se referem às práticas de mediação em sentido amplo, em contexto extrajudicial. Considerando-se a dicotomia entre a mediação em regime público e em regime privado, atenta-se para as peculiaridades procedimentais da mediação judicial, em que a escolha do mediador e da câmara competente ocorre por meio da submissão do caso ao conhecimento dos Tribunais.

A partir do início dos trabalhos, o mediador assumirá a condução das falas, abrindo espaço para que as partes envolvidas expressem suas razões e narrativas em relação ao conflito. Este é um momento de total protagonismo das partes, sendo sugerido que o advogado se mantenha atento e em silêncio, apenas eventualmente complementando com observações de ordem técnica, após a fala do seu cliente, ou mediante solicitação deste. Esta, em geral, deve ser a postura do advogado também no decurso dos trabalhos.

Em muitos casos, pode haver a necessidade de o advogado solicitar uma interrupção dos trabalhos para realizar, em local privado, alguma orientação de ordem técnica ao seu cliente que entenda sigilosa. Estes casos devem ser excepcionais e cuidadosamente avaliados pelo advogado, sob pena de comprometer a própria efetividade do procedimento. Da mesma forma, pode o mediador propor a realização de sessões individuais com cada uma das partes, ou mesmo propor uma sessão conjunta entre as partes, sem a presença dos advogados, o que ocorrerá somente se as partes manifestarem sua concordância, situação em que o advogado não deve sentir-se desprestigiado, pois constitui uma entre diversas possibilidades técnicas empregadas pelo mediador. Observa-se, contudo, que esta técnica em especial deve ser utilizada com cuidado e de forma pontual pelos mediadores, de modo a não afastar o advogado em situações nas quais sua presença for fundamental, sendo necessário validar previamente a concordância das partes.

Por fim, caso as partes decidam ser relevante a redação de um termo de entendimento, caberá aos advogados revisar este termo e mesmo, em algumas situações, redigi-lo. Conforme dispõe a Lei nº 13.140/2015, eventual acordo obtido em mediação possuirá eficácia executiva, possuindo plena validade na esfera obrigacional. Não obstante, não cabe ao mediador exercer controle jurídico sobre este termo. Para tanto, é fundamental o papel consultivo do advogado, que poderá orientar seu cliente quanto às consequências jurídicas da assinatura, bem como propor eventuais alterações técnicas, respeitando sempre a vontade manifesta de seu cliente.

Importante referir que a atuação do advogado no campo da mediação de conflitos não precisa se limitar apenas às suas etapas preparatórias ou incidentais. No campo consultivo, por exemplo, o advogado poderá propor diversas atitudes por parte de seus clientes. Uma dessas seria a contratação com a utilização de cláusula de mediação, em que se prevê o encaminhamento ao procedimento de mediação das eventuais controvérsias originada a partir da relação contratual, antes de qualquer alcance jurisdicional. Outra possibilidade é a proposição pelo advogado da realização de procedimentos sistemáticos de mediação no âmbito interno das empresas, o que pode fomentar um tratamento mais efetivo dos conflitos nas relações de trabalho e até mesmo evitar uma série de disfuncionalidades que, por vezes, comprometem tanto a rentabilidade quanto a imagem da empresa.

Embora todas essas possibilidades de atuação do advogado possam ser aplicadas no contexto da mediação de conflitos, é fundamental observar que não se trata de um elenco exaustivo, ou mesmo de proposta com intuito imperativo. Pelo contrário, a partir do entendimento das dinâmicas e dos princípios da mediação, o advogado poderá ter a segurança e liberdade para também agir de forma criativa. Busca-se, portanto, com essa breve exposição demonstrar que são inúmeras as possibilidades do exercício da advocacia na mediação, sendo este um vasto campo profissional ainda a ser explorado.

5. A obrigatoriedade da participação de advogados na mediação

Um dos aspectos mais controvertidos em relação ao exercício da advocacia na mediação é a questão da obrigatoriedade da participação de advogados. Essa discussão, embora não seja nova, encontra atualmente renovada importância em razão da tramitação do Projeto de Lei nº 5511/2016, atualmente encaminhando ao Plenário da Câmara dos Deputados e que dispõe sobre a obrigatoriedade da participação de advogado nos procedimentos de mediação e conciliação. Tal projeto refere a título de justificativa que a ausência de advogado implicaria em afronta aos princípios constitucionais do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o que se daria a partir de uma relativização da indispensabilidade do advogado à administração da justiça, de que trata o art. 133, da Constituição Federal.

Ocorre que tal projeto e justificativa apresentam-se de forma demasiado simplista, não contemplando a complexidade do sistema de justiça brasileiro. O projeto ignora mesmo as características específicas dos modelos de mediação e conciliação já adotados pela legislação do país, a referir a Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais), a Lei nº 13.150/2015 (Lei de Mediação) e a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). Tais normas, de forma geral, preveem a coexistência de dois regimes distintos de procedimentos direcionados à resolução consensual de conflitos: Um regime público e outro privado.

No regime público, incluem-se todas as práticas autocompositivas realizadas de forma conexa à jurisdição ou no âmbito da administração pública, a exemplo da conciliação realizada nos Juizados Especiais, da mediação e conciliação judicial realizada nos Centros Judiciários de Justiça e Cidadania, bem como de todas as formas de autocomposição realizadas nas câmaras de resolução de controvérsias vinculadas à administração pública municipal, estadual e federal.

Por outro lado, se estabelece paralelamente um regime privado, no qual se verificam incontáveis práticas autocompositivas que correspondem ao exercício pleno da autonomia privada e da liberdade contratual, princípios que fundamentam a sociedade contemporânea. Embora algumas destas práticas tenham previsão legal, a exemplo da mediação “extrajudicial” prevista na Lei nº 13.140/2015, tratam-se, na maioria dos casos, de procedimentos ou práticas *sui generis* decorrentes da própria complexidade da vida social e que não se submetem aos

mesmos princípios que vinculam à jurisdição estatal ou a administração pública.

Tal distinção permite concluir que incidiria em erro o legislador ao determinar de forma simplista a obrigatoriedade da participação do advogado na mediação, desconsiderando a coexistência de dois regimes distintos de práticas autocompositivas.

Vislumbra-se coerente com o ordenamento jurídico²⁰, contudo, a ideia de que deve ser obrigatória a atuação do advogado nos procedimentos de regime público, pois, de fato, a Constituição Federal prevê a tutela do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a partir da indispensabilidade do advogado. O próprio Estado de Direito não pode conviver com tal distorção, que pode implicar, em casos extremos, em toda espécie de violações, que acabariam, em última análise, chanceladas sob um aspecto de “falsa legalidade”, que seria conferida pelo exercício do Poder Público, ainda que de forma imprópria. Trata-se de fazer valer o múnus público do advogado e a defesa estrita da legalidade.

Todavia, não se pode conceber o mesmo para as práticas autocompositivas estabelecidas sob a forma de regime privado, pois sua natureza é puramente contratual e obrigacional. Embora altamente recomendado o acompanhamento do advogado, não pode o legislador torná-lo obrigatório, sob pena de se interferir diretamente na liberdade

²⁰ Essa análise pressupõe enquadramento com o ordenamento, não desconsiderando que, do ponto de vista da própria mediação enquanto prática de regulação social autônoma, a obrigatoriedade de qualquer elemento não axiológico pode incidir em comprometimento do conteúdo e da efetividade da mediação.

contratual ou mesmo de subverter o papel consultivo do advogado nas relações contratuais, tornando-o uma espécie de “sancionador” do contrato. Além disso, esta previsão confrontaria alguns princípios informativos basilares da mediação em contexto extrajudicial, tais como a flexibilidade, a voluntariedade e a autodeterminação pelas partes.

Uma das possíveis respostas para essa questão seria conceber determinação legal que apontasse a obrigatoriedade do advogado apenas nos procedimentos realizados de forma conexa ao Poder Judiciário e à Administração Pública, sendo que, mesmo nesses casos, a norma deveria contempla exceções. Uma delas seria a dispensa de advogado nos moldes da previsão constante na Lei dos Juizados Especiais, o que garantiria o acesso procedimental às pessoas com menores condições financeiras. Outra hipótese a ser considerada seria a dispensa por manifestação de vontade do próprio cliente, desde que formalmente constituído o caso perante o Poder Judiciário e de que realizados os esclarecimentos iniciais do procedimento autocompositivo.

Em relação aos procedimentos realizados em âmbito privado, entende-se que, embora a contratação seja recomendável, deve ser mantida a possibilidades das partes instituírem a mediação sem o acompanhamento do advogado. Isso se deve ao fato de que, em se tratando de liberdade meramente contratual, não há como considerar a participação do advogado como garantia do devido processo legal e do contraditório, até mesmo porque a mediação não constitui jurisdição

privada ou extensão da jurisdição estatal, mas sim um procedimento inteiramente voluntário de regulação social.

Embora essa discussão encontre-se ainda em fase inicial, acredita-se que tais medidas, caso incorporadas à nova proposta, seriam capazes de assegurar a concretização dos valores constitucionais, adequando o Projeto de Lei à realidade dos regimes de tratamento de conflitos já existentes na legislação brasileira, preservando a centralidade do advogado na administração da justiça, bem como incentivando a consolidação deste novo campo de atuação da advocacia brasileira, sem desconstituir as características centrais das práticas de mediação.

6. Considerações Finais

No presente capítulo buscou-se examinar as diversas possibilidades do exercício profissional da advocacia no campo da mediação de conflitos. A partir de uma breve análise da dinâmica do procedimento de mediação, procurou-se apresentar algumas das modalidades de atuação do advogado, destacando aquelas mais apropriadas ou recomendadas no contexto de cada etapa da mediação, salientando também a importância da atividade criativa do advogado e de sua compreensão dos elementos básicos que são constitutivos das práticas de mediação.

Apontou-se que, tratando-se de área de atuação que conta com uma lógica completamente distinta do processo judicial convencional, persiste uma grande inadequação na formação jurídica, que ainda não

contempla a preparação dos advogados para compreender seu papel no procedimento de mediação ou mesmo de que forma poderão utilizá-lo em suas demais práticas profissionais, agregando valor ao serviço prestado aos seus clientes.

Também se apresentou reflexão a respeito de atual discussão sobre a obrigatoriedade da participação do advogado na mediação, em que se percebe que o desconhecimento sobre o tema inclui também os próprios legisladores, que, de forma simplista, apresentam proposta inadequada que desconsidera a complexidade dos modelos e práticas de mediação de conflitos instituídos no Brasil. Nesse contexto, será também objeto da atuação da advocacia, que deve defender a adequação da produção legislativa, buscando sempre obter e difundir maior compreensão sobre o tema.

É necessário, portanto, que a advocacia se aproprie de tais conhecimentos e incorpore profundamente suas particularidades em seu exercício profissional. A sociedade contemporânea percebe a impossibilidade de reduzir toda a sua complexidade relacional à tradução das codificações legais e, diante disso, demanda constantemente por medidas que permitam um resgate da temporalidade da vida e do próprio mundo. A difusão das práticas de mediação de conflitos propõe-se, assim, como outra possibilidade de lidar com as necessidades humanas e de suas relações sociais. Para o advogado, não apenas abre-se novo campo de atuação profissional, mas também se propõe uma prática da advocacia mais efetiva,

comprometida com uma visão humanista e com a consolidação de um modelo mais amplo e significativo de justiça.

REFERÊNCIAS

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. **La médiation**: une justice douce. Paris: Syros-Alternatives, 1992.

BOULLE, Laurence; NESIC, Miryana. **Mediation**: principles, process, practice. Londres: Butterworths, 2001.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

FREUND, Julien. **Sociologie du conflit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 421.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The historical contingencies of conflict resolution. **International Journal of Conflict Engagement and Resolution**. Washington, v. 1, n. 1, p. 33-55, 2013.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RISKIN, Leonard. Decisionmaking in mediation: the new old grid and the new new grid system. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 79, n. 1. p. 1-55, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**. Perdizes: Cortez, 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIMMEL, Georg. **Le conflit**. Paris: Éditions Circé, 1992.

SUARES, Marínés. **Mediación**: conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2014.

WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

O ADVOGADO E A NEGOCIAÇÃO DE CONFLITOS

*Clarisse Barcellos Lima*²¹
*Leonardo da Silva Garcia*²²
*Pedro Augusto Rufino Rodrigues*²³

O convite para apresentação de tema pertinente à mediação é uma grande honra e partiu da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS (CEMPR), que através de seu núcleo acadêmico, com grande dedicação, propôs a realização dessa obra de esforço coletivo. A Comissão, cabe dizer, nesta última década é responsável por realizar um relevante serviço à comunidade jurídica, seja pela disseminação da mediação com a realização de cursos, a capacitação de advogados e de profissionais de origens acadêmicas

²¹ Advogada, mediadora e negociadora de conflitos, certificada ICFML- IMI. Executive Master in Mediation and Negotiation IUKB (Suíça) y APEP (Argentina). Secretária Geral da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS <http://lattes.cnpq.br/2347291274462034> Email: clarissebarcelloslima@gmail.com

²² Advogado. Professor Universitário. Mestrando em Serviço Social, Políticas Sociais e Direitos Humanos pela UNIOESTE/PR. Especialista em Processo Civil pela UNISUL/SC e em Direito de Família, Sucessões e Mediação pela FADERGS/RS. Mediador certificado pelo ICFML (Portugal) / IMI. Integrante da Casa de Mediação da OAB/RS e Secretário Geral Adjunto Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Docente e Palestrante. <http://lattes.cnpq.br/8697192979306460> Email: leonardodasilvagarcia@gmail.com

²³ Advogado, Especialista em Processo Civil pela Academia de Direito Processual Civil - ABDPC, Especialista em Família, Sucessões e Mediação pela FADERGS/RS. Mediador de Conflitos, Mediador da Casa de Mediação da OAB/RS e Membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Docente e Palestrante <http://lattes.cnpq.br/8375343729119910> Email: pedro.rufino@pspadogados.com

diversas, formação de mediadores, palestras e o que já se somam dois congressos internacionais de grande êxito pelo conteúdo e pelo público.

Além da honraria, abordar métodos autocompositivos revela-se um prazer, porque mais do que um simples ofício, ser mediador e/ou negociador, transborda a ideia de vocação social. Por essa perspectiva, elege-se a negociação como ferramenta de análise e resolução de conflitos, técnica, que neste espaço, será endereçada aos advogados, condizente, inclusive, com as novas exigências legais e sociais para atuação do operador do direito.

Com esse ímpeto, fundamenta-se o tema discorrido pelos marcos jurídicos que firmam a autocomposição como uma realidade, posto que propõem conduzir a sociedade e ao operador do direito, a um novo patamar de legitimação e atenção aos reais interesses dos cidadãos.

Nesse sentido, serão abordados aspectos pertinentes ao tema da autocomposição fomentados pelo novo Código de Processo Civil, a Lei de Mediação e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, todas promulgadas em 2015. Essas legislações registram a constituição de cenário altamente ligado à realização dos direitos fundamentais, em especial o acesso à justiça. Mas, não um acesso justiça qualquer, pois a ideia está vinculada à tutela de direitos sem descuidar de uma duração razoável do processo e da produção de satisfação numa lógica diversa do ganha-perde.

No intuito de tratar da negociação de forma mais objetiva, serão trazidos alguns dos conceitos e rol de práticas desenvolvidos pelo

Programa de Negociação da Escola de Direito de Harvard e Massachusetts Institute Technology. E para os advogados a pragmática de algumas das perspectivas e ferramentas podem contribuir para uma atuação condizente com os novos desafios.

Finalmente, será apresentada, como resultado da experiência profissional, a percepção do advogado frente à nova proposta de trabalho, uma reflexão sobre a inserção do profissional e suas responsabilidades na mensuração dos riscos do processo e na capacidade de apresentar formas diferentes da litigiosa na solução de conflitos.

I. Aspectos legais da negociação

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2010, editou a Resolução n. 125 acerca de uma Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos. A aludida Resolução indica que sejam ofertados mecanismos consensuais de solução de controvérsia, constituindo uma lógica diferente da cultura da sentença, como a conciliação e a mediação, por exemplo.²⁴ O artigo 1º dessa resolução apregoa que:

Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 30 de julho de 2018.

Nesse sentido, o CNJ promoveu uma alteração de cunho fundamental na forma de condução da gestão de conflitos dentro da política judiciária pátria. A referida Resolução mira no cumprimento de premissas como o acesso à Justiça pela inclusão de mecanismos diferentes do processo judicial, a consolidação de política de tratamento de conflitos e de pacificação social.

A partir da implantação da Resolução 125/2010 e da compreensão de seus usuários, os rumos de atuação do advogado restaram alterados. Ainda que houvesse desconfianças e incertezas quanto à eficácia de novas formas de solução de disputas, a mencionada resolução seguiu seu caminho, ganhou espaço em todo o território nacional e, conseqüentemente, possibilitou ao profissional da advocacia uma ampliação de seu exercício profissional.

Dessa forma, desde o ano de 2010, já ocorre a utilização de métodos diversos à adjudicação, também denominados equivalentes jurisdicionais, tais como a negociação, conciliação, mediação dentro da política judiciária brasileira.

O ano de 2015 merece destaque por apresentar duas inovações legislativas que consolidam o uso de mecanismos não adjudicatórios para o assentamento da Política Nacional de Tratamento de Conflitos: o Código de Processo Civil (13.105/15) e a Lei de Mediação (13.140/15).

O Código de Processo Civil (CPC/2015), desde sua exposição de motivos, propõe uma mudança essencial e transformadora para

atividade da advocacia: o protagonismo das partes em detrimento ao exclusivo uso da clássica jurisdição²⁵.

A Lei Adjetiva ocupou-se do tema em diversos momentos de seu texto. Trouxe vigor à solução consensual dos conflitos e a autonomia das partes, com vistas a duração razoável do processo e o compromisso do Estado em viabilizar o sistema multiportas. Esse sistema processual, no aspecto, opõe-se ao Código de Processo Civil de 1973, e tem como vetor a orientação de que outros meios de solução de disputas integrem o quadro de possibilidades de resolução de um conflito.

A guisa de tal perspectiva, no parágrafo 2º do artigo 3º, o novel *códex* determina que o Estado deva, à medida do possível, utilizar os meios consensuais de solução de conflito²⁶. No mesmo sentido, o parágrafo 3º, traz, talvez, um dos principais desafios norteadores do CPC/2015 no que tange à consolidação de uma política de pacificação social e tratamento adequado de conflitos: juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem estimular outros métodos de solução consensual.²⁷ Ou seja, há imposição legal para que esses agentes enveredem seus melhores esforços na construção de uma justiça coexistencial.

²⁵BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html. Acesso em: 30 de julho de 2018.

²⁶ Op.cit.

²⁷ Op.cit.

Curial enaltecer que a incidência desse parágrafo configura um reposicionamento desses atores do sistema de justiça e provoca a necessária qualificação para novos *modus operandi*, assim como uma reflexão acerca de sua respectiva atuação profissional e missão social.

O conteúdo estampado no parágrafo 10º do artigo 334 do aludido diploma legal, reforça o intento negocial, o qual é peculiar às questões atinentes às sessões de conciliação e de mediação²⁸.

Nesse ponto, a negociação, qualifica-se como ferramenta de gestão de conflitos na metodologia de solução consensual e efetiva, posto seu reconhecido conteúdo técnico e, indiscutível potencial para muitos operadores do direito.

Aduzido a tal panorama, a disciplina imposta pelos artigos 190 e 191 do CPC/2015, alberga e reproduz de forma hialina a negociação processual²⁹. Essa, por seu turno, afasta do magistrado a exclusiva

²⁸ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

²⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

incumbência de gestão do procedimento, havendo, a partir de acordos procedimentais, uma virtuosa e rica aproximação entre o juiz e as partes. Ademais, diante de tais negociações processuais, há flagrante incidência de valores como celeridade e economia, de tal sorte que, naturalmente, haverá um refinamento técnico da angularização processual.

A Lei de Mediação (13.140/15), a seu turno, e na mesma esteira, reconhecidamente vista e fixada como marco legal sobre o assunto, qualifica-se como uma nova forma de abordagem de conflitos no desempenho profissional do advogado.

Conceituada como atividade técnica, conforme disciplina do parágrafo 1º do artigo 1º dessa lei, a mediação possui em sua estrutura uma fase negocial, a qual se configura como mais uma etapa imprescindível na construção de um consenso³⁰.

Destarte, em consonância aos aspectos legais que embasam a negociação, destaca-se que mesmo não havendo uma regulamentação explícita ou exclusiva sobre o método, ampara-se na Resolução 125/2010, CPC/2015 e na própria Lei de Mediação.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

³⁰ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Imbuído de um espírito não conflitual e *pari passu* às aludidas legislações, o Código de Ética da OAB, Resolução nº 2/2015, em homenagem ao texto constitucional, consagra a premissa da indispensabilidade do advogado à administração da justiça e incumbelhe o estímulo, a qualquer tempo, da conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (inc.VI, art. 2º). Prossegue o inciso seguinte como parte do capítulo da ética do advogado a instrução para que desaconselhe lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica (inc. VII, art. 2º).

Corroborado ao elenco legislativo já descrito, destaca-se a Proposta de Emenda Constitucional 108/2015, a qual, se devidamente aprovada, trará deferência constitucional à negociação, alçando-a a condição de direito fundamental ³¹.

Arrolados os aspectos legais acima que contemplam essa abordagem do conflito, imperiosa se apresenta a avaliação do risco de um processo judicial, com base na jurisprudência, análise do caso concreto, imprevisibilidades e a possibilidade de deterioração da relação entre as partes.

Destarte, a recente inserção do método em tela como recurso de solução de conflitos advinda da importação de um modelo de negociação praticado no exterior e que possui resultados efetivos e consagrados,

³¹ Acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental, de autoria do Senador Vicentinho Alves. Atualmente segue em tramite na Câmara do Senado Federal. Acesso em julho de 2018

carece de maior atenção de seus usuários e do mercado, visando uma correta e profícua expansão.

II. Princípios da Negociação

A negociação como ferramenta de gestão de conflitos tem uma variada gama de definições, quase todas bastante semelhantes. Destacam-se duas por suas estruturas pragmáticas e que aparecem com frequência nas disciplinas de negociação em diversas universidades americanas, quais sejam: “...é fundamentalmente de competência analítica e comunicacional que pode ser adquirida por qualquer pessoa” e “é um complexo processo de interação social” (Lewicki, Sauders e Barry, 2014)³². É método, que ao contrário do que muitos podem supor, não se utiliza da barganha no sentido estrito, porque procura atender aos interesses legítimos das partes e ancora-se em estilos e estratégias próprias, sem a obrigatória intervenção de terceiros, na medida em que pode ser feita diretamente entre os que negociam.

A negociação é, em si, um movimento estratégico, um processo complexo e que se desenvolve em etapas. A Escola de Negociação de Harvard, há mais de três décadas, definiu que para construção de um acordo satisfatório são necessários análise, planejamento e discussão, fundamentalmente, o que compactua com a ideia de que estar preparado é essencial para o êxito do projeto. A própria mediação de conflitos prevê um cuidadoso processo de negociação, neste caso, facilitada por

³² LEWICK, Roy J, SAUDERS, David M., BARRY, Bruce. Fundamentos da Negociação. Ed. AMGH Editora Ltda, 5ª ed, 2014, pp.3-269.

um terceiro neutro e imparcial. Por isso, é adequado dizer-se que a negociação é parte integrante de um processo de mediação, mas que pode ser realizada de forma autônoma.

O Projeto de Negociação de Harvard desenvolvido nos Estados Unidos na década de 70 foi capitaneado por Roger Fischer e agregou demais pesquisadores da envergadura de Bruce Patton e William Ury. Esse projeto até hoje é reverenciado como modelo hábil de negociação no ocidente. A perspectiva desse modelo é a de produzir uma negociação pela cooperação e concebe que o âmbito ideal para que se desenvolva é o espaço e não o território, uma das concepções chave da obra basilar *Como Chegar ao Sim* (FISCHER, URY, PATTON, 1981)³³, o que caracteriza o modelo de gestão como solidário e não adversarial.

As formulações das pesquisas sobre negociação constituíram premissas fundamentais, como por exemplo (rol não exaustivo):

- a) o negociador não tratará o outro como oponente, mas como um possível parceiro na construção de uma solução;
- b) a negociação partirá dos seus méritos ou princípios e não de regateios ou barganhas;
- c) O negociador se colocará nem afável, nem duro;
- d) Busca-se preservar a relação;
- e) Foco na criação de benefícios mútuos;

³³ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Ed Imago: Rio de Janeiro, 1981.

- f) Separar a pessoa do problema: ser duro com o problema e não com o outro;
- g) Utilização de critérios objetivos que confirmam legitimidade e gerem confiança.

Nesse sentido, ser negociador exige ter o domínio das técnicas de negociação, envolver-se na preparação do procedimento, reconhecer os subprocessos psicológicos presentes, se há a disposição do outro à negociação, qual seu nível de resistência e se este momento pode ser benéfico para ambos. Pois, o foco da negociação baseada em princípios é atender aos legítimos interesses das partes, também entendidos como temores, preocupações e necessidades subjacentes à narrativa que sustenta a identidade de cada sujeito. As posições precisam ser cambiadas de tal forma que se tornem compatíveis umas com as outras. Não se trata de aplaca-las, ou trazer tudo que está abaixo da linha da água (imagem do Iceberg), porém manejar um reequilíbrio, construir uma nova linha de flutuação para que aflorem alguns desses interesses e manter uma posição possível neste campo.

Com a prática o negociador poderá reconhecer que além dos aspectos objetivos, o conflito se forma e se propaga na mente das pessoas, então o controle da própria mente e das emoções é fundamental para a construção de um acordo com grau de eficiência, durabilidade e justiça. Aliás, essa foi a percepção que concebeu as pesquisas de paz do século XX e que é basilar da constituição da Organização das Nações Unidas (ONU): “Uma vez que as guerras começam na mente dos homens, é na mente dos homens que se deve construir as defesas de paz.” (Londres, 16 de novembro de 1945). Essas pesquisas foram

essenciais para a concepção de regras e fases da negociação que se iniciaram ainda nos anos 60.

III. O advogado como negociador

A ideia do advogado negociador parece não ser uma novidade. Existem profissionais que realizam acordos proveitosos em seus escritórios, cotidianamente. Mas é fato que a formação acadêmica em direito não prepara o profissional com suficiência e elementos técnicos para o desenvolver, com grau de excelência, um projeto de negociação, que como dito, trata-se de processo complexo de intensa interação social e que exige uma profícua preparação.

De qualquer forma, a conjuntura profissional parece de fato estar em transformação. Inúmeros cursos e palestras têm sido realizados para ampliar o rol de habilidades dos advogados em campos diversos de resolução de conflitos como arbitragem ou mediação, além da inclusão destes institutos como disciplinas universitárias.

Por essa perspectiva, o advogado que pretender desenvolver negociações com grau de tecnicidade deverá estar capacitado a ajustar os interesses, sem perder de vista as metas do cliente e incentivará a gestão melhorada dos objetivos de ambas as partes. Trabalhará para o aperfeiçoamento do processo comunicacional e geração de opções que são critérios básicos para realizar escolhas conscientes e com liberdade. Ou seja, otimizará as condições com objetivo de atender aos interesses legítimos de seu cliente sem excluir os interesses do outro.

Outra premissa fundamental é reconhecer a autonomia das partes em decidir seu destino, e sua função no particular é a construção de uma ponte entre os objetivos e os fins, numa proposta de baixo nível de concorrência e alto nível de colaboração. O advogado terá como meta a busca de uma solução conjunta com base no que preceitua a negociação por méritos ou princípios.

Contudo, essas não são tarefas simples. Por isso, é essencial conhecer as fases da negociação, pois a persistência mal dirigida pode conduzir a dilapidação da confiança, do tempo e do dinheiro.

No processo de negociação, além de ser capaz de desvendar os reais interesses e gerar opções, é estrutura do método que o advogado apresente critérios de legitimidade. Nesse campo, a legitimidade diz respeito a critérios objetivos postos na mesa (legislação, preços de mercado, jurisprudência, por exemplo) e o advogado é a fonte dessas informações que embasam a realização de acordos seguros, razoáveis, factíveis e exequíveis. Além disso, é saudável e produtivo que o advogado se mantenha com a mente aberta para ouvir os argumentos da outra parte, como alerta Alessandra Gomes do Nascimento Silva (SILVA. 2001)³⁴

Como dito, a negociação desenvolve-se em fases e traz vários elementos indispensáveis para que ocorra com atenção à técnica e conclusão dos objetivos e metas. As reflexões aqui trazidas não têm como se dar de forma exaustiva, mas há um elemento da estratégia que

³⁴ SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. Técnicas de negociação para advogados. Ed. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 48

não se pode deixar de abordar. Ou seja, o negociador deve conhecer quais são as alternativas existentes para seu cliente fora da mesa e esforçar-se para imaginar quais seriam as da outra parte. Como técnica é chamada BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement), que em tradução livre, diz respeito a melhor alternativa ao acordo negociado. Ou seja, o que se poderia obter se não se negociasse, quais são suas alternativas, apresentam-se melhores ou piores do que negociação? Para o advogado, não raras as vezes, a alternativa fora da mesa de negociação condiz com tornar litigiosa a pretensão, o que, cada vez mais, é uma opção que se vê enfraquecida pelo custo, pelo tempo e a imprevisibilidade de resultados. Está muito longe de ser a única alternativa, contudo, mostra-se a mais frequente, o que se aconselha ser repensado.

Na perspectiva da Escola de Harvard, existem ainda muitos pontos a serem abordados para uma negociação adequada. Entretanto, o que se se pode assegurar é que se trata de uma ferramenta atemporal, em que os interessados podem, de fato, ter suas necessidades satisfeitas; é universal, porque pode ser aplicada em qualquer ambiente, mesmo interculturais; e é auto evidente.

Conduzindo a algumas conclusões. O advogado deve se centrar na preparação da negociação para que possa atender aos reais interesses de seus clientes, conduzir o processo de forma realista para atingir os objetivos e metas postas à mesa e ter consciência de que nada tem a ver com o velho ganhar ou perder. Ter presente que sucesso numa negociação se filia a uma lógica diversa do ganha-perde.

Por essa ótica, vê-se aumentada a responsabilidade dos operadores direito, em especial dos advogados, em evitar demandas desnecessárias e isto num sentido amplo. A necessidade ou não da judicialização do conflito deverá ter por base não apenas evitar a qualquer custo a lide aventureira, como se costumavam chamar as ações temerárias. Mas, sobretudo, estar capacitado para avaliar e dimensionar a eficiência e satisfação de direitos e interesses das partes que lhe compete representar, na perspectiva das micro relações. No âmbito macro, alicerçar a condução de conflito de forma não litigiosa é tornar-se um colaborador das políticas de pacificação e justiça social.

IV. A perspectiva do advogado

Em vigor desde setembro de 2016, o novo Código de ética da OAB estabelece e reflete, em inúmeras de suas disposições³⁵, seu objetivo de fortalecer e disseminar a autocomposição na prática jurídica com a pretensão de atender ao clamor da sociedade ávida pela efetivação de seus direitos em tempo razoável.

³⁵ Art. 2º

Parágrafo único. São deveres do advogado:

[...]

VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII - desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica;

Art. 11. O advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada.

A centelha dessas diretrizes, relativamente inovadoras para o advogado, qualifica-se como um norte para os profissionais que diariamente vivenciam os tormentosos obstáculos à celeridade processual e a alarmante insegurança jurídica decorrente do cenário corrosivo e incontrolável do ativismo judicial hodierno.

Esse quadro, portanto, não confere ao advogado, que atua no âmbito contencioso, elementos que possam garantir ao cliente uma previsibilidade de decisões judiciais ou mesmo da estimativa temporal da resolução da lide.

A análise dos riscos de resolução litigiosa dos conflitos perpassa, necessariamente, por vetores como tempo, dinheiro, custos de oportunidade, no contingenciamento sempre presente da improcedência de suas pretensões e os consequentes ônus sucumbenciais.

Nesse cenário nebuloso, digna de elogio a orientação do novo Código de Ética da OAB ao prever, junto ao art. 48, parágrafos 4º e 5º³⁶ de suas edificações, a aplicação das disposições concernentes aos honorários advocatícios ao campo da mediação, conciliação, arbitragem e demais equivalentes jurisdicionais, e estabelecer,

³⁶ Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado

em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.

[...]

§ 4º As disposições deste capítulo aplicam - se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos.

§ 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

inclusive, a vedação de diminuição da verba honorária em razão da resolução do litígio por outros meios de solução de conflitos.

Como deixa claro Marcus Vinicius Furtado Coelho, a diretiva tem como objetivo incentivar a utilização deste *modus operandi* pelos advogados:

A norma estabelecida no § 5º supracitado tem como finalidade conferir eficácia aos mandamentos do novo Código de Processo Civil em relação à utilização dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. É fundamental que a remuneração do advogado não seja reduzida nos casos de arbitragem, conciliação ou mediação. Caso isso fosse permitido, o mandamento do diploma processual correria sérios riscos de ineficácia social, uma vez que a redução dos honorários representaria patente desestímulo para que os advogados fizessem uso de tais métodos.³⁷

A nova previsão, portanto, vem ao auxílio do advogado que, diante das particularidades do caso concreto e das necessidades e interesses do cliente, pode optar por vias diversas no trato das contendas em que lhe é conferido o mandato.

As alternativas criadas pelo CPC também apontam para a diminuição do exagerado publicismo processual vigente até 2015, dando lugar ao privatismo mais consciente e dialogal das partes do processo ao fortalecer as convenções processuais que, embora previstas de forma mais tímida no Código Buzaid, recebem nova tintura no novo

³⁷ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Comentários ao novo código de ética dos advogados**. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 86.

diploma processual e ganham renovados olhares da doutrina e da jurisprudência.

A clara permeabilidade do novo diploma aos influxos inclusivo das partes na adaptabilidade do processo judicial mediante acordos processuais parece, também, nos dizeres de Antonio do Passo Cabral se afastar de uma “premissa messiânica, tão comum na ibero américa, do Judiciário como salvador da Pátria, o famoso mito do bom juiz.”³⁸

Prova disso, por exemplo, é a edificação do art. 191 do Código de Processo Civil que permite a fixação de um calendário para prática de atos processuais, em atenção às particularidades do caso concreto, evidenciando a natureza de negócio jurídico verdadeiramente plurilateral, máxime na esteira da cooperação processual iluminada pelas normas fundamentais do Código.

A mudança de rumo do Código viabiliza ao advogado concluir pela alteração do papel conferido ao jurisdicionado como simples consumidor, mas agora, dentro dos limites da autonomia das partes, a arquitetura convencional permite a atuação protagonista no engenho dos procedimentos, em cristalino mecanismo de gestão ao adaptar a tramitação dos procedimentos aos específicos interesses dos clientes.³⁹

Ao refletir sobre os necessários contornos da definição do desenho de cada procedimento, opera-se poderosa técnica de gerenciamento processual em favor da eficiência na otimização de

³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Ed. JusPodivm: Salvador, 2016, p. 199.

³⁹ *Idem*, pág. 200.

tempo, diminuição de custos e, pelo menos no que tange à marcha processual, maior previsibilidade para solução final da lide.

Certamente, as possibilidades negociais, judicializadas ou não, será oportunidade cada vez mais requisitada no competitivo ramo da advocacia, porquanto qualidade almejada por clientes que tendem, cada vez mais aderir ao veloz cenário contemporâneo, buscar pela minimização de riscos e maximização de benefícios.

Tais requisitos indicam que o profissional com aguçada visão estratégica deve, ao invés de apostar apenas no modelo combativo e dependente da figura do super juiz, dentro dos vetores éticos e legais, estimular, como no conhecido “dilema do prisioneiro”, que o “incentivo em longo prazo para a cooperação mútua seja maior que o incentivo no curto prazo para a deserção”⁴⁰

Repise-se. Os limites éticos e legais limitam um quimérico cenário de infinitas possibilidades resolutivas no campo de atuação do advogado, no entanto, técnicas e capacidades mais apuradas na arquitetura convencional de resolução de disputas, ainda são pouco explorados no âmbito da advocacia nacional, maciçamente estruturada sob a batuta da intervenção de terceiro julgador.

Prova disso é que há ainda muito a se aprimorar no âmbito técnico-profissional na construção de contratos que, alheios aos contornos simplificadores e mais econômicos de alternativas diversas

⁴⁰ AXELROD, Robert. A evolução da cooperação. Tradução Jusella Santos. Ed. Leopardo: São Paulo, 2010, p. 126.

ao Poder Judiciário, estimulam de forma tímida a discussão e negociação de cláusulas escalonadas⁴¹ de resolução de conflitos.

Tonificando a arguta capacidade de negociação, a opção pela previsão de cláusulas escalonadas, compreendida por cláusulas em que “as partes estipulam a obrigação recíproca de negociar ou de se valer de um mediador ou conciliador na busca de uma solução consensual”⁴², pode apresentar uma gestão muito mais efetiva, rápida e produtiva para a solução de disputas das mais diversas.

Ante a ausência do aprofundamento nesse tipo de capacidade, a via extrajudicial se apresenta profícua para a ativa atuação do advogado negociador, verdadeiro *player* na construção de opções e prevenção de litígios, fator que inegavelmente contribuirá para a satisfação mais célere, participativa e segura do cliente.

Em outra ponta, instaurada a lide, também cabe ao advogado velar pela estratégia traçada na contenda de forma a considerar, sempre, a possibilidade da maximização dos ganhos em razão do objeto do processo, de forma co-participativa com as demais partes, arrefecendo a influência muitas vezes perniciosa dos vetores do tempo, dinheiro, custos de oportunidade e contingenciamento de riscos na eternização da marcha processual.

As recentes mudanças legislativas e o crescente, embora insuficiente, estímulo à autonomia da vontade das partes no âmbito

41 BUCKER, Fátima Cristina Bonassa. Mediação e conciliação em cláusulas arbitrais escalonadas. Ed. Revista do Advogado: Porto Alegre, 2014, p 147.

42 Idem, Ibidem.

judicial e extrajudicial apontam para a necessária e recomendável postura ativa do profissional como criador de opções na resolução de conflitos envolvendo seus clientes.

A insatisfação atual e crescente da sociedade hipermoderna na via de mão única oferecida pelo sistema tradicional de jurisdição emoldura um novo quadro que merece atenção e profunda reflexão do advogado, porquanto, cedo ou tarde, outras ferramentas deverão ser acrescentadas ao portfólio profissional.

Considerações Finais

O presente trabalho é de cunho informativo e não intenciona esgotar o assunto que é extenso e profundo, tanto do ponto de vista estrutural, como pelo impacto que causa ao exercício da advocacia. A proposta é que seja mais um canal para despertar o interesse e o desejo de aprofundar-se, em homenagem ao esforço que a Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS tem desempenhado ao longo da última década.

E dentre a complexidade de temas pertinentes à obra, escolheu-se a negociação, técnica sofisticada, pertinente ao procedimento da mediação, mas não só, pois pode ser desenvolvida de forma autônoma, e que reúne condições de produzir o acordo entre as partes de forma altamente satisfatória e não competitiva.

De forma a fundamentar para o advogado o cenário atual, se elencaram as legislações pertinentes, matéria-prima de seu ofício e que

representam uma alteração de enorme significado na processualística, na fixação de preceitos e normas pertinentes à mediação e da sua responsabilidade profissional, CPC/2015, Lei de Mediação e Código de Ética, respectivamente.

Abordaram-se alguns princípios da negociação, sua função estratégica, a possibilidade que se soma a prática do advogado negociador de diagnosticar os verdadeiros interesses de seus clientes, o que os move, além das narrativas posicionais. Com isso, conduzir a construção de soluções de ganho mútuo, factíveis, realistas, o que pode representar um grau aperfeiçoado de justiça.

Dentre as tantas técnicas, escolheu-se o BATNA porque se conhecendo e sabendo utilizar, constitui-se uma estratégia útil ao negociador, que atua em coerência com a realidade posta, fortalecendo os objetivos, criando valor e alinhando percepções. Inclusive, chamou-se a atenção para uma situação que merece uma reflexão do leitor. Ou seja, de que a única alternativa viável à mesa de negociação resulte na judicialização do conflito. A proposta é viabilizar opções integrativas e de forma ampla. Porque, pensar em alternativas positivas e consistentes dá poder de escolha, inclusive para que o negociador decida se fecha um acordo ou se abandona a mesa de negociação, entre outros aspectos sobre a administração das questões que estão sendo trabalhadas.

Por fim, apresentou-se a visão do advogado que já experimenta, há muito tempo, a insatisfação pela dificuldade de se atingir objetivos em tempo razoável em função do trâmite exagerado dos processos judiciais. Assim, e a despeito disso, está posta a sua responsabilidade

profissional, que é proporcionar a satisfação do cliente, a minoração de riscos e a maximização de benefícios. Conduzir esses processos e fazer novas escolhas, sempre pautados pela ética e pelas normas de orientação dispostas nos novos diplomas legais, são situações as quais não se aconselha a fugir. A roupagem que deve edificar a atuação do profissional passa, necessariamente, pela ampliação de suas capacidades, pelo aprendizado das ferramentas pertinentes, atentos às particularidades de cada caso.

É um processo de perfectibilização profissional e do próprio ser humano, apropriando-se do conceito formulado por Rousseau de eterna construção e melhoria de si mesmo. Mudar é difícil, mas não mudar pode ser fatal. São novos conhecimentos, novas possibilidades que se apresentam e que tem por escopo não apenas dar-se efetividade aos direitos, ou ser um instrumento de gestão da administração judiciária (redução do estoque processual), mas, especialmente, ousa-se dizer, ser um agente na construção da cultura de paz e de co-criação de abordagens eficientes, ciente das dificuldades e limitações que se tem uma vida para superar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução Jusella Santos. Ed. Leopardo: São Paulo, 2010.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 30 de julho de 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.html. Acesso em: 30 de julho de 2018.

BRASIL. Lei n. 13.140 de 26 de Junho de 2015. Disponível: http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.html. Acesso em: 30 de julho de 2018.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional 108/2015 <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=122592> - Acesso em 30 de julho de 2018.

BUCKER, Fátima Cristina Bonassa. **Mediação e conciliação em cláusulas arbitrais escalonadas**. Revista do Advogado: Porto Alegre, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Ed. JusPodivm, Salvador, 2016.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Comentários ao novo código de ética dos advogados**. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Ed Imago: Rio de Janeiro, 1981.

LEWICK, Roy J, SAUDERS, David M., BARRY, Bruce. **Fundamentos da Negociação**. Ed. AMGH Editora Ltda, 5ª ed: Porto Alegre, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Ed. Método: São Paulo, 2016.

MEDIAÇÃO NO BRASIL - REGULAMENTAÇÃO E ATUALIDADE

*Dulce Nascimento*⁴³

Introdução

O desenvolvimento no Brasil de políticas públicas de tratamento adequado de conflitos é longínquo e recheado de experiências diversificadas. Também no setor privado e institucional muito se tem concretizado, com diversos projetos, que nacionalmente têm sido desenvolvidos, consolidando a mediação, pela segurança e confiança que a mesma transmite, para além das vantagens que possibilita alcançar, incluindo aqui o trabalho que a Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas – CEMPR OABRS vem realizando, ao longo de doze anos, que comemoramos por meio deste exemplar.

O instituto da mediação começou a ganhar forma legislativa no Brasil com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da

⁴³ Mediadora e Advogada Colaborativa certificada IMI | Professora convidada | Supervisora de Mediação NUMEC-OABMG | Coordenadora Pós-graduação LLM Mediação, gestão e resolução de conflitos ESA-OABMG | Coordenadora da Mediação, Conciliação e Arbitragem ESA-OABMG | Juíza Coordenadora Julgado de Paz Sta. Mª da Feira (2008-13) | Mestre em Direito FDUL e UFMG | Especialização Resolução Estratégica de Conflitos | Pós-Graduada em Gestão de Recursos Humanos | Diretora da DUMANA-Consenso e desenvolvimento | Vice-Presidente da certificação de advocacia na mediação ICFML Brasil | Membro da Comissão Nacional de Mediação e Conciliação do Conselho Federal da OAB | Membro do Conselho Consultivo da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil-MG | Membro do Conselho de Governadores da Associação Lusófona de Direito da Saúde | Membro da Comissão Organizadora da Competição Brasileira de Mediação Empresarial da CAMARB

Deputada Zulaiê Cobra. Em 2010 verificou-se um comprometimento do judiciário brasileiro com a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, por meio da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que veio a ser alterada com a emenda nº 2 de 08.03.2016. Mas, foi no ano de 2015 que o instituto da mediação recebeu regulamentação jurídica processual, por meio da Lei 13.105 de 16.03.2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil (em vigor desde 17.03.2016) e da Lei nº 13.140, de 26.06.2015, denominada Lei da Mediação (em vigor desde 26.12.2015). Podemos assim afirmar que desde dezembro de 2015/março de 2016, encontramos no Brasil regulamentação legal sobre este instituto, no setor público e privado.

Aqui chegados, tendo percorrido cerca de dois anos e meio de mediação no Brasil, de forma institucional e processual, cumpre-nos começar por fazer um balanço sobre onde nos encontramos. Depois, com base numa avaliação da realidade e experiência, bem como do conhecimento com vivências diversas e consequências mais ou menos positivos, devemos decidir onde queremos chegar e quais resultados pretendemos alcançar.

Desenvolvimento

O Brasil possui dimensão de país continente, sendo constituído por cerca de 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios, com

uma população de cerca de duzentos e treze milhões (213.594.444 em 2018)⁴⁴, distribuída pelos seus vinte e seis estados e distrito federal.

No globo, o Brasil é uma das nações mais multicultural e etnicamente diversa, em decorrência da forte imigração oriunda de vários locais do mundo, sendo o quinto país maior do mundo em área territorial e o sexto em população, corresponde ao maior país em território da América do Sul (47%) e da região da América Latina, para além de ser o maior país lusófono (língua portuguesa) do nosso planeta Terra⁴⁵.

Sobre a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses e regulamentação jurídica, definiu-se legalmente a criação pelos tribunais brasileiros de centros judiciários de solução consensual de conflitos - CEJUSCs, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, bem como o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto composição⁴⁶.

Para fazer o balanço sobre a atualidade da mediação, optámos, neste artigo, por escolher alguns diferenciais que entendemos distinguir

⁴⁴ Dados verificados no [countrysimeters](http://countrysimeters.info/pt/Brazil) disponível em <http://countrysimeters.info/pt/Brazil> dia 25.06.2018 às 9:00

⁴⁵ Dados coletados com base em consulta da <https://pt.wikipedia.org/wiki/Brasil> dia 25.06.2018 às 9:10

⁴⁶ Conforme resulta do disposto nos artigos art. 24 da LM e art. 165 do CPC 2015. A diferença do texto entre estes dois artigos reside apenas na circunstância do Código de processo civil ter retirado a expressão “pré-processuais e processuais” introduzida na Lei nº 13.140, de 26.06.2015, denominada Lei de Mediação (LM).

e destacar o regime jurídico brasileiro dos demais, os quais deverem de ser tratados com todo o cuidado e rigor pela sua singularidade.

Apesar de todos os esforços e desenvolvimentos mundiais, iniciados nos anos 20/30 do século passado⁴⁷, a resistência à mudança e dificuldade humana de sair da zona de conforto, sobre conflitos e sua resolução, é um fato notório. Socialmente, de forma majoritária, perante situações de conflito, desacreditamos da construção de soluções de ganhos mútuos.

Conhecer diferentes possibilidades de gestão e resolução de conflitos permite aos envolvidos em conflito se colocar em condições de decidir qual o método mais adequado para resolver a sua situação. Contudo, verificamos pouca informação disponível e interiorizada sobre os diferentes processos existentes, para prevenir, gerir e resolver conflitos, em especial, o necessário conhecimento sobre procedimentos e potencialidade da mediação.

A experiência prática vivida e a repetição de comportamentos⁴⁸, continuam a ser um processo bastante eficaz de interiorizar competências (por meio de conhecimento; habilidade; atitude; valor e emoção). Como exemplo lembremos a recente experiência sobre obrigatoriedade de colocar cinto de segurança. Antes de ser legislado sabíamos da importância do seu uso, no banco dianteiro e traseiro, para

47 FOLETT, Mary Parket, com as obras Resposta Circular e Conflito Construtivo, defendendo que as divergências são extremamente importantes porque revelam uma diferença de opinião que cedo ou tarde se manifestará, de forma danosa ou não.

48 SIGMUND, Freud; Recordar, repetir e elaborar: novas recomendações sobre a técnica da psicanálise II, In: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud [ESB]. Rio de Janeiro: Imago, s/d.vol. XII 1996.

a segurança do condutor e passageiros, mas só alguns utilizavam. Com a obrigatoriedade de uso, o cidadão começou por reclamar, mas em pouco tempo passou a cumprir atendendo à consequência pelo não uso. Hoje, compreendendo que o cinto de segurança a apesar de não impedir acidentes, pode atenuar as suas consequências, essa tarefa (colocar o cinto de segurança) é realizada de forma tão automática, instintiva e intuitiva, que passámos a uma atuação inconsciente desta competência.

No mesmo sentido de mudança, com vista a implementar transformação, a inovação trazida pelo código processual civil brasileiro de obrigatoriedade da etapa inicial da mediação, vem corrigir uma lacuna que se verifica em diferentes ordenamentos jurídicos de outros países. Assim, um dos diferenciais encontrados, com a regulamentação processual brasileira do instituto da mediação, é a determinação de uma etapa inicial obrigatória, que em bom rigor deveria ser denominada de sessão informativa, atendendo e respeitando o princípio da voluntariedade que caracteriza todo o processo de mediação⁴⁹.

CAPITULO V - DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Art. 334 do CPC

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência

49 As únicas exceções, ao teor do artigo 334, seriam os casos nos quais a petição inicial não preenche os requisitos essenciais; nos processos em que seja possível decidir, desde logo, pela improcedência liminar do pedido; ou quando ambos dispensam esse momento prévio.

*de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.*⁵⁰

...

§3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§4º A audiência de mediação/conciliação não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando o direito versado na causa não admitir a autocomposição.

Correspondendo a um momento processual inicial obrigatório, destinado a informação, esclarecimento, reflexão e decisão pelos intervenientes sobre qual efetivamente o método mais adequado à resolução do caso em concreto, atendendo às características da situação e reais pretensões dos envolvidos, esta inovação permitiu que o tema fosse trazido para a sociedade, nas relações pessoais, familiares, empresariais e comerciais, para além de outras.

Convictos de que a mediação não corresponde a um processo com exclusividade para resolver todas as situações, nem de todas as pessoas, físicas e jurídicas, consegue responder de forma mais eficaz e eficiente a um percentual de situações que continuam a ser geridas e resolvidas de forma incorreta e desinformada por processos desadequados. A inovação do regime jurídico processual brasileiro, que

⁵⁰ No mesmo sentido dispõe o art. 27 da LM

optou por um modelo onde a regra é de obrigatoriedade prévia da mediação, por meio desta etapa inicial de prémediação, modelo justificadamente defendido por alguns autores de acordo com experiências e resultados vivenciados internacionalmente⁵¹, demonstra a potencialidade e confiança atribuída pelo legislador brasileiro ao instituto.

Em sentido similar, no que diz respeito à regulamentação processual da mediação privada, encontramos outro diferencial do instituto da Mediação no Brasil. Neste sentido, a Lei da Mediação (LM) dispõe sobre a possibilidade de quem deseja a Mediação fazer um convite ao outro para que iniciem o procedimento de mediação extrajudicial (art. 21 LM), podendo este convite ser feito por qualquer meio de comunicação e estipulando o escopo (objetivo) proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião. Mais, dispõe a LM que a parte que recebe o convite poderá: a) Aceitar o início da mediação; b) Recusar expressamente a mediação; c) Não responder (o convite será considerado rejeitado se não for respondido em até 30 dias da data de seu recebimento) - art. 21, parágrafo único LM.

⁵¹ NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do; Dissertação de mestrado: Julgados de Paz e conciliação. Disponível em http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/716/1/md_dulce_nascimento_dissertacao.pdf - “Atendendo a que a percentagem de cidadãos informados ainda é reduzida, considera-se que a denominada fase de Pré-mediação realizada nos Julgados de Paz, deveria passar a denominar-se Sessão Informativa, com carácter obrigatório, a realizar-se nas instalações dos Julgados de Paz da área territorialmente competente para julgar a situação em concreto, independentemente de ter sido colocada no Tribunal Judicial ou no Julgado de Paz.” (pág. 361).

Complementarmente, é possível as partes preverem no próprio contrato uma cláusula compromissória de mediação, definindo que os litígios envolvendo aquele pacto serão resolvidos por meio de mediação, assumindo os contratantes o compromisso de tentar a mediação, antes de buscarem o poder judiciário ou a arbitragem para decidir o conflito. O legislador brasileiro pretendeu, nomeadamente com recurso à sua experiência na arbitragem, levar os intervenientes contratuais a refletirem, de tal forma, sobre o compromisso contratual assumido, que dispôs a possibilidade desta cláusula compromissória da mediação poder, inclusive, prever penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação (prémediação). Acresce que, para os casos em que os envolvidos não estabeleceram previsão dessa penalidade, a lei estabelece incentivos e garantias para a atuação de boa-fé, determinando consequências. Neste sentido, dispõe a LM:

Se não trazer a previsão dessa penalidade, a parte que não comparecer será punida tendo que pagar 50% das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada (art. 22, § 2º, IV, da LM)

Termos em que encontramos, de forma regulamentada e institucionalizada, a possibilidade de recorrer à mediação, privada ou judicial, por meio de cláusula compromissória de mediação; compromisso de mediação, ou convite unilateral.

Com base nas inovações mencionadas (obrigatoriedade da etapa inicial e prévia à mediação, possibilidade contratual do seu estabelecimento e convite), por um lado, importa identificar quais os resultados efetivamente alcançados pela mediação, nestes cerca de dois anos que passaram. Por outro, impõe-se analisar como os diversos operadores do direito se estão a preparar para, perante diferentes situações de conflito e diferentes sujeitos, intervirem na escolha do processo mais adequado aos resultados pretendidos, de forma livre e esclarecida.

No que diz respeito à mediação privada, relativamente a dados estatísticos de quantidade e qualidade do número de processos, entidades e profissionais envolvidos, não conseguimos apurar dados significativos, registando-se aqui uma efetiva carência do sistema brasileiro que importa trabalhar e resolver, o que decidimos propor nas conclusões do presente artigo.

Sobre a mediação judicial, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tem vindo a publicitar elementos sobre a situação nacional do judiciário, criando e divulgando o documento Justiça em números, onde na última publicação disponível, datanda de 2017, relativamente ao ano base 2016⁵², é possível ler nas suas considerações finais (p. 182 e 183):

A taxa de congestionamento permanece em altos patamares e quase sem variação em

⁵² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Conselho Nacional de Justiça, Justiça em números 2017 – ano base 2016, consultado em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>

relação ao ano de 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados.

Observou-se em 2016 que, apesar de o novo código de processo civil tornar obrigatória a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação, a resolução de casos por meio de conciliação ainda apresenta desempenho tímido, sendo que das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11,9% foram homologatórias de acordo - crescimento de menos de 1 ponto percentual em relação ao ano de 2015. Os índices de conciliação aumentam um pouco quando se observa apenas a fase de conhecimento do primeiro grau de jurisdição: 17,4% no juízo comum e 16,0% nos juizados especiais. A Justiça do Trabalho é a que mais conciliou, com índice de 39,7%.

No entanto, constatamos que o Conselho Nacional de Justiça, não realizou ali uma distinção entre mediação e conciliação, verificando-se um tratamento de descaso da mediação, com falta de referências ou tratamento de dados quantitativos e qualitativos diferenciados. Em especial, o diagnóstico apresentado, sob o tema *índice de conciliação*, não diferencia conciliação de mediação. Inclusive, é dando apenas destaque a que houve um ligeiro aumento no indicador de conciliação de 0,1 ponto percentual e 0,6 ponto percentual, respetivamente, no 2º e 1º grau em relação ao ano anterior, fazendo

menção de que a justiça mais conciliadora, a trabalhista, consegue solucionar 40% de seus casos por meio de conciliação.

Consideramos adequado referir que a lei distingue a função exercida pelo mediador e conciliador no artigo 165º do CPC, identificando a intervenção do mediador, preferencialmente, em situações onde exista vínculo anterior entre as partes, auxiliando no restabelecimento da comunicação, onde sejam identificadas pelos próprios soluções consensuais que gerem benefício mútuo. Diferentemente, o conciliador atuará em casos com sujeitos sem vínculo anterior, podendo este terceiro sugerir soluções, desde que o faça sem constrangimento ou intimação dos intervenientes.

Em sentido complementar, e de forma sumária, temos defendido que a mediação é um processo vocacionado para trabalhar situações onde exista vontade ou desejo dos intervenientes no conflito em manter, melhorar, não prejudicar ou iniciar relações ou relacionamentos, independentemente do grau de intimidade entre os envolvidos na situação. Tal como defendido em dissertação de mestrado, a mediação trabalha não só os elementos objetivos (mensuráveis) como os elementos subjetivos (emocionais e racionais) do conflito. Diferente da conciliação onde apenas encontramos elementos objetivos⁵³. Neste

⁵³ NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do; Dissertação de mestrado: Julgados de Paz e conciliação. Disponível em http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/716/1/md_dulce_nascimento_dissertacao.pdf “Assim, partindo da ideia defendida pela maioria da doutrina, de que Mediação e Conciliação extrajudicial são atividades similares ou compatíveis, compreendendo a posição adotada por Mariana França Gouveia de que na Conciliação Judicial os plenos poderes e confiança das partes podem ficar prejudicados, aproximamo-nos da posição segundo a qual Mediação e Conciliação

sentido, poderíamos afirmar que a mediação pode abranger a conciliação, mas nunca o contrário, já que quem pode o mais (mediação), pode o menos (conciliação).

Nos termos do disposto no artigo 11º da LM o mediador judicial para além de pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso reconhecido pelo Ministério da Educação, tem de ter obtido capacitação nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ (40 horas teóricas e 60h práticas reais), cadastrado no Tribunal Estadual onde irá atuar e no cadastro nacional do CNJ. Não resulta semelhante disposição para exercer a função de conciliador, vindo a prática destes dois anos de regulamentação no Brasil a demonstrar que alguns CEJUSCs, ao invés de apostarem na mediação com profissionais, recorreram a jovens (alunos universitários ou outros) para exercer a função de conciliador, o que mesmo com uma formação prévia, atendendo à pouca maturidade e experiência de vida, em alguns casos têm vindo a desvirtuar os institutos.

Sendo a Mediação um modelo de acesso à justiça humanizada, ainda em construção, impõe-se que para além dos interessados diretamente deverem ter um momento e espaço próprio (etapa inicial obrigatória) onde vão ser apresentados a esta proposta, também se inflige que os operadores (negociadores, conciliadores, mediadores,

se distinguem pela qualidade do sujeito acrescida da sua capacitação em Resolução de Litígios. Entendemos que identificar Conciliação apenas como a atividade onde o terceiro tem o poder de decisão significa desvirtuar a natureza da mesma, atribuindo-lhe um sentido impositivo à obtenção do acordo, o que não corresponde à realidade, características e razão de ser da mesma” (pág. 166 a 167).

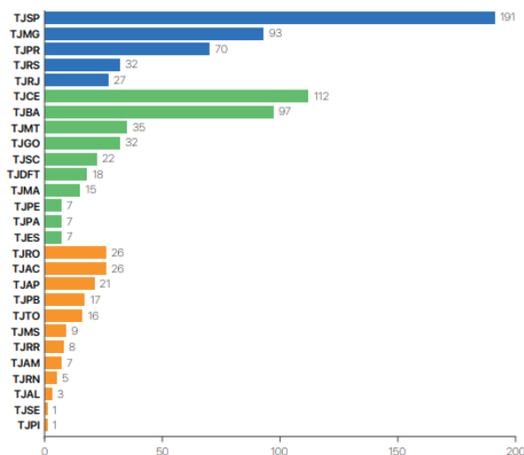
juristas, advogados, defensores, promotores e magistrados, entre outros) se disponibilizem a conhecer prévia e efetivamente a proposta de trabalho deste processo. Assim, da mesma forma que os profissionais do direito tiveram a necessidade de se capacitar e certificar para exercerem a sua profissão, nos processos de negociação, judicial e arbitragem, neste momento é necessário que também façam o mesmo, em especial, relativamente à Mediação, devendo buscar uma certificação profissional.

Sobre a criação pelos tribunais dos mencionados Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSCs, no documento Justiça em números 2017 (ano base 2016), o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em particular no ponto 6, denominado “*índice de conciliação*” (pag. 125), faz menção ao novo Código de Processo Civil e Resolução 125/2010 do CNJ, bem como à sua criação referindo a disposição legal que prevê a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis. No entanto, do mesmo documento (fig. 100 – pág. 125), resulta que ao final do ano de 2016, havia um total de 905 CEJUSCs instalados em todo o território nacional brasileiro, descrevendo-se ali o número na Justiça Estadual por Estado. Sobre o instituto da mediação judicial em particular (préprocessual ou processual) não foi localizada qualquer referência ou estatística, quantitativa ou qualitativa no aludido documento.

(fig. 100 – pág. 125 - Justiça em números 2017 - ano base 2016 - CNJ)

Na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2016, 905 CEJUSCs instalados. A Figura 100 indica o número de CEJUSCs em cada Tribunal de Justiça.

Figura 100: Centros Judiciários de Solução de Conflitos na Justiça Estadual, por tribunal



Por forma a que a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, a regulamentação jurídica do instituto, com a efetiva criação de CEJUSCs responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, bem como o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, sejam uma realidade reconhecida, importa analisar e avaliar como os operadores do direito estão a vivenciar a atualidade, para definir se estamos no caminho certo, identificar obstáculos, enfrentar desafios que possivelmente vão surgindo e assumir compromissos para que as dificuldades fiquem mais fáceis de ultrapassar.

Sucedee que no levantamento do balanço a que nos propusemos também ainda não existem dados para que possamos analisar como estão os operadores do direito a lidar com esta nova função de gestão e resolução estratégica de conflitos, por meio da escolha do método mais adequado. Seria primordial começar por saber como alunos, advogados e juristas estão recebendo preparação diferenciada sobre o momento de elaboração dos contratos e redação das suas cláusulas, em especial a construção da cláusula onde se decide como e onde resolver eventuais conflitos que possam surgir da relação constituída, até à escolha efetiva do método mais adequado e preparação do cliente para o mesmo. De igual forma, como defensores e promotores são capacitados para poder atuar como interessados no processo, bem como usar técnicas e ferramentas de negociação por interesses. Por último, e em especial, a indispensável e necessária preparação dos magistrados e assessores para realizarem uma prévia triagem dos processos optando, em consciência e de forma coerente, por agendar audiência de mediação ou conciliação, como lhes impõe o artigo 334º do CPC.

Neste sentido, podemos apenas partilhar que na nossa experiência, encontramos diversas universidades brasileiras, onde se verifica a inclusão de matérias, facultativas e obrigatórias, sobre métodos adequados de resolução de conflitos; competições de negociação, mediação e arbitragem⁵⁴; para além da introdução do tema nos módulos de extensão universitária e práticas jurídicas, vindo o

⁵⁴ Vindo a tomar corpo com reconhecimento efetivo o evento de competição em mediação empresarial da CAMARB, que poderá ser consultado em: <http://camarb.com.br/competicao-de-mediacao/>

Ministério da Educação a avaliar positivamente e de forma diferenciada as mesmas. De igual forma a Ordem dos Advogados brasileira em diferentes Estados também tem disponibilizado formação aos seus profissionais, sendo o primeiro país lusófono a implementar a certificação de profissionais da advocacia na mediação⁵⁵. De igual modo, promotoria, defensoria e magistratura têm vindo a realizar diferentes capacitações, bem como eventos sobre o tema, potencializando uma discussão enriquecedora e de construção de saber. Como resultado da relevância que os operadores do direito brasileiro reconhecem à matéria, verificamos que as provas para agregação passaram a incluir questões sobre a temática, resultando assim uma efetiva valorização e necessidade de atualização destas profissões.

Realizado um balanço de diferenciais, com breve avaliação dos resultados e intervenção dos operadores, podemos afirmar que o Brasil tem tido várias experiências positivas, de projetos ligados a métodos consensuais ao longo dos últimos anos, assim como a possibilidade de conhecimento das consequências alcançadas em vários outros países, possibilitando identificar o que deu ou não certo, otimizando os possíveis resultados para o Brasil no futuro próximo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de humanização do direito e das relações, que estamos vivenciando e somos protagonistas, onde autonomia da

⁵⁵ Trabalho realizado pelo Instituto de Formação e certificação de mediadores lusófonos e International Mediation Institute, para profissionais da advocacia, com informações disponíveis em <http://br.icfml.org/certificacao-2/>

vontade privada e decisão informada ganham voz, impõe tomarmos consciência do momento presente, decidindo fazer ou não parte consciente do mesmo.

Atendendo às constatações sobre o documento justiça em números do CNJ, entendemos relevante reforçar aqui que mediação e conciliação, apesar de processos não adversariais com várias similitudes, são distintos e devem ser tratados de forma individualizada. Participar deste momento de mudança implica resgatar a razão de ser, estar e agir das diferentes profissões, reinventando a sua atuação. Assim, sobre a análise da evolução dos resultados e possíveis diferenças da mediação judicial nos anos de 2016 e 2017 teremos de aguardar pela publicação da 14ª edição do relatório justiça em números, a ser publicada no 2º semestre de 2018, com os dados de 2017, onde certamente será possível verificar as mudanças e resultados alcançados com a mediação.

Relativamente à mediação privada, atendendo à referida inexistência de dados estatísticos, consideramos oportuno o tratamento desse tema pelo CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem⁵⁶, designadamente atendendo ao seu principal objetivo de congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, visando à excelência de sua atuação, assim como o desenvolvimento e credibilidade dos MESC's (Métodos Extrajudiciais

⁵⁶ <http://www.conima.org.br/>

de Solução de Controvérsias), sempre observando as normas técnicas e, sobretudo, a ética.

Conscientes de que toda a mudança demanda tempo, também temos presente que tempo nem sempre é atemporal, sendo necessário agir.

Das experiências tidas resulta que o prazo de 5 (cinco) anos corresponde a um tempo suficiente para verificar se as mudanças necessárias à transformação efetiva aconteceram. Voltando ao exemplo citado do cinto de segurança, hoje todos temos como automático que entramos num veículo automóvel e colocamos o cinto. Se não o fizermos sabemos que tem consequências, mas a verdade é que o fazemos porque nos acostumámos a esse hábito. Neste sentido, o ideal será chegarmos a um momento onde todos os sujeitos saibam escolher o método mais adequado para resolver diferentes conflitos quando os mesmos surgirem.

Atendendo a que passaram cerca de dois anos e meio, estamos no meio caminho dos cinco, impondo-se agora parar, pensar e decidir se vamos continuar no mesmo ritmo; se temos de acelerar para conseguir alcançar o destino a que nos propusemos; ou se é necessário abrandar para chegar em maior número, sendo fundamental partilhar experiências e fazer escolhas para errar menos e aperfeiçoar mais, conscientes da possibilidade única que o Brasil tem de se tornar referência mundial na mediação atendendo ao trabalho e resultados que conseguir alcançar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 13.105 de 16.03.2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26.06.2015. Lei de Mediação.

FOLETT, Mary Parket, com as obras Resposta Circular e Conflito Construtivo.

NASCIMENTO, Dulce Maria Martins do. Dissertação de mestrado: Julgados de Paz e conciliação.

Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, alterada com a emenda nº 2 de 08.03.2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Conselho Nacional de Justiça, Justiça em números 2017 – ano base 2016*

SIGMUND, Freud. *Recordar, repetir e elaborar: novas recomendações sobre a técnica da psicanálise II*, In: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud [ESB]. Rio de Janeiro: Imago, s/d.vol. XII 1996.

JUSTIÇA MEDIÁTICA NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DA LEI 13.140/2015

*Mauro Gaglietti*⁵⁷

Introdução

Examinam-se os obstáculos e as possibilidades de se garantir o acesso à justiça por meio da efetivação substantiva do instituto da mediação no Brasil tendo em vista a relevância da adoção da cultura da autocomposição dos conflitos. Tais procedimentos encontram-se, via de regra, amparados na história do direito que há milênios registra a construção das jurisdições comunitária (privada e extrajudicial) e estatal. Diante desse novo paradigma instituído no processo civil brasileiro, opera-se, agora, por intermédio da cooperação entre os práticos do direito tendo por meta garantir o melhor interesse das partes. Percebe-se, nesses termos, o desvelamento de um cenário no qual emerge a nova atuação dos advogados e das advogadas focados na resolução dos problemas no campo extrajudicial, ampliando, assim, o mercado de trabalho.

⁵⁷ Mauro Gaglietti é Mediador extraJudicial e Professor na ESMAT, FAPAS, FADISMA, FAE. Integra, como convidado, a Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. É Docente no Curso de Direito no qual é o Coordenador do Núcleo de Mediação das Faculdades João Paulo II. Doutor em História/PUCRS; Mestre em Ciência Política/UFRGS; Especialista em História/UFSM. E-mail: maurogaglietti@bol.com.br - Currículo : <http://lattes.cnpq.br/0255573178613450>

1 – O INSTITUTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS

Assinala-se que entre 2010 e 2013 houve algumas iniciativas do Estado brasileiro no sentido de instituir a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”⁵⁸.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por exemplo, instituiu a Resolução 125/CNJ, que dispõe sobre a política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Entre outras medidas, o ato determinou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (Cejusc na Justiça Estadual

⁵⁸ Considerando-se que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução n° 70/CNJ, de 18 de março de 2009; Considerando-se, ainda, que o direito de acesso à Justiça previsto no art. 5 o , XXXV, da Constituição Federal de 1988, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; Considerando-se que cabe ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais, bem como incentivar sua solução mediante outros mecanismos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação; Considerando-se que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que os programas já implementados no Brasil têm reduzido a judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; Considerando-se que a organização dos serviços de conciliação, mediação, práticas autocompositivas inominadas e outros métodos consensuais de solução de conflitos devem servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução consensual de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria; Considerandos-se o disposto na Resolução n° 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, que estabelece princípios básicos de Justiça Restaurativa; Resolve estabelecer a Emenda n° 01 de 31 de Janeiro de 2013 referente a Resolução 125 do CNJ.

e Cejuscons na Justiça Federal) e as diretrizes de capacitação de conciliadores e mediadores em todo o Brasil⁵⁹.

Um dos métodos adequados de tratamento praticados no Brasil intitula-se de “conciliação autocompositiva”, que consiste na intervenção de um terceiro imparcial que não está envolvido no conflito que aproxima as partes, as escuta e auxilia, apontando-lhes as vantagens na celebração de um acordo que ponha termo àquela disputa. Assim, a conciliação tem se mostrado adequada em especial quando os litigantes não possuem qualquer vínculo social de natureza continuada entre si, tais como em desavenças envolvendo colisão de veículos, relações de

⁵⁹ Em 2010, o CNJ editou a Resolução 125, com o objetivo de estabelecer “política pública de tratamento adequado de problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”. Em 2009, foi formada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, a fim de apresentar um novo Código de Processo Civil. Em tempo recorde, foi apresentado um Anteprojeto, convertido em Projeto de Lei 166/2010, submetido a discussões e exames por uma Comissão integrada, especialmente, por Senadores, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Após tramitar no Congresso Nacional, o Novo CPC preocupou-se com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 165 a 175. Após o advento do Projeto do Novo CPC, em 2011, o Senador Ricardo Ferraço apresentou ao Senado o Projeto de Lei 517/2011, propondo a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, de modo a criar um sistema afinado tanto com o futuro CPC/2015 quanto com a Resolução 125/2010 do CNJ. Em 2013 foram apensados ao PLS 517 mais duas iniciativas legislativas: o PLS 405/2013, fruto do trabalho realizado por Comissão instituída pelo Senado, e presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o PLS 434/2013, fruto de Comissão instituída pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça, presidida pelos Ministros Nancy Andrighi e Marco Buzzi, ambos do STJ, e por Flávio Croce Caetano, Secretário de Reforma do Judiciário junto ao Ministério da Justiça. No final de 2013, foi apresentado um Substitutivo pelo Senador Vital do Rego, aprovado e enviado à Câmara dos Deputados, onde tramitou sob o número 7.169/2014. Na Câmara Federal também foi apresentado um Substitutivo pelo Relator da matéria, Deputado Sérgio Zveiter, em julho de 2014.

consumo, e outras questões conflituosas na seara dos direitos patrimoniais disponíveis⁶⁰.

Já, a mediação⁶¹, por seu turno, é um procedimento pelo qual um terceiro – imparcial e independente –, dotado de técnicas específicas e sem sugerir a solução, busca aproximar das pessoas envolvidas no conflito e facilitar o diálogo entre si, a fim de que elas possam compreender as suas posições antagônicas, permitindo-lhes construir - por si mesmas - um caminho que leve em consideração os interesses e os sentimentos envolvidos na questão aparente, sempre de modo satisfatório para as diferentes partes que constituem o conflito. Ao ter por foco a reconstrução da relação abalada entre os litigantes, a mediação tem sido apontada como meio adequado de resolução de conflitos entre aquelas pessoas que têm uma trajetória de vida marcadamente compartilhada - cuja convivência será necessária ou irá se perdurar ao longo do tempo -, como ocorre em questões envolvendo familiares, vizinhos, colegas de trabalho e de escola, dentre outros. Assim, a mediação volta-se àqueles conflitos cuja natureza envolve pessoas que têm relações continuadas, como é concebido na legislação brasileira aprovada em 2015, diferentemente de alguns países junto à União Europeia que não fazem a distinção metodológica (cultural e técnica) entre conciliação e mediação. Por força dessas qualidades, a mediação, paulatinamente, vem sendo difundida no Brasil como

⁶⁰ Definição encontra-se na legislação 13.140/2015; 13.105/2015; Resolução 125 do CNJ/2010 e no Manual de Mediação Judicial do CNJ (nas cinco edições).
⁶¹ Idem. Ibidem.

mediação familiar, mediação civil e mediação penal, essa última, tende a encontrar-se associada à justiça restaurativa.

Assim, a “Justiça consensual”, como passou a ser conhecida, é integrada por duas definições. A primeira refere-se à conciliação e a segunda à mediação. Ambas podem ser empregadas extra e judicialmente. Desse modo, essa justiça é concebida como o conjunto de métodos consensuais de tratamento de conflitos aplicados aos litígios junto ao Poder Judiciário, conciliação e mediação judiciais (pré)processuais ou processuais ou pós-processuais) ao integrar o amplo quadro de política judiciária. Verifica-se, por um lado, que a conciliação judicial, que já existia no Código de Processo Civil de 1973, ganhou, desde 1984, maior amplitude por meio da Lei de Pequenas Causas e, sobretudo, por meio da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995). Assinala-se, ainda, que em áreas específicas, torna-se saliente destacar também a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977).

Por outro lado, a mediação judicial sendo mais recente, iniciou, em termos institucionais, por intermédio da Resolução 125 do CNJ⁶² e

⁶² Ada Pellegrini Grinover - Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais e professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade de São Paulo - foi uma das protagonistas na implantação da Resolução 125 do CNJ em 2010. Antes mesmo da Resolução, presidiu a Comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual que apresentou o substitutivo ao projeto de Lei sobre Mediação da deputada Zulaiê Cobra, instituindo a mediação paraprocessual, em 2002. Colaborou com o professor Kazuo Watanabe para a elaboração e implantação da Resolução CNJ. Depois da referida resolução, apresentou sugestões - que foram muito bem recepcionadas - à Comissão de Juristas encarregada pelo Senado pela apresentação do projeto de novo Código de Processo Civil, em matéria de conciliação e mediação. Apresentou, ainda, com Kazuo Watanabe, sugestões de harmonização do Projeto de Lei de Mediação com o novo CPC, que também foram acolhidas. Também com Kazuo Watanabe, criou e coordenou uma coletânea sobre métodos alternativos de solução de conflito, com

é hoje praticada, sobretudo, pelos Cejuscs e Cejuscons, instituídos pela mencionada Resolução em poucas comarcas ainda. (O estado da federação que se estruturou mais adequadamente, nos últimos cinco anos, foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por meio do NUPEMEC e da AJURIS – observação feita pelos autores entre outubro de 2016 e maio de 2018 após terem estado em vários estados do País). Soma-se a tais iniciativas, outra, mais abrangente e recente. Trata-se da conciliação e da mediação (extra e judicial) previstas também pelo Novo CPC (Lei 13.105/2015) e pelo marco regulatório da Mediação (Lei nº 13.140/2015). Temos, desse modo, os instrumentos legislativos que se somados à Resolução CNJ 125, o novo CPC e a Lei de Mediação formam o minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução de conflitos, sendo suas normas complementares naquilo em que não conflitam.

Nesses termos, pode-se destacar que no Brasil o surgimento das leis da Ação Popular (4.717/1965), da Ação Civil Pública (7.347/1985), do Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990), dos Juizados Especiais (9.099/1995) e da Arbitragem (9.307/1996), dentre outros, podem ser dimensionadas como iniciativas cujos propósitos visavam

vários volumes publicados. Organizou e coordenou diversos cursos de capacitação de conciliadores e mediadores. Introduziu, com Kazuo Watanabe e Carlos Alberto de Salles, a disciplina sobre a matéria na graduação da Faculdade de Direito da USP em 2012 coordenando, também, a pesquisa junto ao Ministério da Justiça, executada pelo Cebepej e pela FGV, sobre “Análise Qualitativa da Mediação no Brasil”. Por fim, integrou a Comissão do CNJ para a elaboração de parâmetros curriculares para a capacitação de mediadores, cujas conclusões foram encaminhadas a seu presidente, ministro Ricardo Lewandowski, e pelo presidente da referida Comissão, ministro Marco Aurélio Buzzi.

instaurar mecanismos voltados à garantia do acesso à justiça⁶³. Tais iniciativas buscavam garantir o ingresso a um processo justo, sem entraves e demora, estando adequadas ao tratamento adequado do conflito propiciando a efetivação do direito justo. Isso porque a jurisdição estatal - como meio heterocompositivo, não raro, praticando e reproduzindo o esquema ganha/perde, ao jogar as partes umas contra as outras, advogados contra advogados, e, longe de arrefecer os ânimos -, tem estimulado a constituição de um ambiente de animosidades entre as partes, gerando, via-de-regra, novas ações judiciais como forma de alimentar o litígio e, em alguns casos, servindo para manter, também, os laços afetivos (o ódio é o avesso do amor) mesmo que a opção adotada seja concretizada por meio de vias transversas, movimentando, para tanto, toda a máquina estatal.

Levando-se isso em consideração, percebeu-se que todas as práticas que de certo modo facilitam a comunicação entre os litigantes - ao garantir liberdade no diálogo, a respeito de suas diferenças -, pode

⁶³ Ter acesso ao Poder Judiciário sem a garantia de um tratamento igualitário não é participar de um processo justo. Por um lado, o acesso à justiça prevista na Constituição da República Federativa de 1988 é um direito fundamental do cidadão, não apenas do ponto de vista do direito ao ajuizamento da ação, mas também se volta, sobremaneira, ao tratamento mais adequado ao conflito (extra ou judicialmente), ensejando, assim, a verdadeira pacificação social. Por outro, contemporaneamente, é bem claro que tratar como iguais sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça, repetindo a exclusão já existente na relação de direito material. Assinala-se, ainda, que a confiança dos cidadãos nos órgãos jurisdicionais é imprescindível, sendo imprescindível que o cidadão acione o Poder Judiciário, seja ouvido, tenha seu problema solucionado em tempo compatível com a natureza do problema. A inadequação do Judiciário para suas funções manifestas, pode provocar insegurança jurídica e, por decorrência, pode vir a ocasionar, em última ratio, uma situação de perigo para a democracia. Ver, também, CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant (1988, p. 30-32).

colaborar para que uma solução seja criada e que garanta satisfação às partes. A grande vantagem (em relação à sentença judicial monológica) do diálogo e do entendimento é proporcionar às partes melhores condições para se acolherem com bem estar, o cumprimento do acordo bem como desenvolver uma sabedoria voltada à gestão dos conflitos que possam surgir no futuro.

Esse direito à oralidade como princípio que consta na Lei 13.140/2015, no caso, o diálogo na mediação carrega em si a potencialidade que se encontra presente junto à democracia participativa na medida em que envolve as pessoas em uma ação ativa na busca da resolução de suas divergências. Essa dimensão, por si só, representa um significativo avanço em termos da efetivação material da democracia prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portanto, a fixação de um marco legal regulatório no plano da “justiça mediática” no País (Resolução 125 do CNJ/2010, Lei 13.105/2015; Lei 13.140/2015⁶⁴; Lei 9.307/1996 e Lei 13.129/2015) contribuirá, ao que parece, com a promoção e a assimilação da cultura de métodos adequados de solução de conflitos de interesse, abrindo caminho, a um só tempo, à perspectiva de racionalidade substantiva (sistêmica) para a jurisdição estatal e para

⁶⁴ Encaminhado o projeto de lei à Câmara dos Deputados (PL 7.169/2014), foi elaborado substitutivo pelo Deputado Sergio Zveiter, enfim aprovado, e, posteriormente, remetido novamente ao Senado, sendo aprovado no dia 02/06/2015. A aprovação foi fruto do esforço conjunto envolvendo os Poderes do Estado brasileiro e de vários segmentos que participaram de dezenas de audiências públicas junto ao Congresso Nacional. Em linhas gerais, o projeto com algumas poucas alterações transformou-se na Lei 13.140/15. Assinala-se que esse novo marco regulatório guarda consonância com as demais sugestões que o precederam, e, ao mesmo tempo, busca adequar a sua formulação ao Novo Código de Processo Civil (lei 13.105/15).

a jurisdição comunitária adotarem, ambas, formas e metodologias mais adequadas de tratamento dos conflitos, facilitando, assim, o acesso à justiça concebido como um dos mais expressivos direitos humanos fundamentais. Além disso, por tudo o que foi exposto, nota-se que há em curso uma mudança paradigmática de concepção do direito processual brasileiro expresso no novo marco regulatório da mediação (extra e judicial) mediante novas concepções e práticas sociais, denotando a emergência de uma humanização sensível do direito⁶⁵.

Dito de outro modo, o conceito que é concebido pelo pensamento hegemônico no âmbito jurídico vê o conflito como litígio, apresentando-o sempre acompanhado por uma visão negativa na medida em que os juristas não veem o conflito como um espaço/tempo de possibilidade de ambas as partes conseguirem êxito e satisfação na busca de uma solução por meio do diálogo e do entendimento. Em outros termos, em um conflito o que chega até o Poder Judiciário é justamente o sintoma do conflito sob forma de litígio que é um fragmento do conflito por ser mais profundo e amplo. Trata-se, sim, de as práticas de justiça mediática descobrir aquilo que está escondido, que passa despercebido, o que se esconde por trás das demandas judiciais.

⁶⁵ Aqui a humanização pode ser entendida com o sentido do cuidado com o outro. Essa temática já foi muito bem trabalhada por Luis Alberto Warat (2004) que ao longo de sua obra, entre 1984 e 2009, mostrou que no litígio o juiz decide pelas partes ao atuarem sobre o conflito interditando-o ou congelando-o no tempo, diminuindo, assim, o tempo mediante a adoção de um mecanismo voltado à antecipação do tempo, provocando, nesse caso, o efeito de um controle normativo do futuro. Desse modo, verifica-se que tal prática não valoriza o tempo dos sentimentos dos envolvidos no conflito, configurando-se em uma prática estatal caracterizada como autoritária por carecer de valores democráticos.

Dessa forma, uma mediação bem conduzida faz com que os envolvidos se percebam como protagonistas de suas próprias vidas, de suas histórias, na medida em que o problema apresentado encontra-se associado, direta ou indiretamente, aos interesses, às necessidades, aos desejos e aos sentimentos das pessoas que participaram com a construção do conflito⁶⁶.

Assim, trata-se de perceber que o Novo CPC é orientado pelo princípio da cooperação. Em outros termos, está-se diante de uma evolução do princípio do contraditório na medida em que **o processo pode – potencialmente – tornar-se o produto da atividade cooperativa entre o juiz e as partes, passando por uma nova atuação da advocacia**. Desse modo, estabelece-se o processo entendido enquanto um meio de contemplar o interesse público na busca da justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto. Nessa dimensão, percebe-se a justiça **como sendo** o direito e o direito não sendo concebido simplesmente **como sendo** tão somente a lei, essa, por sua vez, é apenas uma das suas fontes⁶⁷.

⁶⁶ Ver Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015 A, B, C, D) e Michele Pedrosa Paumgarten (2015)

⁶⁷ Ver contribuições teóricas a respeito de um processo de resultados: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 1.4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997; CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Nápoles, 1985; NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

Essa nova compreensão do processo, assentada no contraditório e nos novos postulados (cooperação e boa-fé), é própria ao processo jurisdicional de um Estado de Direito que almeja ser democrático, que tem substrato na participação e no sistema de múltiplos centros por intermédio de “várias portas” de acesso à justiça, decorrentes da aplicação de uma concepção segundo a qual o acesso à justiça é um direito fundamental que sugere que cada caso deva ser percebido como sendo singular, merecendo, portanto, um tratamento condizente à sua natureza, deixando para o processo judicial somente os casos nos quais a sociedade - com auxílio dos advogados, psicólogos, assistentes sociais, conciliadores e mediadores - não consegue resultados satisfatórios para ambas as partes.

Diante disso, há a clara indicação que a sentença amparada exclusivamente na percepção do magistrado, sem levar em conta o melhor interesse das partes a partir da escuta empática de suas narrativas, é insuficiente, em muitos casos, para se garantir efetivamente o acesso à justiça.⁶⁸ Entretanto, não somente o juiz deve colaborar para a tutela efetiva, célere e adequada, mas, sobretudo, a advocacia e as universidades por meio do ensino jurídico e a prática de mediação junto aos Núcleos de Prática Jurídica desde o quinto semestre de curso. Destaca-se, por fim, que o novo direito processual defende a necessidade de uma “democracia participativa” no processo, com o consequente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza

⁶⁸ Consultar as formulações do Desembargador Elpídio Donizetti em <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196>

processual chamando a atenção para que a magistratura e a advocacia percebam que a atuação deve pautar-se pelo mais adequado interesse do que é eleito como sendo a melhor saída para todos os envolvidos no conflito, e não apenas judicializar toda e qualquer queixa oriunda da sociedade⁶⁹.

2 - Ênfase na trajetória dos Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos no Brasil⁷⁰

O início da institucionalização da mediação e da conciliação do Brasil deu-se, ao que tudo indica, por intermédio da Constituição Imperial de 1824⁷¹ que trazia nos artigos 160 e 161 o seguinte: “Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”. “Artigo 161: Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”. No caso, a conciliação, em outros termos, sempre esteve presente, principalmente, por intermédio dos Juizes de Paz, função praticamente extinta com a Constituição de 1988, ao

⁶⁹ Ver Estudos de direito processual civil/Luiz Guilherme Marinoni coordenador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁷⁰ Assinala-se que vários dos tópicos aqui examinados nessa seção, tiveram inspiração em uma troca de E-mails entre o autor desse capítulo do livro e a Professora Dra. Lília Maia de Moraes Sales (Vice Reitora da UNIFOR - Universidade de Fortaleza) em novembro de 2015, a qual se é extremamente grato, tendo em vista a preparação de uma conferência do autor junto ao Curso de Direito na Universidade de Granada (Espanha).

⁷¹ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

reduzir suas atribuições a celebrar casamentos⁷². Embora presente em termos formais, a conciliação não foi efetivada amplamente como poderia em virtude de percepções que foram fortalecendo, cada vez mais, o direcionamento dos conflitos sociais ao litígio junto ao Poder Judiciário, constituindo-se, este, como uma espécie de “superego” da sociedade brasileira⁷³. Ainda, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consta no: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, (...) competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade (...); II - justiça de paz, (...) exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

Além disso, no plano infraconstitucional encontra-se o art. 125, no inciso IV, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº. 8.952 de 13.12.1994⁷⁴, a obrigatoriedade de a qualquer tempo tentar conciliar as partes durante o processo. Além disso, em 30 de agosto de 1995 foi editada a Portaria MTb 818 que orientava a utilização da conciliação como uma ferramenta fundamental à solução das demandas não atendidas pela Justiça Trabalhista⁷⁵. Com a Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996⁷⁶ houve, por exemplo, um verdadeiro avanço institucional no que se refere aos mecanismos de solução de conflitos,

⁷² Ver Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015 A, B, C, D) e Michele Pedrosa Paumgarten (2015)

⁷³ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

⁷⁴ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm

⁷⁵ Ver http://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-818-1995_180751.html

⁷⁶ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm

principalmente por ter desvinculado a arbitragem do Poder do Judiciário, além de criar o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), e, ao mesmo tempo, capacitar mediadores e árbitros, bem como Câmaras, Institutos e Centros de Mediação e Arbitragem por todo País.

A Lei nº. 10.101, de 19 de dezembro de 2000⁷⁷, dispôs, por seu turno, sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa. Em seu art.4º determina que as partes deverão utilizar da mediação e da arbitragem como mecanismos de solução de conflito. Nesse sentido, a Lei nº. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que prescreve sobre medidas complementares ao Plano Real, em seu art. 11, também, prevê a figura do mediador, na resolução de controvérsias relativas a salários⁷⁸.

Antes, em 1943, o direito do trabalho recepcionou por meio da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a obrigatoriedade de uma tentativa de conciliação (artigo 846)⁷⁹. Na Polícia, por sua vez, eram também realizados acordos, por meio dos “Termos de Bem Viver”⁸⁰. Outro exemplo associa-se às práticas do Ministério Público no âmbito de iniciativas na esfera da pacificação social. O Código de Processo

⁷⁷ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110101.htm

⁷⁸ Ver SOARES, Paulo Brasil Dill; JAEGGER, Amanda Marçal Sève; SILVA, Gisele Loureiro da. “A mediação como solução dos conflitos decorrentes do superendividamento nas relações de consumo: estudo comparativo dos sistemas americano e europeu”. In.: Revista Direito em (Dis)Curso, Londrina (Paraná), v. 5, n. 2, p. 114-129, jul./dez. 2012.

⁷⁹ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

80

<http://www.seer.ufu.br/index.php/historiaperspectivas/article/view/24984/13845>

Ver

Civil de 1973, no artigo 447⁸¹, determinava a conciliação, porém nunca despertou muito interesse, limitando-se a uma indagação formal do juiz em audiência. Posteriormente, na vigência da Constituição Federal de 1988, o sistema de Justiça brasileiro tornou-se insustentável a ponto de acumular milhões de ações judiciais. Frente ao desafio de melhorar os serviços prestados pelo Poder Judiciário brasileiro, criou-se os Juizados Especiais com o intuito de se utilizar do expediente da conciliação, em 1995, como resposta à falta de celeridade, de eficácia e de eficiência do sistema de justiça. Além disso, o sistema de conciliação na segunda instância foi implantado no TRF da 4^a. Região, em 2004, em ações do Sistema Financeiro da Habitação. Soma-se a tais iniciativas, a criação da Semana da Conciliação implantada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em dezembro de 2007⁸².

De lá para cá, ocorreram muitas ações no plano da chamada “justiça consensual”. Entre elas, a criação de sistemas de conciliação nos Tribunais de Justiça, especialização da 26^a Vara Federal de Porto Alegre, e, na Polícia de São Paulo, com a implementação de Núcleos de Conciliação da Polícia Civil (NECRIM). Mais recentemente, no Brasil, a partir dos anos 1990, iniciou-se a ampliação do interesse pelo instituto da mediação, sobretudo por influência da legislação da Argentina editada em 1995⁸³.

81 Ver <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10692694/artigo-447-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973>.

82 Destaca-se a ousada iniciativa da Ministra Ellen Northfleet que ao colocar tema na agenda do Poder Judiciário criou uma nova perspectiva de trabalho.

83 Ver <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1078/4.pdf>

Em outra seara, houve, junto aos Cursos de Direito a partir de 1989, em algumas instituições brasileiras, a consolidação da influência da cultura da mediação (“terapia do (re)encontro amoroso”, pela presença do Professor Dr. Luis Alberto Warat (natural de Buenos Aires) que contribuiu enormemente para a sensibilização e a humanização do Direito por meio de sua influência entre operadores do Direito, alunos(as) e professores (as).

No caso do Estado do Rio Grande do Sul, desde o ano 2000, houve algumas iniciativas no campo da mediação de conflitos como novo paradigma de prática social e jurídica dentro da OAB tendo à frente o Advogado Ricardo Pires Dornelles, hoje vice-presidente nacional da Comissão de Mediação e Conciliação junto ao Conselho Federal da OAB e Presidente da Comissão de Mediação e de Práticas Restaurativas da OAB/RS. Em outra instância, a Desembargadora Genacéia da Silva Alberton (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJRS) teve, por sua vez, um papel de relevo no que se refere ao incentivo e a ampliação das práticas relacionadas à justiça mediática⁸⁴. Em 2003, por exemplo, no universo dos Programas de Pós-Graduação em Direito, houve a apresentação de sua tese de Doutorado na UNISINOS, intitulada “Da jurisdição soberania à jurisdição participação”, sob a orientação do Dr. Luiz Bolzan de Moraes com base

⁸⁴Em 2002 foi criada o Núcleo de Estudos de Mediação (<http://www.nem-esm.blogspot.com.br>). Foi criado, pela Desembargadora Genacéia da Silva Alberton, o NEM MEMÓRIA exatamente para resgatar um pouco da história da mediação no Judiciário (Destaca-se, que há um pouco da história da mediadora Rose, da atuação do Dr. Lorea, algo acerca da importância da serventuária Jaqueline) Há também elementos no Informativo On Line do TJRS e na Biblioteca virtual do blog do NEM MEMÓRIA.

na doutrina de Habermas. No texto propõem-se para o Judiciário a existência de agentes mediadores, num projeto de deslocamento do poder centralizado no Juiz para o poder do cidadão. Portanto, a preocupação desloca-se do litígio em direção ao conflito propriamente dito buscando na cultura da mediação a construção do entendimento tendo em vista o fortalecimento da própria cidadania.

Ainda no ambiente do TJRS, a Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, em 2010, começou a se interessar pela autocomposição dos conflitos ao ser convidada a participar de um evento na Escola da Magistratura no qual os mediadores da comunidade do bairro Lomba do Pinheiro (Porto Alegre, RS) e da Vila Vicentina (São Leopoldo, RS) apresentaram o resultado de seu trabalho que à época vinculava-se ao Programa Justiça Comunitária (Secretaria de Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça). Nesse período, ainda, houve importantes iniciativas da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS) no sentido de recepcionar a implantação da mediação em 2º Grau junto ao TJRS por meio da constituição de uma equipe de trabalho proposta pela Desembargadora Genacéia da Silva Alberton à Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, coordenadora da conciliação no TJRS, contando com a participação ativa da Dra. Edith Nepomuceno e de alguns servidores que se engajaram no trabalho.

Outro importante passo na direção da consolidação dos métodos não-adversariais de tratamento de conflito no âmbito do Judiciário no Rio Grande do Sul, deu-se por meio de uma solicitação ao Conselho

Nacional de Justiça (CNJ) para a realização de curso de supervisão. Assinala-se, ainda, que foi de fundamental importância a capacitação em mediação pelo CNJ a tal ponto que os destaques nessa edição do curso ganharam projeção nacional por meio de recebimento de premiações e de muitos convites para a capacitação e formação em várias cidades no Rio Grande do Sul e em diferentes estados da Federação.

Na esfera da mediação comunitária realizada nos bairros populares, destacam-se iniciativas em vários estados no Brasil, como por exemplo, o Ceará, por intermédio do trabalho criado pela então ouvidora Geral Dra. Socorro França e levado à frente pela Profa. Dra. Lília Maia de Moraes Sales que serviram de parâmetro à implementação do Programa Justiça Comunitária conjuntamente à experiência junto aos bairros em Brasília (DF) por iniciativa da Juíza de Direito Gláucia Falsarella Foley.

Outras iniciativas extremamente relevantes aconteceram em Belo Horizonte (MG); Salvador (BA); Rio de Janeiro (RJ); Diversas cidades do Estado de São Paulo, Porto Alegre (RS); São Leopoldo (RS); Passo Fundo (RS); Santa Cruz do Sul (RS); Canoas (RS); Itapiranga (SC), Santo Ângelo (RS); Florianópolis (SC), Santa Maria (RS) e Santa Rosa (RS), entre outras. Em 2001, por exemplo, foi implantada a mediação de conflitos no Escritório de Prática Jurídica da Universidade de Fortaleza (Unifor), e, em 2004, foi iniciada a disciplina Meios Consensuais de Solução de Conflitos, no Programa de Pós-Graduação de Direito Constitucional (Mestrado e Doutorado), nesta instituição.

Em 2005 e 2006, no âmbito do CONPEDI e da CAPES, o Mestrado em Direito na URI – (Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões), Campus em Santo Ângelo, Rio Grande do Sul-Brasil, juntou-se à UNIFOR como um dos primeiros Programas de Pós-Graduação no País a contar com disciplinas e com uma linha de pesquisa associadas aos métodos não-advésariiais de tratamento de conflito pela influência do Prof. Dr. Luis Alberto Warat nesse PPG e da atuação do Prof. Dr. João Martins Bertaso, do Prof. Dr. Mauro Gaglietti, do Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu (no período no qual era mestrando) e do Prof. Dr. Albano Pepe, responsável maior conjuntamente com o Prof. Dr. Leonel Severo Rocha por trazer para o Brasil o Acervo pessoal de Luis Alberto Warat.

Assinala-se, ainda, que junto ao Ministério da Justiça no Brasil (Secretaria de Reforma do Judiciário), destacam-se, por meio de consultoria internacional, Juan Carlos Vezzulla (Universidade de Coimbra), junto ao Programa Justiça Comunitária (Secretaria de Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça) em mais de 70 cidades brasileiras, na esfera da mediação comunitária, e, junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Juiz de Direito e Prof. Dr. André Gomma de Azevedo, com a mediação inspirada no modelo praticado nos Estados Unidos, constitui-se como um dos principias protagonistas a ocupar um papel de relevo dentro da estrutura do Ministério da Justiça e junto ao Conselho Nacional de Justiça, responsável maior na

institucionalização da mediação, da conciliação e da arbitragem no Brasil⁸⁵.

Somam-se às iniciativas apresentadas, outra legislativa ao ganhar forma por meio do Projeto de Lei 4.827/1998, oriundo da proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto levado à Câmara dos Deputados uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação. Ainda na Câmara, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e enviado ao Senado Federal (PLC 94/2002). O Governo Federal, por sua vez, apresentou diversos projetos no âmbito da “Reforma do Judiciário”, modificando, assim, o Código de Processo Civil (CPC).⁸⁶

85 Tais informações foram sistematizadas pelo autor desse texto à luz dos relatos dos Advogados, Desembargadoras, Professoras e Cientistas Sociais citados. Certamente, devem existir outras pessoas que contribuíram, em muito, com a constituição da trajetória da mediação no Brasil e, em particular, no Rio Grande do Sul. Esse texto precisará ser reescrito, contemplando outras personalidades. Diante disso, o leitor está convidado a aprimorar os dados.

⁸⁶ O ministro Luis Felipe Salomão (Supremo Tribunal de Justiça) por ter presidido a Comissão de Juristas do Senado encarregada de elaborar os projetos de atualização da lei de arbitragem e mediação salienta que o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e a Associação de Magistrados Brasileiros – AMB, por uma equipe de seletos juristas, elaboraram um anteprojeto de lei sobre mediação, demonstrando que o debate sobre o tema também se fez presente no meio jurídico-acadêmico. As proposições desse anteprojeto foram amplamente discutidas durante o seminário “Mediação e Outros Meios Alternativos de Solução de Conflitos”, realizado em 17/3/2003, no Auditório da EMERJ (Escola da Magistratura, no Rio de Janeiro). Na verdade, diante da variedade de propostas legislativas e diversidade de abordagem da questão – relevante demais para o Judiciário brasileiro –, houve audiência pública promovida pelo Ministério da Justiça em 17 de setembro de 2003 e que resultou numa “versão única” entre o texto aprovado na Câmara dos Deputados e o anteprojeto elaborado pela equipe de juristas. Encaminhada essa versão ao senador Pedro Simon, relator do projeto de lei então aprovado na Câmara dos Deputados, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal – CCJ/SF, em junho de 2006, acolheu as sugestões apresentadas na forma de um substitutivo, o qual também prestigiou algumas modificações. No mês seguinte, a proposta retornou à Câmara dos Deputados

Além das iniciativas apresentadas, destaca-se que o Programa Justiça Comunitária prestou serviços a mais de 120 mil brasileiros, com 80 Núcleos em pleno funcionamento entre 2011 e 2014, nos quais o foco principal tem sido mediação de conflitos de interesse, principalmente, em questões de desavenças familiares, vizinhança, posse, propriedade, dívidas comuns e até casos que envolvem pensão alimentícia, guarda compartilhada, pensão, enfim, tudo que se relaciona com a responsabilização dos pais para com seus filhos. A ideia da Justiça Comunitária, por sua vez, nasceu no ano 2000 dentro do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJEDFT) pela crescente influência do trabalho rigoroso levado à frente pela Juíza Gláucia Falsarella Foley. A proposta consistia em levar à população

para análise do texto. De um modo geral, o substitutivo aprovado pelo Senado Federal em 2006 descreve a mediação prévia ou incidental, judicial ou extrajudicial (art. 3º), admitindo-a “em toda a matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo” (art. 4º). Ressalta que o procedimento será sigiloso, em regra (art. 6º), e que o acordo obtido constitui título executivo extrajudicial e, homologado pelo juiz, terá eficácia de título judicial (arts. 7º e 8º). Consigna que os mediadores poderão ser judiciais e extrajudiciais, devidamente inscritos em registro de mediadores a ser mantido pelos Tribunais de Justiça locais (arts. 11 e 12), que também exercerão a fiscalização das atividades dos mediadores extrajudiciais (art. 18), ao passo que a fiscalização dos mediadores judiciais competirá às seccionais da OAB. Aponta as causas de impedimento dos mediadores (arts. 21 e 23), o que é considerado como conduta inadequada bem como causas de exclusão do registro de mediadores (arts. 24 e 25). Regula a interrupção da prescrição (arts. 29, parág. único, e 35, caput) e a obrigatoriedade da mediação incidental, salvo exceções que estabelece (art. 34), bem como prevê a dispensa do recolhimento de honorários aos beneficiários de assistência judiciária gratuita. Contudo, esse projeto não conseguiu avançar na Câmara dos Deputados, assim como outras propostas legislativas tendentes à utilização da mediação, notadamente para a solução de conflitos familiares, como são exemplos os seguintes Projetos de Lei na Câmara dos Deputados: 5.696/2001, 599/2003, 1.415/2003, 505/2007, 507/2007, 1.690/2007, 428/2011 e 5.664/2013. Ainda no Senado Federal, outro projeto de lei apresentado para regular a mediação – o PLS 517, de 2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço –, permaneceu à espera de debate por mais de dois anos. Ver <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221467,101048-O+marco+regulatorio+para+a+mediacao+no+Brasil>

informações jurídicas, efetuar mediações de conflitos e realizar animações de redes sociais, tendo sido planejada e testada por anos, até que, em 2004, o Programa foi lançado, como um projeto-piloto, pelo Tribunal em áreas carentes de sua jurisdição, obtendo larga aceitação entre lideranças populares e integrantes do Poder Judiciário de Brasília⁸⁷. Em 2006, foi criado dentro do Programa, ainda existente apenas em Brasília (DF), o mapeamento social com um banco de dados formado na área de atuação de cada Núcleo da Justiça Comunitária, com informações sobre recursos locais, instituições, habilidades pessoais, dificuldades da comunidade e pessoas que poderiam ser agentes comunitários.

Essa experiência comprovou que os moradores “passaram a conhecer o potencial de suas comunidades e começaram a estabelecer novas conexões e fortalecer as existentes”. Percebe-se, olhando para esses resultados, de acordo com a equipe técnica do Programa Justiça Comunitária que foi desenvolvido em Passo Fundo entre 2011 e 2013, no Estado do Rio Grande do Sul⁸⁸, as conclusões extraídas da

⁸⁷ Ver <http://www.premioinnovare.com.br/>. Em 2005, o Programa ganhou o Prêmio Innovare, que completou dez anos em 2013 identificando, divulgando e premiando ações de cidadania desenvolvidas, em todo o Brasil, por operadores do direito, sejam eles: advogados, defensores, magistrados, promotores e até mesmo tribunais. Assinala-se, ainda, que na história do Instituto Prêmio Innovare, que conta em seu catálogo com mais de 3 mil projetos validados, de boas práticas no judiciário e que demonstram a preocupação social da justiça brasileira e seus operadores, conforme explica seu diretor Carlos Araújo em artigo publicado na edição 159 da Revista J&C, o programa da Justiça Comunitária é um dos mais relevantes.

⁸⁸ Ver <http://justicacomunitariapf.blogspot.com.br/p/profissionais-envolvidos.html>. Entre 2011 e 2013, o Prof. Dr. Mauro Gaglietti coordenou a Equipe Técnica do Programa Justiça Comunitária voltado à realização de mediações nas comunidades dos bairros Zachia e Valinhos em Passo Fundo (RS). A equipe era composta pelo Prof. Dr. Mauro Gaglietti (Coordenação), Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu, Prof. Dr.

experiência na área meridional do Brasil coincidem com aquelas encontradas em outros núcleos de mediação comunitárias em ação em diferentes cidades brasileiras em distintas regiões do País.

Em 2008, o Programa se tornou política pública do Ministério da Justiça por meio do Pronasci – Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - permitindo sua disseminação em centenas de cidades no Brasil, estabelecendo uma conexão entre problemas e soluções que promoveu um maior senso de responsabilidade pela comunidade, e criou uma espiral positiva de transformação social. Em 2009, foi feita a primeira seleção de agentes comunitários, com 700 selecionados até 2011, orientados por consultores especiais que ministram cursos de capacitação em técnicas de mediação comunitária e conciliação, noções de Direito, animação em redes sociais, terapia comunitária, direitos humanos e cultura cidadã. Estes cursos foram oferecidos também aos integrantes das equipes multidisciplinares que atuam em cada Núcleo, integradas por um psicólogo, um advogado e um assistente social e toda a equipe capacita os agentes comunitários.

Salienta-se, por fim, que o Programa foi muito bem recepcionado a ponto de já em 2012 haver 64 Núcleos instalados em 14 estados da Federação, número que foi sendo permanentemente ampliado, tamanha a demanda existente e seus êxitos comprovados na

Luiz Ronaldo Freitas de Oliveira, Prof. Dr. Israel Kujawa, Profa. Dra. Thaise Nara Graziottin Costa (Coordenação do Curso de Direito da IMED), Assistente Social Isabel Frosi Benetti que formaram mediadores (ao todo 20) nos dois bairros supervisionados por Juan Carlos Vezzulla (Universidade de Coimbra), contratado pela Secretaria de Reforma do Judiciário e pelo Ministério da Justiça do Brasil.

promoção do diálogo e do entendimento entre pessoas que haviam se envolvido em conflitos.

3- A direção da Mediação no Brasil a partir da institucionalização do Marco Regulatório

Ao que tudo indica, a institucionalização da mediação no Brasil poderá criar, a médio e longo prazo, a cultura – entendida como todo aquele **complexo que inclui o conhecimento, a arte, as crenças, a lei, a moral, os costumes e todos os hábitos e aptidões adquiridos pelo ser humano** não somente em família, como também por fazer parte de uma sociedade da qual se é membro - construída e compartilhada entre as pessoas que se envolvem em controvérsias e os seus respectivos advogados e psicólogos de buscarem as soluções dialogadas, consensuais e pacíficas, preferencialmente, antes de ingressar com a demanda junto ao Poder Judiciário. Levará, ao que parece, muito tempo para que isso que já se está observando acontecer - por intermédio da institucionalização da mediação e da conciliação - adquira uma maior dimensão social, cultural, política, econômica e jurídica.

Assinala-se, ainda, que não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado⁸⁹.

⁸⁹ Ver Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015) e Michele Pedrosa Paumgarten (2015)

Pelo visto, seria necessário criar-se um sistema equilibrado entre a mediação judicial e a extrajudicial (talvez se deva estimular com maior ênfase a mediação extrajudicial para que os conflitos tenham um tratamento mais adequado se comparado aos efeitos da sentença judicial) de modo a fortalecer a garantia do acesso à justiça como direito fundamental de grande expressão, e, ao mesmo tempo, garantir maior agilidade, rapidez, efetividade, eficiência e eficácia aos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Uma vez ajuizada a demanda, assim como temos desenvolvido um sistema de filtros para as causas repetitivas, temos que pensar também em um sistema multiportas que se adapte a cada tipo de conflito. No caso, centrais de mediação e conciliação (câmaras privadas), as instituições de ensino universitário, sobretudo as Universidades (estatais, comunitárias, públicas não estatais e privadas), Cartórios Extrajudiciais, Associações de Classe, Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Pública poderão, caso assim desejarem, na esfera do novo processo “neo-constitucionalizado” e “pós-positivado”, realizar uma espécie de filtragem e adequação para a gestão consensuada do conflito, mediante o olhar atento à singularidade e a natureza do conflito em termos concretos. Desse modo, chama-se a atenção acerca de que todos os órgãos que gerenciam conflitos poderão se preparar para estimular o tratamento adequado dos conflitos por meio da arbitragem, da mediação, da conciliação e da negociação. Para tanto, torna-se pertinente repensar o modelo de gestão no âmbito da administração da justiça. Nesses termos, ao se pensar a ação permanente para uma resolução das controvérsias sociais fazendo-se uso das práticas

cooperativas seguindo o princípio do Novo CPC, serão buscados os tópicos elementares que integram a gestão consensuada por intermédio de decisões sábias, com bom senso, agilidade e rapidez, obtidos com treinamento e ação sistêmicos por parte dos agentes mediadores e conciliadores.

Destaca-se, ainda, que a mediação, a conciliação e a arbitragem não irão – por si só – resolver a chamada “crise do Judiciário”. O foco tão somente na mediação judicial não vai resolver o problema das mais de 100 milhões de ações judiciais no Brasil. Ao contrário, a magistratura ao ser incentivada a encaminhar os casos para os CEJUSCs e CEJUSCONs, na Justiça Estadual e Federal, respectivamente, não irá encontrar – em um primeiro momento – a estrutura humana e profissional necessária para responder aos litígios na medida em que haveria a necessidade de concursos públicos, salários compatíveis com a natureza do trabalho e uma excelente capacitação e formação altamente qualificada dos conciliadores e mediadores. Assim, ao que tudo indica, teremos em 2018 / 2019 uma nova corrida de demandas, assim como ocorreu com a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990, com a instituição dos Juizados Especiais Cíveis, em 1995, sem a adequada formação e capacitação dos conciliadores, e, também, com a institucionalização da arbitragem por intermédio da Lei 9.307/1996, sem um preparo adequado dos conciliadores e árbitros, bem como sem a mudança de enfoque no ensino jurídico junto aos Cursos de Direito. Constata-se que sem alterar o enfoque cartesiano do ensino jurídico a mudança irá retardar-se.

Considerações Finais

Apresentou-se aqui a mediação como um modo prático e ágil de se garantir a efetivação da democracia dialógica, no âmbito da resolução de conflitos no Brasil, mediante a incorporação da cultura da Justiça Mediática. O estudo realizado partiu da análise do paradigma adversarial e não participativo de solução de conflitos, caracterizado, principalmente, pelo sistema judicial tradicional, no qual o ajuizamento de demandas é marcado por decisões impositivas e não compartilhadas. Após tal análise, apresentou-se a mediação como espaço/tempo de acesso à justiça como direito fundamental, como um procedimento imparcial, porém não neutro, no qual a participação democrática, a escuta mútua, a responsabilização e o *empoderamento* dos mediandos associam-se ao conhecimento de direitos humanos fundamentais como condição de se concretizar a cidadania.

Diante disso, torna-se pertinente, **em primeiro lugar**, considerar a percepção segundo a qual a fixação de um marco legal regulatório da mediação e da conciliação autocompositivos está contribuindo, ainda que lentamente, à promoção e à assimilação da cultura de métodos adequados de tratamento de conflitos entre alguns operadores do direito. **Em segundo**, chega-se à conclusão acerca do princípio da cooperação entre os envolvidos no conflito e entre os agentes que integram o sistema de justiça, que amparados no Novo CPC, são orientados às práticas que privilegiam o diálogo, buscando, assim, concretizar o melhor interesse das partes envolvidas no conflito.

Assinala-se, mediante esse esboço conclusivo, que o novo paradigma do direito em curso volta-se à direção da concretização de uma nova cultura por meio da renovação de mentalidades com o intuito de afastar o individualismo do processo civil brasileiro, de modo que o exercício da função de cada um dos operadores do direito seja a de cooperar com boa-fé numa eficiente administração da justiça. Portanto, o processo civil pode tornar-se um mecanismo orquestrado pelo juiz que irá promover o diálogo entre as partes, encaminhando-as para a mediação (judicial ou extrajudicial), intermediadas pelos advogados que irão, com o passar dos anos, entender cada vez mais que a ética na operação do direito é auxiliar as partes a formularem saídas para os seus problemas (dos clientes) e não simplesmente a militância voltada ao processo judicial fruto do jogo de impulso egoístico e da cultura não pacífica voltada ao ganha/perde. Aqui o sentido da Justiça é buscado na história do direito na medida em que só é justa a solução que beneficie todos os envolvidos e que tenham o direito à palavra.

Em terceiro lugar, constata-se, ainda, que no final de 2015 e início de 2018, o novo marco regulatório da mediação, conciliação e arbitragem, e, a discussão gerada - em torno da mediação judicial e da formação do mediador judicial - não foi acompanhada, na mesma proporção, por iniciativas mais práticas por parte dos agentes do Estado e das lideranças da sociedade civil na medida em que a preocupação com os métodos não-adversariais de resolução de conflitos na esfera extrajudicial está sendo ainda pouco tratada. Pelo visto, tal discussão precisará atentar para a importância dos procedimentos autocompositivos de tratamento adequado de conflitos na esfera

extrajudicial, podendo, até mesmo, ocorrer um estímulo - por parte de profissionais, de autoridades, de agentes do Estado e das representações da sociedade civil - voltado à mídia, aos Tribunais, à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), à Defensoria Pública, ao Ministério Público, aos escritórios de advocacia, aos núcleos de prática jurídica, às clínicas de psicologia, aos sindicatos, às associações empresariais, às organizações comunitárias, às prefeituras municipais e às práticas docentes vinculadas ao ensino jurídico.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de serem fortalecidos e incentivados os conteúdos acerca da mediação de conflitos, da negociação, da conciliação, da arbitragem, da administração da justiça, do acesso à justiça e da justiça restaurativa a integrem os editais de concursos para a magistratura, Defensoria Pública e Ministério Público, bem como no Exame Nacional da OAB, além de sua criação e inserção nos currículos dos Cursos de Graduação em Direito sob forma de conteúdos junto as disciplinas teóricas e as práticas jurídicas. Assim, a inserção do estudo da mediação, especialmente nos cursos de graduação em Direito, faz-se necessária para estimular o estudo teórico e prático na temática em tela. Ao mesmo tempo, é preciso que a formação jurídica esteja em consonância com esta dimensão democrática dada à solução dos conflitos, baseada na participação, no “empoderamento”, no diálogo, na intercompreensão e na não adversariedade. Assim, os operadores do Direito precisam aprender novos meios de solucionar questões conflituosas, que não se restrinjam ao sistema judicial tradicional, e que promovam um efetivo envolvimento das partes na construção de uma saída para suas demandas. Ressalta-se, no entanto,

que para uma mudança cultural perene na gestão dos conflitos, torna-se imprescindível uma mudança no perfil da formação acadêmica dos futuros juristas como um todo, ou seja, a disciplina de mediação não surtirá um efeito desejável se constar isolada das demais. O tema deve estar presente transversalmente em todas as disciplinas do curso de Direito. Dessa maneira, o estímulo para a real mudança de paradigma proposto pelo CPC e pela Lei de Mediação irá ser mais amplamente fortalecido.

Nesses termos, busca-se, introduzir no Brasil a cultura do diálogo e do entendimento para prevenir e para tratar os conflitos já instalados, evitando, assim, enfraquecer e comprometer os institutos da mediação, da conciliação e da arbitragem que constam das leis 9.307/1996, 13.105/2015, 13.129/2015 e 13.140/2015. Assinala-se, dessa maneira, que é relevante ousar na direção de ações no plano cultural para que o hábito do diálogo/entendimento possa envolver as pessoas proporcionando-as a ocorrência de mecanismos de internalização do desejo e da necessidade de procurarem as instituições públicas e particulares para encaminharem seus conflitos previamente à ação judicial.

Os entraves ainda são muitos e as expectativas estão cada vez mais sendo ampliadas. Percebe-se, desse modo, o futuro da conciliação e da mediação é muito promissor, dependendo, é claro, de uma vontade política geradora de políticas públicas, da disseminação e institucionalização dos Cejuscs e dos Cejuscons pelos tribunais, da capacitação rigorosa e da reciclagem constante de conciliadores e

mediadores, de sua profissionalização (que inclui a remuneração) e do abandono de técnicas que, embora adotem o rótulo de conciliação, nada mais são do que métodos de cobrança de dívidas, em que inexistem o verdadeiro diálogo e a decisão informada.

Dessa forma, a grande preocupação de todos aqueles que não mediram esforços para viabilizar a mediação no Brasil, hoje, é sua plena implementação, juntamente com as normas dos demais marcos regulatórios da Justiça do diálogo (CPC de 2015 e Lei de Mediação). O aspecto a ganhar notoriedade é que a institucionalização não se faz só pela previsão normativa, é necessário, portanto, que as iniciativas institucionais sejam acompanhadas por ações no campo da educação e da cultura junto às famílias, escolas e a mídia. Constata-se, ainda, que no País as instituições são avançadas e muito bem delineadas, mas em geral o Brasil carece, ainda, da concretização de uma cultura/hábito voltada à sabedoria no âmbito do planejamento, da execução monitorada, bem como da cultura da avaliação para correção de rumos, buscando o aperfeiçoamento.

Em conclusão, pode-se afirmar, com segurança, que as soluções extrajudiciais - em especial a mediação, a conciliação e a arbitragem - representam o avanço do processo civilizatório da humanidade, que, de maneira consciente, busca mecanismos de pacificação social eficientes. O mesmo pode-se afirmar no caso das conciliações e das mediações que estão sendo implementadas no âmbito do Poder Judiciário em alguns casos, como os representados pelo trabalho do NUPEMEC junto ao Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, com bons resultados - entre 2014 e maio de 2018 - em termos qualitativos e quantitativos. Essa é a esperança que pode direcionar as boas energias para se buscar entre as cinzas da cultura litigante uma nova humanidade que não apenas tolere, mas, fundamentalmente, reconheça e respeite a diferença entre os semelhantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, J L; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Contemporary Tendencies”. In: **Mediation**. 1. ed. Madrid: Dykinson / Universidad Carlos III, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápoles: Morano, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline (Org.). **O novo no direito**. Ijuí: Unijui, 2014.

GAGLIETTI, Mauro; MAILLART, Adriana Silva; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Justiça mediática e preventiva** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil** (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’” **Novos Estudos** CEBRAP N.º 58, novembro 2000, p. 183-202.

MELEU, Marcelino. **Jurisdição comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PARDO, Guillermo Orozco; PÉREZ, José Luis Monereo; PATTO, Rosa M. González de; MARTÍN, Antonio M. Lozano (Org.). **Tratado de mediación en la resolución de conflictos**. Madrid: Tecnos, 2015.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **O novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015.

PINHO, H.D.B. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHO, H.D.B.; Carneiro, P.C.P. (Org.). **O novo Código de Processo Civil anotado e comparado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, H.D.B. **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHO, H.D.B.; Godinho R ; Martins G M ; Araujo A . **Direito em debate: da teoria a pratica.** 1. ed. Rio de Janeiro: CONAMP, 2015.

PINHO, H.D.B.; Hale D (Org.) ; Cabral, T N X (Org.) . **O Marco Legal da Mediação no Brasil: comentários à Lei n 13.140/15.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes; NETO, Adolfo Braga (Org.). **Aspectos Atuais sobre a Mediação e outros Métodos Extra e Judiciais de Resolução de Conflitos.** Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare:** um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora LTDA, 2010.

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

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade.** Florianópolis: Boiteux, 2004

A MEDIAÇÃO COMO CAMINHO CONTEMPORÂNEO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

*André Jobim de Azevedo*⁹⁰
*Vitória Fernandes Guedes Silveira*⁹¹

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos são tão antigos quanto à própria sociedade. Como movimento, são essenciais à evolução social, ao crescimento, ao pensamento crítico e ao abandono do comodismo. O grande problema reside no modo em que as discordâncias são enfrentadas. Desde muito se afastou a precária solução pela via da vindita, cujos resultados além de impróprios favoreciam, independentemente de razão ou justiça, aos mais fortes. Ao Estado delegou a sociedade o poder-dever de dizer e realizar o direito (jurisdição) e o instrumento civilizado daí nascente é o Processo.

⁹⁰ Advogado sócio de Faraco de Azevedo Advogados; Mestre em Direito pela PUCRS; Especialista em Direito Internacional Econômico pela Unisinos e em Processo Civil pela PUCRS; Professor Graduação e Pós Graduação da PUC/RS, desde 1990 nas disciplinas de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho e Processo Civil; Professor convidado nas Universidades PUCPR, Universidade de Sevilha, Universidade de Burgos, Ourense e de La Laguna (Espanha). Membro do Conselho superior do Comitê de Arbitragem da OAB/RS; Vice-Presidente da Federasul; Árbitro INAMA; Presidente da Câmara de Arbitragem da Federasul; Ex-presidente da ASRDT Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho, atual diretor de relações internacionais.

⁹¹ Advogada associada de Faraco de Azevedo Advogados, graduada em Direito pela PUCRS, Especializanda em Direito do Estado pela UFRGS.

Na primeira Constituição do País, a Imperial de 1824, acionar o Poder Judiciário era meio subsidiário do insucesso do diálogo. Parece que a lógica foi se invertendo ao longo dos séculos.

Desde o final do século XX, a cultura da litigiosidade encontrou ambiente fértil para se propagar. O cenário contemporâneo das relações sociais é complexo e em vias de mudanças permanentemente, o que se reflete, por óbvio, nos conflitos e em suas soluções, também complexizando-os em medida significativa.

Daí os problemas no método oficial de resolução de conflitos agravam-se sobremaneira, sendo vítima de insatisfação geral. Em que pese a inegável a relação intrínseca do direito de ação com a democracia, o Poder Judiciário se mostra ineficiente, analisado tanto pelo aspecto da celeridade quanto pelo aspecto da adequação.

Mais do que isso, a judicialização extremada desses conflitos, privilegia a cultura adversarial, no qual um conflito se torna uma competição baseada no modelo “perde-ganha”.

A Resolução CNJ nº. 125, a Lei da Mediação (Lei nº. 13.140/2015) e o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) vêm à ordem jurídica buscando recompor em termos mais próprios a finalidade maior a que se destina, a de bem resolver os conflitos postos aos efeitos da tão desejada paz social.

A finalidade deste ensaio é no sentido de uma abordagem crítica e ao mesmo tempo propositiva no que respeita ao processo judicial, aos MASCS (Métodos Adequados de Solução de Conflitos) com a

percepção do mundo novo que nos cerca. Depois de isto entendido, a avaliação da atuação do advogado neste novo contexto que assume, mais do que nunca, papel importante na efetivação da justiça.

2. A CULTURA DO CONFLITO

Novos rumos são traçados pela busca efetiva da solução de conflitos. Da inadequação do método jurisdicional para resolução de todo e qualquer conflito à nova concepção de acesso à justiça, os chamados métodos adequados de resolução de conflitos passam a protagonizar os mais diversos foros, debates e obras de doutrina. A mediação, método integrante deste grupo, se notabiliza pelas suas particularidades, que se constituem em verdadeiras vantagens na sua utilização.

Inicie-se por advertir que, no entanto, não se trata de tema novo. O ordenamento jurídico brasileiro há muito dispõe acerca da resolução consensual de conflitos. Desde o descobrimento do Brasil. Inicialmente era prevista nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título XVI), nas Ordenações Manuelinas (Livro III, Títulos 81 e 82), depois nas Ordenações Filipinas. Em seguida na Constituição do Império de 1824, nos Códigos de Processo Estaduais antes de 1939*, no CPC de 1973, na Lei do Juizado Especial Cível. Atualmente, a mediação encontra suporte legal na Resolução CNJ nº. 125 de 2010, no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei 13.140 de 2015.

A discordância é tão antiga quanto a humanidade. Desde o “homo sapiens” arcaico é possível verificar que os instintos sociais impossibilitavam que vivessem em grandes grupos. Grandes grupos não floresceriam porque não conseguiam concordar sobre quem deveria ser o líder ou sobre quem deveria caçar onde⁹². A discordância, porém, não é um problema, como popularmente Nelson Rodrigues já cunhou referência a que “toda a unanimidade é burra”, na correta percepção das infinitas hipóteses da diversidade. Porém, o modo de se relacionar e de lidar com problema e questões da convivência vem sendo alterado substancialmente, desaguando numa sociedade de conflitos, como no caso da sociedade brasileira, altamente conflituosa.

O tempo que nos envolve no século 21 é o da pós-modernidade, movimento social que altera drasticamente as estruturas sociais vividas na era moderna. Valores e conceitos universais antigamente apregoados passam a ser reiteradamente questionados. A era permeia-se pelas incertezas, instabilidade e mutações em todos os âmbitos, e pelo abandono de antigas referências antes vigentes de instituições, profissões e relações. Com um discurso evidentemente heterogêneo e diverso, tal desconstrução drástica propicia um nível de tensão que reflete no modo de se relacionar. As relações sociais são, sobretudo, heterogêneas e complexas, marcadas pelo alto grau de instabilidade e pela dificuldade na manutenção de vínculos. Esther Diaz define o período pós-moderno como tensional, *“La posmodernidad, por el*

⁹² HARARI, Yuval Noah; tradução Janaína Marcoantonio. Sapiens: Uma breve história da humanidade. 15. ed. Porto Alegre: L&PM Editores: 2016, p. 35

contrario, agita las diferencias, las meclas sin respeto, las confunde sin pudor”⁹³. O discurso da sociedade moderna, a despeito dos efeitos positivos, acentua discordâncias.

É nesta conjuntura que se insere um novo modelo de Estado. Após a derrocada dos regimes totalitários na Itália e na Alemanha, preponderou o constitucionalismo norte-americano, que estabelece a supremacia da Constituição⁹⁴. Tal pensamento passou a contagiar toda a Europa desde o final da Segunda Guerra mundial, destinado a perpetuar princípios democráticos baseados na valorização do indivíduo⁹⁶.

Assim, se encara a dimensão substancial da democracia, revestida pelo reconhecimento da força vinculante e normativa dos direitos fundamentais individuais. É o ponto de vista substancial do Estado Democrático de Direito que exsurge democracia não mais como sinônimo de vontade da maioria, mas que encontra sustento em princípios, garantias e valores individuais que o Estado visa promover. No cenário nacional, revela-se a transição do Estado Liberal para Estado Social, acolhido pela Constituição Federal de 1988.

A conscientização social em torno da valorização dos indivíduos, com uma gama de garantias e direitos, fez com que os

⁹³ DÍAZ, Esther. Posmodernidad.. Biblos, 2000, p. 44

⁹⁴ PACCA, Paolo. O Iluminismo e a Enciclopédia. In: POLILO, Raul (trad.). 100 Eventos que Abalaram o Mundo – vol. I. Edições Melhoramentos: São Paulo, 1978.

⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil, v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

⁹⁶ NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 286.

cidadãos passassem a perseguir a consecução dos seus direitos nos organismos jurisdicionais.

Desta forma, os cidadãos utilizam como sustentáculo da democracia o acesso à jurisdição para proteção a lesão ou ameaça de direito, assegurado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Tal princípio, comumente chamado de princípio de acesso à justiça, passou por transformações atreladas aos movimentos constitucionais. Partindo da ideia de Canotilho⁹⁷, que a interpretação unitária da Constituição deve ser o “ponto de orientação”, o acesso à justiça deve guardar relação com os demais direitos previstos constitucionalmente. Neste sentido, CAPPELLETTI e GARTH:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.⁹⁸

Em obra intitulada “Acesso à Justiça”, Cappelletti e Garth dividem o movimento de acesso à justiça em três ondas renovatórias: a primeira preconiza a assistência judiciária aos pobres; a segunda envolve a representação dos interesses de difusos; a terceira, os métodos “alternativos” de solução de conflitos.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Almedina. Coimbra: Almedina, 2003, p.226.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

A primeira onda ganha rigidez com a entrada em vigor da Lei 1.060 de 1950 e, mais de cinquenta anos depois, avigorada com a instituição da Defensoria Pública, mediante a Lei Complementar nº. 80 de 1994. Vincula o direito de acesso à justiça à condição vital, não sem antes exaltar a imprescindibilidade da advocacia, frisando os obstáculos econômicos enfrentados para tanto:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e as suas instituições – não era preocupação do Estado.

(...)

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.

(...)

Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária. A assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros, através de advogados que normalmente utilizam o sistema judiciário formal⁹⁹.

Assegurado o acesso à justiça a todos os titulares de direito, as reformas discutidas na segunda onda trazem reflexões referentes à proteção dos direitos difusos e o (des)comprometimento dos tribunais na análise dos interesses coletivos:

⁹⁹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 1988, ps. 47, 58 e 67.

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, eu se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais¹⁰⁰.

Com o movimento, foi deixada de lado a visão individualista do processo do processo civil para então, preponderar a concepção social.

A terceira onda, momento em que se vive, supera a concepção formal de acesso à justiça como acesso universal de ingressar com demandas judiciais individuais ou coletivas, mas revela a preocupação com a qualidade e efetividade da resposta jurisdicional. A atenção, agora, é redirecionada à reforma dos procedimentos judiciais em geral. A atividade mais importante de reforma, explicam Cappelletti e Garth, talvez se esteja verificando com respeito a tipos particulares de causas. A mediação é apontada como uma terceira onda do Direito na solução de conflitos.

Nessa perspectiva, houve um deslocamento do eixo da ciência processual antes fulcrado na teoria da ação para uma perspectiva mais ampla, funcional, teleológica e instrumento da pacificação das controvérsias. Mais do que nunca o acesso à justiça guarda relação direta com os princípios constitucionais, com destaque da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da paz social. A duração razoável, primeiro, a relembrar Rui Barbosa: “justiça tardia não é

100 Ibidem, p. 49

justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. A paz social, pois não é esse, senão, o objetivo do direito, como já preanunciado por Ihering que “o fim do direito é paz”¹⁰¹.

Historicamente buscando efetividade digladiava-se entre as importantes diretrizes da celeridade e segurança jurídica. Elementos indispensáveis nesta equação, mas cujo equilíbrio revela-se delicadíssimo.

No particular, o processo, quer cível, quer trabalhista, não mais atende aos anseios da sociedade organizada. Há muito o Estado se releva incapaz enquanto garantidor da justiça efetiva que se propõe a tutelar. Desde que se afastou a precária solução pela via da vindita, a conhecida Lei de Talião, o “olho por olho, dente por dente”, ao Estado delegou a sociedade o poder-dever de dizer e realizar o direito, a chamada Jurisdição, “*Juris et dictio*”. O instrumento civilizado daí nascente é o Processo, que tramita sob o manto do Poder Judiciário.

Acontece que o Poder Judiciário ocupa o posto de poder estatal mais ineficiente¹⁰², por muitos aspectos: morosidade, altos custos, burocracia e inadequação das repostas judiciais.

No cenário contemporâneo das relações sociais, complexas e em vias de mudanças permanentemente, o que se reflete por óbvio nos

¹⁰¹ IHERING, Rudolf von. Tradução Richard Paul Neto. **A Luta pelo Direito**. Editora Rio, 1975, p. 15

¹⁰² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional**: Insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte: 2004, p. 11.

conflitos e em suas soluções, consumou-se também a crença de que somente o Poder Judiciário pode dirimir os conflitos. Somados ambos os motivos, têm-se ações judiciais em números completamente desproporcionais às estruturas físicas, orçamentárias e institucionais do sistema forense. Somos um dos países, senão o maior, de mais litigiosidade do mundo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números, que reúne as estatísticas judiciárias oficiais apuradas nos anos antecessores. O trabalho, que teve como primeiro ano-base o ano de 2003, relevam a tendência da litigiosidade. A primeira edição do Relatório Justiça em Números revela que em 2003 foram apurados cerca de 9.941.381 (nove milhões novecentos e quarenta e um mil trezentos e oitenta e um) novos processos ingressados no primeiro grau, considerando somente a justiça estadual¹⁰³. A última edição do Relatório disponibilizada em 2017, por sua vez, apura que no ano-base de 2016 esse número alcançou o montante colossal de 19.787.004¹⁰⁴ (dezenove milhões setecentos e oitenta e sete mil e quatro) somente na esfera estadual. Isso significa que em 13 anos o número de ingresso de novos processos na justiça estadual teve um aumento descomunal de 1.045% (mil e quarenta e

103 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 1. ed., Brasília: 2004. Disponível em: <
http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numeros_2003.pdf>
Acesso em: 20 jul. 2018

104 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 13 ed. Brasília: 2017. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2018

cinco por cento). Frise-se, que os números estarrecedores são relativos apenas aos processos que ingressaram na esfera estadual em 2016, e não englobam os processos com ingresso nas demais esferas do judiciário (federal, trabalhista, eleitoral e as demais).

Não é por acaso que o número total de processos (aqui, se contabilizam todas as esferas do poder judiciário) que ainda aguardam alguma solução definitiva chegou à marca dos 79,7 milhões no final do ano de 2016¹⁰⁵. O número se torna ainda mais assombroso quando traçado um paralelo com o número de habitantes. Segundo estatísticas oficiais publicadas pelo IBGE no ano corrente, o Brasil comporta cerca de 207 milhões de habitantes. Isso significa um processo judicial a cada dois habitantes. É, de fato, inconcebível que a situação permaneça assim.

Não se pode mais falar em “crise do Poder Judiciário”, porque importaria aceitar que é situação passageira, quando na verdade se demonstra estrutural, séria, crescente e duradoura, alicerçada em problemas que transcendem o âmbito jurídico.

Aí também de salientar que nos processos judicial identifica-se que há uma posição adversarial que contrapõe as partes, o que se percebe que se projeta para muito além da demanda e do seu término, quiçá rompendo para sempre as relações das partes e inviabilizando novas ou futuras.

105 Ibidem.

As espantosas constatações, palpáveis diariamente para todos os operadores do sistema judiciário e, sobretudo para os cidadãos que se valem do sistema oficial para ver seus anseios atendidos, urgiram a revisitação do modelo tradicional e histórico de solução, conduzida por significativa mudança no paradigma cultural de solução de conflitos.

Atentando-se a isso, novos rumos são traçados e se apresentam eficazmente. Em que pese não se negue a existência no ordenamento jurídico de outros meios de solução de conflitos que não os judiciais, a relembrar da Constituição Imperial de 1824, na qual a tentativa de composição era tratada como condição de procedibilidade para propositura de demanda judicial e tantas outras legislações (v.g. Lei 9.099/95), somente em 2015 os contornos da mediação foram devidamente delineamentos.

O Código de Processo Civil sancionado em 2015 (Lei 13.105/15) prestigia a cooperação e a busca de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, reforçado, no mesmo ano, pela Lei da Mediação (Lei nº. 13.140/15), incumbida de regulamentar o procedimento de mediação extrajudicial e judicial. É a mudança cultural adequada para afastar a adversalidade, sempre antes praticada.

Às vésperas de completar três anos de vigência, é possível observar que, mesmo ainda incipiente, a mediação vem despertando o interesse nos âmbitos acadêmicos e profissionais, que reconhecem o seu

indiscutível potencial de tutela adequada e célere dos direitos. O desempenho, porém, ainda é tímido¹⁰⁶.

A indispensabilidade do advogado para a Justiça, conferida pela Constituição Federal no artigo 133, agora assume nova responsabilidade, reafirmada no artigo 26 da Lei da Mediação, que prevê a necessidade de as partes serem assistidas por advogados. Não há dúvidas de que são elementos chaves em todas as etapas para que todos os benefícios da mediação possam ser sentidos. Mais um papel importante recai sobre o profissional do direito no particular exercício da advocacia, no sentido de se readequarem à nova organização social, repensadas sob os novos ideais de justiça. Os advogados são compelidos de um indispensável papel na condução da pacificação social e do abandono da cultura “*ad judicia*”.

3 A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO

A mediação compõe o gênero dos Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASCs), antes nominados Métodos Alternativos de Solução de Conflito. Parte da doutrina prefere, ainda, qualificar como sistema “multiportas”, em menção à expressão Multidoor Courthouse System, articulada pelo professor de direito de Harvard Frank Sander. Independente da nomeação, os métodos se consubstanciam na ideia central de que a resolução de conflitos deve ser conduzida de acordo com a técnica mais apropriada ao caso.

¹⁰⁶ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 13 ed., op. cit.

Professor Frank E. A. Sander of Harvard Law School has proposed a concept for properly linking cases to appropriate forums for settlement - the Multi-Door Courthouse (also referred to as the Multi-Door Dispute Resolution Center, or simply Multi-Door Center). The ideal model proposed by Professor Sander includes a center offering sophisticated and sensitive intake services along with an array of dispute resolution services under one roof. A screening unit at the center would "diagnose" citizen disputes, then refer the disputants to the appropriate "door" for handling the case. Hence, the title "Multi-Door Courthouse."¹⁰⁷

Tratam de caminhos distintos da via oficial do Processo judicial e que são, inclusive, distintos entre si. Subdividem-se em heterocompositivos e autocompositivos. O primeiro, composto pela arbitragem, favorece a mesma política adversarial da via jurisdicional estatal, pelo qual as partes delegam a função de solucionar o conflito à terceiro. Já os métodos autocompositivos decorrem de resolução consensual de litígios, munindo as partes de autonomia para transigirem de acordo com os seus próprios interesses. São eles: a negociação, conciliação e a mediação.

A mediação é procedimento informal, mas estruturado, conduzido por terceiro neutro, comprometido com o mesmo binômio imparcialidade-autonomia exigido do juiz natural¹⁰⁸, incumbido de manejar a comunicação para que as partes envolvidas cheguem, eles

¹⁰⁷ RAY, Larre. CLARE, Anne. **The Multi-Door Courthouse** Idea: Building the Courthouse of the Future...Today. Journal On Dispute Resolution: Vol:1. Disponível em: < https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/75850/1/OSJDR_V1N1_007.pdf> Acesso em 27.jul.2018

próprios, ao consenso. O mediador deve agir como executor da despolarização de discursos, motivando as partes a encontrar pontos congruentes para que cheguem aos caminhos de resolução.

Atualmente, rege-se pelas disposições da Resolução CNJ nº. 125 de 2010, pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei 13.140 de 2015 (Lei da Mediação). É orientada pelos princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia, consecução do consenso, confidencialidade e boa-fé, conforme artigo 2º da Lei da Mediação.

Podendo ser judicial ou extrajudicial, tem abrangência limitada a todos os direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam a transação. Neste ponto, importante salientar que o método exclui a via judicial, mas não a jurisdição. A interação se consigna no plano da adequação e complementaridade¹⁰⁹.

Misturam-se suas vantagens e características. A possibilidade da construção de um acordo consensual a partir do diálogo traz consigo grandes vantagens.

A via da mediação decorre do princípio da Autonomia da Vontade e nela se concretiza, desde a eleição consciente do método resolutivo até o acordo.

Cumpra bem com o papel de justiça célere, vítima de recorrente de críticas. Segundo levantamento mais atualizado do CNJ mensura-se

¹⁰⁹ JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na CF**. 12ª. ed. Editora Revista dos Tribunais: 2016, p. 80.

que o tempo médio que o magistrado da esfera estadual leva para proferir uma sentença de 1º grau na fase de conhecimento é de dois anos e um mês. Havendo recurso, soma-se a esse tempo nove meses até que seja proferido o acórdão. Mais onze meses, havendo recurso especial, até que seja julgado no STJ e, ainda, mais cinco anos e quatro meses até a prolação de sentença na fase de execução. O tempo médio de duração dos processos, considerando os parâmetros supra, é de oito anos e quatro meses.¹¹⁰

Sobre os números, o CNJ adverte sobre a complexidade do cálculo, que pode ser explicada a partir do próprio dado em análise. Evidente que existem inúmeras variáveis que podem influenciar o tempo de duração.

Fato é que, mesmo não podendo precisar o tempo que uma demanda judicial irá demorar, não se compara ao tempo do procedimento de mediação. Expedita, ágil e menos formal, grande porcentagem dos casos submetidos ao método tem resoluções consensuais de conflitos em poucos dias ou meses.

Todavia, atenta-se que desafogar o Poder Judiciário não é o objetivo dos instrumentos que fogem à judicialização dos conflitos, mas o abandono da cultura do conflito. No discurso de posse da presidência do STF, o Ministro Cezar Peluso lembra que a diminuição da carga dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos serão avanços a celebrar, que

¹¹⁰Conselho Nacional de Justiça. 13. ed. op. cit.

representam subproduto de uma transformação social ainda mais relevante¹¹¹.

Para muito além, o método sobressai na medida em permite aprofundar nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas.

É importante registrar que mediação sempre esteve presente no próprio processo judicial estatal, de vez que também é instrumento do Juiz Estatal para pôr fim à demanda. Aí também de salientar que nos processos judicial identifica-se que há uma posição adversarial que contrapõe as partes, o que se percebe que se projeta para muito além da demanda e do seu término, quiçá rompendo para sempre as relações das partes e inviabilizando novas ou futuras.

Não raramente os conflitos carregam forte carga afetivo-emocional, cujas motivações que fogem à compreensão da justiça. O diálogo racional, propiciado por um terceiro neutro, se demonstra muito mais adequado do que a posição adversarial encontrada no Poder Judiciário, no processo judicial.

Munidas de autonomia e autodeterminação, as partes têm a oportunidade voluntariamente buscam pontos de convergência, à antítese do binômio “perder-ganhar”. Tal método ultrapassa o âmbito

111 PELUSO, Antônio Cesar. Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010]. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., Brasília, 2010. Ata da [...], realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentísimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. Diário da Justiça Eletrônico, 23 maio 2010, p. 24 a 27.

conflitual e se transporta até mesmo às relações interpessoais. Uma decisão construída em consenso atrai mais legitimidade e sensação de justiça, aumentando as chances de exterminar em definitivo o conflito.

As benesses mais importantes são a transformação no modo de encarar os conflitos e o abandono da cultura da judicialização. Somente assim pode se perseguir a pacificação social de forma efetiva.

Portanto, a mediação pode ser percebida como importante instrumento na busca pela pacificação social de forma mais substancial.

Aí que a indispensabilidade do advogado para a Justiça assume novos contornos, com a relevância ainda mais gritante. Diante dos novos contornos, os profissionais no exercício da advocacia assumem novas responsabilidades e se mostram ainda mais eficientes na pacificação social e para a justiça.

3. PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

O novo cenário que cerca a sociedade culmina na remodelação do exercício da advocacia e, acredita-se, para melhor. O novo paradigma exige o desenvolvimento de um novo perfil de advogado, diferenciado pela interdisciplinaridade e pelas habilidades que emprestem efetividade aos procedimentos autocompositivos e, em especial, à mediação.

Assim, mister se faz esclarecer o papel dos advogados na mediação que, não por acaso, encontram seu valor reiteradamente positivado associado à efetivação da justiça. Não sem antes ressaltar a

indispensabilidade do advogado para a Justiça constante no art. 133 da Constituição, o Código de Ética e Disciplina do Advogado no art. 2º, VII, elenca como dever o estímulo à conciliação, prevenindo a instauração de litígios. A Lei da Mediação, neste mesmo sentido, estimula que as partes sejam assistidas por procuradores.

A extensão e amplitude das alterações trazidas com a nova onda do acesso à justiça mudam significativamente a atuação da advocacia. É um passo importante em favor da responsabilidade daqueles que atuam e interferem no processo judicial, assim como nos métodos adequados de resolução de conflitos. As imposições tornam cada vez mais coercitivas, no sentido de exigir uma postura diferenciada e responsável dos advogados.

A responsabilidade do advogado na mediação começa antes mesmo do contato com o cliente. Em primeiro lugar, é preciso ter prévio conhecimento acerca do procedimento para que possa avaliar a adequação aos interesses do cliente. É preciso ter a consciência do dever ético de promoção da resolução autocompositiva, assim como a utilização racional do método jurisdicional.

É crucial que o advogado informe a parte sobre seus direitos e possibilidades de enfrentamento. O mundo jurídico é composto pela terminologia “juridiquês”, legislações esparsas e termos técnicos que dificulta a compreensão de qualquer pessoa alheia ao meio jurídico-científico. Com a correta informação sobre os seus direitos e respaldo jurídico que compõem a situação, é que a autonomia poderá ser usufruída de forma plena. Tudo pela clara assistência do advogado.

Para além da função informativa, a presença na sessão de mediação é crucial. Ainda que não desempenhe papel de protagonista, como profissional da Justiça deve zelar pelos princípios da imparcialidade, boa-fé e autonomia intrínsecos à mediação. É sempre importante lembrar que o mediador não faz às vezes de magistrado, desempenhando papel de suma importância na condução do diálogo, mas não na imposição de solução.

Igualmente, é na sessão de mediação que a transação é registrada. Isso porque, a transação homologada traz os efeitos da coisa julgada, assim como acontece com as sentenças proferidas no âmbito do judiciário, ou mesmo na arbitragem.

É preciso lembrar que as vantagens da eleição da mediação ultrapassam o caso. Desempenha papel importante e construtivo no abandono da cultura litigiosa e fomenta a institucionalização dos métodos adequados de resolução de controvérsias que, como já visto, traz inúmeras vantagens para a sociedade.

Para avaliar a efetividade da mediação e do desempenho dos advogados nas sessões de mediação, o Ministério da Justiça em parceria com o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da comarca de Jundiaí – São Paulo, elaboraram um estudo de caso, com pesquisas de campo e empírica. Foram entrevistados os atores envolvidos, que avaliavam o serviço por meio de um formulário, no modelo proposto pelo Conselho Nacional de Justiça, que é entregue ao usuário ao final da sessão.

Dentre todos os entrevistados, mais de 70% dos considerou importante a presença do advogado durante a sessão de mediação. Desse percentual, 55% consideraram excelente o auxílio para melhor compreensão do caso. 29% do total dos entrevistados consideraram que questão não se aplicava ao seu caso, provavelmente pelo por não terem sido acompanhados por advogado à sessão¹¹².

Em que pese se encontre grandes dificuldades ainda, o nível de satisfação dos usuários sobre o desempenho dos advogados na mediação é animador.

Os benefícios da mediação dependem em grande escala da atuação dos advogados. A autonomia, celeridade, efetividade, imparcialidade só são alcançadas de forma substancial se as partes são instruídas e assessoradas de forma adequada durante todas as fases, que vão desde os primeiros contatos com o cliente, da eleição do método ao termo de encerramento. A mediação veio para enriquecer a atuação da advocacia moderna, ampliando a gama de serviços oferecidos pelos advogados.

4 CONCLUSÃO

A conclusão é que em tempos judicialização extremada no país, o problema da ineficiência do Estado na prestação jurisdicional tem

¹¹² BRASÍLIA: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma Judiciária. Estudo ualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil. Ada Pellegrini Grinover, Maria Tereza Sadek e Kazuo Watanabe (CEBEPEJ) , Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha (FGV Direito SP) ; colaboradores : Adolfo Braga Neto ... [et al.]. Disponível em: <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Estudo-qualitativo-sobre-boas-praticas-em-mediacao-no-Brasil.pdf>> p. 54

raízes profundas, que não dizem respeito somente às estruturas físicas ou orçamentárias.

O grande problema reside no excessivo grau de litigiosidade, característica arraigada na sociedade pós-moderna. Os conflitos desembocam volumosamente no Poder Judiciário e são resolvidos por técnicas de composição adversarial, o que gera prejuízo para toda a nação.

Assim, tem sim de valer-se de meios modernos (mas não novos) – não adversariais, compositivos, judiciais e extrajudiciais – de fazer com que todos se beneficiem de uma sociedade capaz de cada vez mais desenvolver uma cultura de paz.

Evidencia-se também a importante incorporação, de modo geral, pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei da Mediação, a acolherem o movimento atual em seu favor, refletindo o reconhecimento do Poder Judiciário da necessidade de estabelecimento de vias paralelas, não excludentes da sua atuação como órgão, para a solução dos conflitos.

As enormes vantagens elencadas são capazes de atrair o interesse geral para a solução de conflitos pela via da mediação, ágil e menos cargosa, mas que ainda precisa de muito trabalho para sua disseminação cultural na sociedade, e afirmação.

Nesse sentido, grande função é atribuída aos advogados na institucionalização da mediação. A importância não é aí limitada, pelo contrário, o desempenho dos profissionais desde a eleição do método

até a finalização do acordo se mostra imprescindível para eu todos os benefícios da mediação possam ser usufruídos. A importância da presença do advogado durante o procedimento já é palpável no dia-a-dia, diante da satisfação das partes.

A indispensabilidade dos advogados para a Justiça, exaltada pela na Constituição Federal vigente, agora assume nova faceta. Enfrentar as novéis alterações pela ótica do agente do cumprimento da justiça, o advogado – é fundamental.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, André Jobim de. **Direito do Trabalho, Constituição e Efetividade**. In: Direito Constitucional do Trabalho: Vinte Anos Depois. Constituição Federal de 1988. In: Coord. Marco Antonio Villatore. Curitiba,. Editora Juruá.2008.

AZEVEDO, André Jobim de. **Principio de la indistanciabilidad del control jurisdiccional, otros y Constitución Federal**. Revista de Derecho Procesal (Madrid), v. 22, p. 389-398, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Almedina. Coimbra: Almedina, 2003, p.226.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução o Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 1. ed., Brasília: 2004. Disponível em: <
http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_umeros_2003.pdf>

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 13 ed. Brasília: 2017. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>

DÍAZ, Esther. **Posmodernidad**. Biblos, 2000, p.

HARARI, Yuval Noah; tradução Janaína Marcoantonio. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. 15. ed. Porto Alegre: L&PM Editores: 2016.

IHERING, Rudolf von. Tradução de Richard Paul Neto. **A Luta pelo Direito**. Editora Rio, 1975.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na CF**. 12ª. ed. Editora Revista dos Tribunais: 2016, p. 80.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 286.

PELUSO, Antônio Cesar. Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010]. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., Brasília, 2010. Ata da [...], realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentíssimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 maio 2010

RAY, Larre. CLARE, Anne. **The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future...Today.** Journal On Dispute Resolution: Vol:1. Disponível em: <
https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/75850/1/OSJDR_V1N1_007.pdf>

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional:** Insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte: 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil:** Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil, v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PACCA, Paolo. **O Iluminismo e a Enciclopédia.** In: POLILO, Raul (trad.). 100 Eventos que Abalaram o Mundo – vol. I. Edições Melhoramentos: São Paulo, 1978.

ENTRAVES NA REALIDADE DA MEDIAÇÃO

Maria de Nazareth Serpa¹¹³

Paul Eric Mason¹¹⁴

Abstract: O conceito clássico, original, de mediação estrito senso foi sutilmente alterado no desenrolar dos últimos anos. Igualmente a atividade de professores e praticantes da matéria sofreu influências que impactaram seu desenvolvimento e desviaram seu nexos causal. Propõe-se nesta reflexão a volta primeiro à integridade da mediação como processo resolutivo de disputas bem como a estruturação de seus princípios junto à atividade acadêmica, educacional e advocatícia mediante revisão de definições, posturas educativas e certificatórias.

Sumário: 1. Introdução. 2. Marcos Mundiais. 2.1. Marcos Brasileiros. 2.2. Momento Atual. 3. Teoria– Arquétipo da Mediação. 3.1. Natureza. 3.2. Pressupostos. 3.3. Conceito e elementos. 3.4. Alguns Princípios. 3.5. Autodeterminação e Neutralidade. 4. Juridicialização da Mediação. 5. Judicialização da Mediação. 5.2. Brasil e Estados Unidos. 6. Educação da Mediação. 6.1. Momento de Improvisação. 6.2. Industrialização. 6.3. Educação formal Multidisciplinar e Multidimensional. 6.4. Conhecimento e Autoconhecimento. 7. As multifaces do advogado. 7.1. O Advogado como instrumento preventivo da litigação. 7.2 – Entraves normativos. 8. Considerações Finais.

¹¹³ Professora, Mediadora Internacional.

¹¹⁴ International Counsel, Arbitrator and Mediator.

1. Introdução

O mundo penava na década de 80, sofria com as mazelas do embate e da guerra, fossem pessoais, nacionais ou internacionais, jurídicos ou judiciais. Disputas se multiplicavam e abarrotavam os tribunais e as cortes do mundo. Crise financeira, guerra das Malvinas, Irã e Iraque, Angola e o fim da Guerra Fria.

Um grande descontentamento permeava usuários da justiça e chamava a atenção de profissionais de vários ramos do comportamento humano, pessoal ou social. Acadêmicos ou não, advogados, psicólogos, servidores sociais, em diferentes países observavam ainda sem horizontes as penas de seus clientes, pacientes e constituintes.

Alguns desses observadores e estudiosos premidos pela necessidade de resultados mais rápidos e mais justos ousavam iniciativas empíricas, isoladas, mas pouco ou quase nada havia de substancial que pudesse ser publicizado e compartilhado.

2. Marcos Mundiais

Mas foi nos Estados Unidos nessa mesma década de oitenta que a inquietação, saindo da zona do desconforto tomou forma e começou a transformar-se numa busca determinada por caminhos resolutivos.

Essa busca desembocou em um programa na Universidade de Harvard no estado de Massachusetts nos Estados Unidos que desenvolvia ideias opcionais para as emergentes situações do momento. Foram pesquisas realizadas pelos professores Roger Fisher, ex

diplomata norte-americano, William Ury psicólogo suíço, e Frank Sander, Professor de Direito. Logo em seguida Bruce Patton reforçou com sangue jovem o trabalho magistral de pesquisa e ensino.

A consistência desse programa culminou na conformação do que hoje se conhece com a sigla ADR -*Alternative Dispute Resolution* que passou a guardar um elenco de **meios amigáveis e privados de resolução de conflitos** com diferentes nomes e características próprias, como Mini-Trial, Conciliação e Mediação, dentre outros. Todos oriundos da ideia que ficou famosa como *Multi Door Court House* ou Múltiplas Portas para diferentes salas nos tribunais.

Derivada dessa criação reformadora do sistema de resolução de disputas surgiu a ideia audaciosa, teoricamente muito mais ampla a de *Multi Door Law Office* que nada mais seria do que transformar todos os escritórios de advocacia do mundo em laboratórios escrutinadores, bloqueadores e saneadores do monte de conflitos que invariavelmente seguiriam o rumo dos tribunais. Neste pacote delineou-se a Negociação e salientou-se a Mediação. Esta como uma porta *sui generis* que ostentava o emblema de ser capaz de realmente fazer justiça.

Nessa época a Rússia, apesar da universalidade de sua Faculdade de Conflitologia em São Petersburgo, tenuemente vislumbrava a Mediação, até depois da aprovação da primeira Lei de Mediação na Rússia em 2011.

A Índia recebia as primeiras aulas da matéria, mas somente anos depois iniciou um trabalho de desenvolvimento de ADR.

A China, por sua vez, a despeito de sua tradição conciliatória e mediativa concentrada na filosofia de Confúcio e também fulcrada em temor reverencial, somente anos depois interessava-se pelo desenvolvimento da Mediação nos moldes ocidentais.

2.1. Marcos Brasileiros

As primeiras falas e escutas sobre mediação no Brasil surgiram pioneiramente na década de noventa. Mas ocorreu há exatamente 21 anos o plantio de seu marco teórico: Em fevereiro de 1999, foi defendida a primeira tese sobre mediação em uma Faculdade de Direito brasileira e com base nesta foi publicado o primeiro livro em português.

Estes fatos foram significativos e chegaram como um documento de salvo conduto capaz de abrir as portas de um mundo pavimentado por caminhos pétreos na condução de meios resolutivos de conflitos, dando espaço para uma fórmula não tão inédita, mas revolucionária. Para muitos, boa demais para ser verdade.

Foi a fecundação da Mediação que depois de uma longa gestação deu vida para a Lei No. 13.140 de 26 de julho de 2015 hoje conhecidas como Lei de Mediação e as disposições correspondentes sobre Mediação do Novo CPC. E com isso, pedida por muitos, veio a legalização de uma profissão que já acontecia no Brasil informal, mas pragmaticamente desde os idos de 70. Aconteciam às claras, os primeiros modelos do arquétipo mediação que há muito se improvisava mas que esforçava-se para dar o respaldo necessário para o

reconhecimento, e dignificação de um meio capaz de atender aos apelos de particulares na sua busca por resolver conflitos e vislumbrar soluções para os problemas do sistema judiciário.

Desde o marco teórico brasileiro, muito foi dito, escrito, discutido e publicado sobre mediação em terreno acadêmico ou profissional, que vem se encorpando nas vias naturais da instituição afetando o fluxo de suas águas. Às vezes trazendo peixes a serem pescados, mas muitas vezes galhos a serem retirados.

Até aqui, sem reclamos, porque aprende-se que na vida que retirada de galhos e pedras do caminho fazem parte do crescimento das instituições, dos processos e precipualemente das pessoas. Naturalmente o fazem para se reforçar e ultrapassar os obstáculos seja na faina de seguir adiante ou para mudança de direção. É a oportunidade, como dizem os chineses de tratar o dilema do conflito como crise ou oportunidade.

Mas tudo o que é estranho a qualquer corpo, não se compatibiliza com sua saúde e impede seu desempenho. Os forasteiros (de fora), estranhos à determinada natureza quando se acumulam, provocam o fenômeno natural da estagnação e tendem a forçar um vórtex no mesmo lugar.

2.2. Momento atual

Muitos estudiosos e afetos da Mediação já perceberam que esta é a hora de pisar no freio, pensar e decidir: Realidade dialética, onde

tudo nasce, cresce e morre e se transforma? Ou Utopia? E este foi o tema do II Congresso Internacional de Mediação da OAB-RS realizado em Porto Alegre em junho de 2018.

Tratou-se no precioso instante de reflexão e conscientização do tratamento a ser dado ao curso da mediação no Brasil para um novo lançamento de redes e uma pesca mais rica.

Seria adequado chamar este momento de pré-renascimento a exemplo dos significativos movimentos da humanidade. O clássico e a pureza se confundem e de tempo em tempo sempre voltam ao seu devido lugar.

Não é diferente com a mediação considerada em seu sentido estrito. Ao longo dos últimos anos foi temperada a gostos exclusivos, mas clama hoje pela volta de seu único principado.

3. Teoria - Arquétipo da Mediação

Mas antes de penetrar na intimidade do tema seria oportuno assegurar-se de que se trata aqui a mediação como originalmente foi estudada e apresentada ao mundo vindo diretamente dos fornos norte-americanos, mas por pesquisadores de várias universidades, especialmente as de Harvard e Pepperdine na Califórnia. Sem falar das ricas experiências de profissionais em diferentes áreas.

É mandatório que se assegure a identidade de conceitos, que se fale exatamente da mesma coisa, do que foi feito e do que está sendo

praticado. De que estamos fazendo a leitura do mesmo texto, sobre o que teoricamente foi desenvolvido por força de pressupostos extraídos de uma demanda por verdade e justiça.

3.1 Natureza da Mediação

A despeito da reticência da Lei em definir propriamente a mediação e sem adentrar na discussão acadêmica se mediação é um contrato, prestação de serviços, instituição, mandato, comissão, filosofia ou técnica, somente atentando para sua estrutura conceitual, consideramos nesta abordagem a mediação como um processo. Nota-se que os tratadores da mediação têm assim acatado a mediação.

3.2. Pressupostos

O serviço chamado Mediação, foi um processo criado para atender **necessidades** específicas que não eram atendidas por outras formas e não para ser mais um processo adversarial. E falamos da necessidade de pensar em: **viabilidade** (o que se precisa), **possibilidade** (é legítimo mesmo que não seja legal), **validade** (representa um bem independente de valor), **exequibilidade** de resultados (pode-se levar a efeito), **satisfação de resultados** (agrada às pessoas).

Foi então arquitetado e construído um serviço talhado para encontrar soluções para conflitos que atendesse na íntegra **interesses de particulares**, que fosse **menos moroso**, que permitisse **maior controle** por parte de quem se submetesse a ele, que fosse **menos estressante**,

mais **econômico**, que oferecesse possibilidade de **fala e oitiva para seus usuários**, e que não permitisse qualquer forma de **influência autoritária sobre os envolvidos ou sobre a solução de um conflito**. Enfim, que fosse mais próxima do que **é justo** para cada um, **sem imperativos hipotéticos, discriminação de áreas de conflitos**, que dependesse de **aceitação prévia de cada pessoa**, e que não se ativesse a **estruturas processuais estanques**. E que fosse **acessível a todos**.

E assim se fez.

Todas as exigências para a construção de um processo longe de tudo o que havia anteriormente foram atendidas. Verificamos nesse longo percurso quantas disciplinas do conhecimento se fizeram necessárias para sua construção. Concluiu-se que a mediação é um processo com matéria multidisciplinar e multidimensional.

Mas os ingredientes básicos desse produto explicável e aplicável mediante uma teoria simples como o ovo em pé de Colombo sofreu interpretações e mutilações.

3.3 Conceito e elementos

Mediação surgiu então como um bolo de casamento cujo recheio e cobertura (processo e princípios foram criteriosamente selecionados para serem usados numa receita simples: **Num processo judicioso** (justiça quase perfeita) junta-se **pessoas**, (mediandos), revestidos de **total poder para negociar e decidir** como únicos

protagonistas de qualquer tipo de conflito ou disputa, com **um processador terceiro interventor neutro** (mediador).

Vimos surgir um triângulo equilátero com dois ângulos na base, duas figuras que desviariam o rumo da resolução de conflitos no mundo ocidental: **o mediador e os mediandos**.

3.4. Alguns Princípios

Sabe-se que a mediação não conta com nenhuma estrutura substantiva ou processual, legal ou não, para sua execução. Conta, isto sim, com um elenco de princípios que idealiza e constrói sua existência. Sua teoria desenvolve-se orientada por linhas de proteção claras e diferentes de todas as diretrizes de outros processos resolutivos de conflitos.

Todos já são sobejamente familiarizados com **a flexibilidade** do processo que tem a finalidade de acompanhar as necessidades de comunicação contidas no conflito. Em tese, a comunicação não se limita à oralidade, é possível ser feita por escrito, ou até como toada de viola, em qualquer local.

Também a **informalidade**. Sem símbolos, toga de império da lei e julgamento ou beca de compromisso com o Direito. Sem gravata ou com gravata, sem rituais a mediação dirige seu holofote ao conflito no seio da interlocução dos mediandos. **Lida com ser, e não parecer**.

A **confidencialidade**, princípio instrumental mantenedor da segurança, embasa outro que é a **privacidade** do conteúdo fático da relação sujeito-conflito.

E todos os princípios da mediação vêm com o primeiro que é seu invólucro, a **voluntariedade**.

3.5. Autodeterminação e neutralidade

Mas os dois princípios que realmente imprimem um cenário e uma ação totalmente diferente no universo resolutivo de conflitos **são, a autodeterminação das partes**, erroneamente pontuado na Lei de Mediação como autonomia da vontade e o princípio da **neutralidade** do mediador. Autonomia da vontade produz leis no âmbito contratual e mediação produz resolução de conflito no ciclo das relações humanas.

Estes princípios surpreendem e contrariam todos os ditames até então conhecidos e sua compreensão tem impingido grandes dificuldades na apresentação e execução do processo de mediação nos seus conformes essenciais.

De acordo com a **autodeterminação**, a mediação começa, desenvolve-se e finaliza-se respeitando a capacidade física, intelectual, psicológica e através da vontade e determinação decisória dos entes em conflito. São eles que alavancam momento, forma, tom ou toada do processo. Não se submetem nem municiam nenhuma autoridade dentro do processo.

E aqui jaz o grande lapso da mediação. Até que ponto as partes, seja em seu estágio preparatório ou efetivo, são ou estão **instruídas**,

preparadas e garantidas para esta importante, extensa e profunda função? Afinal, quem as prepara? Em que circunstâncias esse poder pode ser afetado ou mantido? Estão, gestores do sistema de métodos resolutivos preparados devidamente para expor essa autoridade e apresentar os instrumentos de labor e ensinar o seu ofício e função? Este princípio é o primeiro e mais significativo desafio da mediação. **Sem ele não há mediação.** Pode haver conciliação, conciliação privada ou outros processos, menos mediação.

O outro é a **neutralidade do mediador**, que diga-se tem sido confundido com o princípio também relativo ao mediador, a **imparcialidade**. O primeiro, neutralidade, refere-se ao interesse do mediador, seja por convicção técnica, jurídica ou moral, no resultado da mediação e sua interferência no mérito da disputa. O segundo, comum a todos os processos resolutivos, adversariais ou não, atribui isenção de preferência por uma parte ou outra.

O casamento desses dois princípios, (neutralidade do mediador com a autodeterminação das partes) formam a flâmula do bolo da mediação e somente nela é celebrado. Ele é o único e por aí se infere que, **destituir a neutralidade do mediador e a autodeterminação das partes, como querem alguns, seria simplesmente destruir a identidade e originalidade da mediação com a inserção de características de outros processos já sobejamente completados com suas características próprias.**

Mas outras razões extrínsecas, de várias ordens, poderiam justificar os entraves da mediação no Brasil, neste momento. Restando,

contudo dizer que insurgência de controvérsias não é uma particularidade cognitiva brasileira senão de muitos outros países.

4. Juridicialização da Mediação

Ainda hoje ouve-se de advogados frases como esta: “**Isso** (mediação) é uma enganação, não funciona, mesmo porque não oferece condição para **resguardar nenhum direito**. Advogado defende direitos e não conchava acordo”.

Com razão muitos advogados não conseguem vislumbrar em seu campo cognitivo a possibilidade de se fazer justiça sem leis genéricas e abstratas e sem os direitos ou deveres que lhes correspondem. Essas unidades produtivas funcionam na mediação como critérios objetivos facultativos e não impositivos ou coercitivos.

É evidente que nenhum advogado leigo em mediação teve a oportunidade de saber a quantas duras penas advogados inexperientes em mediação tiveram de aprender na prática que o seu papel auxiliar numa sessão de mediação é totalmente diversa do desempenhado nos tribunais, mas que é tanto ou mais importante no que se refere à consecução de direitos próprios, plenamente capazes de propiciar justiça.

O mediador, a exemplo de psicólogos, servidores sociais, engenheiros, tradutores e muitas outras profissões, têm uma função acessória e coadjuvante a despeito de bem mais complexa e mais imprevisível.

Uma das primeiras lições da mediação é que advogados no processo mediativo não estão talhados para proteger direitos individuais, os quais podem estar presentes sem prevalecerem. Principalmente, advogados ajudam a construir outros direitos favorecendo o reconhecimento e promoção desses direitos.

Mediador e mediados navegam na oportunidade de se vasculhar um mundo onde o Direito *per se* ainda não entrou e consequentemente onde suas leis são respeitadas, mas não podem imperar.

Mediação pesca no conflito a oportunidade, e a lei incrementa e bi polariza a crise, seja para solucioná-lo ou para buscar satisfação. Muitos advogados ainda não vislumbram essa oportunidade, para outros ela passa e ele não vê.

Todavia há que se frisar que o retrocesso do conceito de interesses em favor de direitos não é uma prerrogativa do Brasil. Ainda permeia a mediação em várias legislações e inclinação de mediadores, ao ponto de criar a necessidade de classificar a mediação em diferentes mediações, como a mediação avaliativa onde quadros jurídicos se fazem parâmetros para a busca de resolução. O que se observa com esta inclinação é que neutraliza-se disputas, mas não se resolve o conflito.

Um recente artigo da Professora australiana Rosemary Howell, no *Kluwer Mediation Blog*, descreve a bandeira dos direitos na fala de

representantes numa mediação como *hijacked mediation*, traduzindo: sequestro da mediação¹¹⁵.

Ocorre, discorre a professora, que advogados saindo do seu papel de coadjuvante no processo por força de sua formação, tendem a eliminar a narrativa do cliente que dentro do seu contexto e diferentes linguagens, seja de negócios comerciais ou não, tecnológicos ou esportivos, familiares ou empresariais, em discursos coloquiais ou eruditos, retira o componente individual, personalíssimo, cultural e psicológico do tratamento do conflito que desfalca, mutila o conflito e descaracteriza a essência do processo de mediação.

Ninguém fora do contexto conflituoso saberá exatamente do que se trata, nem mesmo psicólogos ou confidentes. Qualquer representação, delegação ou usurpação da titularidade do conflito desviará os elementos essenciais propiciadores da resolução e acomodação de interesses.

A ausência da voz do cliente é uma realidade nas mediações de um modo geral. Existe, muitas vezes, por parte dos disputantes, desconhecimento de seu poder, seja por suas próprias limitações psicológicas ou por falta de informação. Há que se dizer que o silêncio dos mediandos durante as sessões obstrui o seu desempenho e limita seu controle, seja pela concessão de poder em favor de seus representantes, ou pelas mencionadas condições subjetivas.

¹¹⁵ “A Mediation Master-Class with a Difference”, Rosemary Howell, *Kluwer Mediation Blog*, May 22, 2018.

E, dando ouvidos para todo o clamor de mediadores ao redor do mundo que vieram dos bancos do Direito e primam por diluir as muralhas do Direito e legislação se faz a voz de Adriano Glaturco numa palestra do Fórum Nacional da Liberdade 2018. Adriano faz uma clara distinção entre leis naturais e legislação específica. Ele menciona uma exuberante normatização feita de 1988 até hoje: 54,5 milhões dentre leis, portarias, decretos, etc. para arrazoar defesas jurídicas em contraposição às sete leis naturais universais existentes.

Um mediador internacional declarou recentemente que na sua trajetória de 33 anos de experiência com mediações de conflitos comerciais, ambientais, de tecnologia, empresariais, de trabalho, de construção civil, etc.: “A única mediação, dentre todas as que atuei como mediador que não redundou em acordo foi aquela em que as partes se recusaram a se apresentar numa sessão conjunta e não tiveram a resguardada prerrogativa de se manifestar através de suas narrativas.”

Nessas ocasiões fica perdida a chance dos mediandos interagirem e compartilharem opções de resolução (*brainstorming*), e a criação de leis cujo destino não serão os códigos, frios, gerais e abstratos e sim a vida de cada criador.

Nenhuma defesa jurídica alheia à intimidade de partes em disputa pode substituir suas narrativas.

5. Judicialização da Mediação

O que ocorre atualmente nos tribunais no compreensível afã de desafogar o acúmulo de processos é o que poderemos chamar de mediação por atacado. São dezenas de casos ajuizados que desembocam nas câmaras de mediação espalhadas pelos tribunais no Brasil.

Infelizmente ainda não são públicos os dados totais oficiais. São fáceis as perguntas, mas as respostas são obscuras. As conclusões baseiam-se em informações de usuários e profissionais nas lides mediadoras judiciais.

O que se pode concluir pela amostra, contudo, é que, com explicações plausíveis as mediações dentro dos tribunais são feitas com discussões de requerente e requerido representados por advogados – e não mediados *assistidos* por seus advogados.

Também é preciso lembrar que a exposição de quadros legais é comum nas sessões das mediações chamadas “judiciais” e são praticamente suprimidas as oitivas das partes que são transferidas para advogados. Assim praticamente elimina-se a benéfica função educativa da mediação feita nos tribunais a explanação introdutória do processo feito pelo mediador.

O importante no judiciário não é a resolução e sim uma solução. É o saneamento do volume de processos em nome da exiguidade de tempo.

As mediações realizadas no judiciário, no período de 2015 a 2017 somam quase três mil, somente no Estado do Paraná enquanto as mediações do setor privado apresentam somas irrisórias.

No setor privado, desde 2015 até hoje, somente 66 mediações em conflitos societários, alguns comerciais foram distribuídas em três importantes centros brasileiros de mediação. Carece-se de dados sobre conflitos de família, seja divórcio, pensão e outros, ou relativos a sucessões hereditárias onde normalmente ocorrem intrincadas desavenças.

Além disso, as estatísticas no espaço judicial são prejudicadas pela não diferenciação prévia dos processos adotados. Processo de Conciliação e Mediação são computados sob o mesmo procedimento.

Mesmo assim, comparativamente os resultados são discrepantes. Por quê?

Premidos pelo tempo, advogados assumem a fala e ação das partes e partem diretamente para a análise dos fatos à luz da justiça legal e jurídica sem sequer dar tempo aos mediadores de educar os mediandos quanto ao processo, num visível trabalho de conciliação.

E a julgar pelos números (22 mediações por tarde), há subsídios suficientes para entender que a mediação judicializada se utiliza de um trabalho conciliatório para apor uma solução. Sem crítica, porque a conciliação é histórica e tecnicamente reconhecida como apropriada para as lides do judiciário.

Não caberia aqui, então, separar os dois processos e sedimentar a conciliação privada nos tribunais? Não voltaria tudo ao seu lugar?

5.1. Nos Estados Unidos

Em matéria de mediação a legislação do estado da Flórida nos Estados Unidos sempre foi um parâmetro respeitável, desde seu surgimento. Ali não ocorre a prática do privilégio do rito judicial dentro do processo mediativo.

Naquele estado americano existem dois sistemas judiciais: o das cortes estaduais (*state courts*) e as federais (*federal courts*). Ambas demandam um esforço pró-mediação de casos não criminais antes de ajuizadas ações.

De acordo com normas processuais estabelecidas pela Suprema Corte da Flórida os mediadores que atuam em casos nas cortes estaduais deverão ser certificados de conformidade com os padrões estabelecidos pelo sistema administrativo da Corte Estadual da Flórida (*Florida State Court Administrative System*). Entretanto, as mediações respeitam o princípio da privacidade da mediação. De judicial, prevalece o acato à recomendação e o uso das dependências utilizadas para as sessões, nada mais.

As cortes federais, da mesma forma, requerem esforços pró-mediação para casos federais não criminais. Essas cortes **preferem usar um mediador certificado pelo sistema da corte estadual da Flórida (*Flórida State Court*), por exemplo, constantes de uma lista,**

mas escolhidos pelas partes. Outrossim, acordos mediados por mediadores fora da lista do judiciário, em casos recomendados, são acatados e reconhecidos judicialmente.

Outros casos que caiam fora do sistema judicial da Flórida, como disputas que não tenham sido ajuizadas, ou disputas comerciais que iriam para arbitragem, podem ser mediados por qualquer mediador escolhido pelas partes, **com ou sem advogado.**

6. Educação da Mediação

Ainda não se pode dizer que temos uma educação sobre ADR ou mediação no Brasil que possa garantir a esperada legitimidade e credibilidade do processo. Esta foi a grande expectativa de estudiosos e provedores da mediação no Brasil até o evento da Lei.

6.1. Momento de improvisação

Era previsível o período de improvisação e adaptação da educação de ADR no Brasil, mesmo depois da Lei. Mas o ensino informal por força da própria natureza do estudo da mediação já teve o seu momento e agora requer uma séria revisão do entendido e praticado com vistas a uma maior organização e formalização.

Como mencionado, **não se criou uma necessidade** para um processo, criou-se um processo novo e simples, de fontes complexas para necessidades também antigas e complexas.

Criado o processo, feito o bolo, discutido e provado, o próximo passo foi ensinar pessoas a entender o processo padrão e usá-lo de forma costumizada. De um lado mediar e ensinar pessoas a serem mediadas e de outro capacitar para serem mediadas.

Mas o que aconteceu foi que a situação ficou macrocéfala. Criou-se mediadores, bons ou não tão seguros, mas não se desvendou ou despertou usuários em medida perceptível, quer dizer tem muito mais oferta do que procura de mediação. Por quê?

6.2. Industrialização

Esperou-se uma instrução legal que permitisse à mediação propriamente dita, chamada de extrajudicial, receber um tratamento mais condizente com sua abrangência de benefícios.

Nossa Lei descartou exigências específicas de qualquer natureza, seja formal, informal, técnica, acadêmica, etc. para o ofício da mediação denominada pela Lei de extrajudicial. Diferentemente do tratamento dado à chamada Mediação judicial. Esta, desvinculada da teoria basilar da mediação nada mais é do que um improviso impeditivo do desenvolvimento da mediação propriamente dita chamada de extra, mas que é sabidamente a regular.

Essa discriminação descompromissou mediadores ditos privados. E a despeito dos requisitos de capacitação superior e especial para a mediação extraordinária chamada de judicial, desestimulou-se o

esforço privado sob o aceno de reconhecimento e compensação segura nos tribunais.

A realidade é a formação superior, de mais ou menos cinco anos, acrescida de 48 horas de capacitação especial para mediadores no judiciário e nenhuma exigência para mediadores regulares. Só aqui já se pode inferir a desqualificação imposta pela legislação à profissão de mediador fora das dependências públicas. Sem falar na oposição diametral da educação de mediadores em relação à formação de advogados. Por isso questiona-se a carga, o conteúdo, a discriminação e a informalidade da educação de mediadores tanto daqueles com suas atividades próprias quanto as especiais no judiciário.

A impressão que se tem é que projetou-se a informalidade do processo chamado de extrajudicial na informalidade da profissão de mediação e conseqüentemente a grande informalidade do ensino e a proliferação de cursos.

A discrepância de formação de profissionais provocada pela separação de formação é inadequada. Mas o que se entende é que seja no judiciário ou fora dele a mediação demanda um tratamento acadêmico e prático mais rigoroso e formal para dar à profissão a credibilidade e fundamento técnico compatível com a sua importância e relevância.

Essa medida também teria o condão de conter o surgimento de cursos descredenciados que surgiram mesmo antes da promulgação da Lei brasileira. Aliás, esse *boom* aconteceu também na Argentina, mas pelo menos lá, quando surgiu, a lei era obrigatória e propiciou a

divulgação do processo de mediação de forma mais direta e mais próxima de mediadores e mediados. A nossa lei, não.

Ainda, se antes existiam cursos de mediação informais no Brasil começou-se a observar a oferta de cursos de pós-graduação *lato sensu*, informais e sem precedência de qualquer graduação ou capacitação rigorosa. Mesmo que não colocássemos em questão o conteúdo de alguns desses cursos nem a formação de seus professores, penso que poderíamos rever a possibilidade de se formar mediadores e professores sem a devida prática em ambas as faces do processo, sejam mediados ou mediadores.

Outra questão é a avaliação de cursos. Antes da promulgação da lei havia uma séria procura e também sérios e comprometidos professores com o desenvolvimento da mediação, mas não havia no Brasil uma forma de avaliar o que vinha sendo oferecido. Em 2013, a organização IMI (*International Mediation Institute*) com sede na Europa e altos padrões para certificação de mediadores internacionais, começou suas atividades no Brasil. Uma terceira entidade tem hoje o monopólio do treinamento dos candidatos-mediadores a serem certificados pelo IMI no Brasil.

Para melhor entendimento surge a questão: Como explicar a formação de um profissional com tão pouca informação e treinamento quando se defende o conteúdo de educação da mediação como extensa e complexa? Como treinar, testar e avaliar um profissional em conhecimento e autoconhecimento em cinco ou cinquenta horas? Não

é de se admirar que muitos pensem ou receiem que a mediação seja uma utopia.

Apesar de tudo temos de admitir que mesmo dentro dessa informalidade a educação precária sobre mediação é justificada como válida e até aceitável quando se viu que esses cursos têm divulgado a mediação, na medida do possível a um público cada vez maior e mais interessado. Se não dentro do desejável, pelo menos dentro do possível.

6.3. Educação formal multidisciplinar e multidimensional

Felizmente podemos dizer que a mediação entrou no Brasil pela porta da frente da nossa casa, mais especificamente pela casa de advogados e estudantes de Direito.

De lá para cá não podemos afirmar que a mediação, como disciplina de programas de Faculdades ligadas ao conflito e sua resolução tenha recebido guarida adequada.

Nem que o burocrático processo de inclusão de matérias em programas universitários seja responsável pela ainda dispersiva forma educacional da mediação, mas pode-se verificar que, pela sua incipiência ainda é inconsistente.

A representatividade dos processos alternativos nos corpos docentes de universidades é também, ainda pequena, mas em ascensão. O maior contingente de professores e pesquisadores nesta área ainda figura num contexto de esforço pessoal, sem muito apoio institucional. Contudo o interesse pela matéria é crescente no meio universitário

destarte a discreta expectativa de retorno profissional e financeiro do investimento acadêmico.

Correntemente existem várias dissertações e teses em andamento e já foram defendidos 33 títulos dentre mestres e doutores além de dezenas de trabalhos em andamento.

As informações disponíveis sobre cursos formais nas universidades apesar de emergentes são ainda inexpressivas. Cursos de mediação têm sido oferecidos em programas de Processo Civil no bacharelado de Faculdades de Direito, mas somente 31 % dentre as 260 Faculdades pesquisadas, incluem ADR na grade curricular como disciplina obrigatória e 45% como optativas. Não sem espanto o percentual cai para 6,9% quando se trata de prática da mediação.

Por outro lado há que se reconhecer que a elaboração de um Programa de Mediação, como um processo *sui generis* seja de graduação ou pós-graduação é complexo e como são muitas as fontes disciplinares tudo o que se pode fazer agora é começar sistematicamente um trabalho de pesquisa e organização.

Tivemos, entretanto, um bom começo. Como disciplina optativa foi criado um curso de pós-graduação *stricto sensu* na PUC-MG em 1999. Já se oferecia naquele momento introdutório estudo do conflito, estudo informativo comparado de ADR, um curso de negociação com a devida prática e apresentava a mediação em todos os seus aspectos substantivos e processuais teóricos e práticos.

Espera-se por isso uma evolução dessa matéria neste importante instante da mediação no Brasil.

Era previsível, sem dúvida, o período de adaptação e improvisação da educação de ADR no Brasil herdados dos Estados Unidos. Entretanto, urge a necessidade de organização deste estudo para o qual toda a comunidade universitária está conclamada a cooperar porque todas possuem conteúdo científico e material para contribuir na elaboração deste novo ramo das ciências humanas e também da saúde.

Já nos idos de 90 dava-se este fenômeno nos Estados Unidos. Existia na Flórida a *Nova University* que oferecia programas de Especialização, Mestrado e *Ph.D* em ADR. Depois vieram Missouri, Pepperdine e outras.

Sei que caminhamos e chegaremos lá, mas ainda não temos nenhuma Faculdade de ADR ou Mediação no Brasil a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e em alguns países que inauguraram a mediação bem depois dos nossos primeiros esforços.

O incremento do caminho acadêmico da mediação é uma resposta positiva para a proteção não só de mediandos, mas da sociedade em geral além da legitimação do processo resolutivo e a prevenção de proliferação de cursos profissionalizantes sem a devida avaliação. Afinal, faz-se médicos, advogados, psicólogos, pedagogos, sociólogos em anos e não se pode pretender que se faça mediadores em semanas. Somente com uma estruturação acadêmica promotora de uma formação criteriosamente planejada será possível colocar no mercado profissionais com legitimidade e credibilidade.

A discussão sobre programas de graduação, extensão e pós-graduação necessita ser articulada e ampliada e o contingente acadêmico docente que já está dando mostras de dar conta do encargo necessita ser reconhecido e conclamado.

6.4. Conhecimento e autoconhecimento

Mas entende-se que é vital o primado da discussão por contemplar a mediação como um estudo direcionado para o conceito: Um processo **multidisciplinar e multidimensional**.

Multidisciplinar porque congrega inúmeras fontes disciplinares. Pode se dizer que é similar à metodologia acadêmica da Faculdade de Conflitologia da Universidade de São Petersburgo na Rússia, onde questões de conflitos são analisadas sob o ponto de vista multidisciplinar – histórico, psicológico, sociológico, pedagógico, jurídico, médico, etc.

A mediação tem arregimentado várias técnicas oriundas de inúmeras disciplinas notadamente da comunicação como a habilidade de escutar de forma ativa, de fornecimento de informações, da saúde psicológica como diagnósticos de psicopatias, psicologia na administração de sentimentos e susceptibilidade, pedagogia como a premiação e capacidade de instrução, negociação como a criação de opções e tomada de decisões e tantas outras.

Há um universo de respostas com diretrizes técnicas ainda pouco exploradas que fazem da mediação uma matéria emergente e de

horizontes promissores demandando uma formalização de suas vertentes. Estão aí disciplinas como a psicologia que oferecem seus conhecimentos, muito embora jovens, com respostas para essa demanda compulsória do trabalho do mediador.

Em outra direção, tanto mediadores quanto mediandos e seus auxiliares, advogados ou não, não podem descartar o trabalho de autoconhecimento. É condição *sine qua non* para o desenvolvimento de qualquer mediador ou mediando e conseqüentemente da mediação. É multidimensional porque é infinito o horizonte do autoconhecimento como requisito de formação, demandando autoanálise e controle de mediadores para devida observação, entendimento, e interação com mediandos.

Faz parte da formação de psicólogos o estudo promotor de autoconhecimento que tem sua prática na terapia. Há que se beber o remédio para analisá-lo com propriedade. Na mediação não é diferente.

O autoconhecimento coloca o mediador no espaço que lhe é mister, acima dos conflitos com suas teses e antíteses. Ele é o catalizador, saneador que busca acender sínteses como resultado do processo mediador¹¹⁶.

Os dois aspectos de estudo percorrem sentidos diferentes, um finito e outro infinito que cruzam em determinado momento para determinar o ponto do veículo da sabedoria.

¹¹⁶ Ver, por exemplo, o livro do William Ury *Getting to Yes with Yourself* (2015) e o livro de Joel Edelman and Mary Beth Crain *The Tao of Negotiation* (1994).

7. As multifaces do advogado

Os dados que temos sobre mediações em centros privados especializados revela a importância do comprometimento do advogado com a mediação. Basta mencionar uma mostra de mediações internacionais que vêm de escritórios de advocacia para centros de mediação. São animadoras quando se menciona os valores totais negociados. Ultrapassam a casa dos bilhões em um número pequeno de casos. Sem falar nos resultados advindos de negociações em representação direta por advogados com outorga da *cláusula ad negotia* ou cláusula contratual escalonada (negociação seguida por mediação seguida por arbitragem ou tribunal de justiça, se a mediação não resolver a disputa).

Advogados são imprescindíveis na elaboração de contratos. Eles são os profissionais preparados para formulação de cláusulas protetoras de direitos e de acordos. Recentemente agregaram a esta atividade a feitura da já conhecida cláusula escalonada que engaja as partes a processos resolutivos alheios ao judiciário. Tanto a arbitragem quanto a mediação são contempladas na cláusula Med/Arb que vincula as partes, em caso de conflito, aos processos de mediação e arbitragem sucessivamente.

A cláusula escalonada tem sido responsável pela resolução da maioria das disputas privadas em centros de mediação e arbitragem o que invariavelmente não aconteceria se não houvesse sido sugerida por advogados.

Entretanto, o grande arsenal da atividade do advogado ainda nem se esboçou, mesmo considerando-se a aceitação da arbitragem, a conciliação e a mediação.

O advogado, de um modo geral, ainda não está familiarizado, muito menos automatizado com a gerência de disputas dentro do sistema de processos com a função primordial de canalizar conflitos para os diferentes e apropriados escaninhos de resolução. Ainda não está pronto para incorporar a personalidade e as atribuições educativas desse novo campo de trabalho. Como facilitar este papel será um desafio importante na formação de advogados, seja nas faculdades de direito ou por educação continuada devidamente credenciadas pela entidade profissional de advocacia.

O que se entende é que com o olhar felino ao estudo dos conflitos e o estudo de seus clientes, o advogado tem condição de escrutinar e praticamente bloquear o fluxo de casos que vão para o judiciário e que podem quase invariavelmente desembocar no que foi denominado legalmente mediação judicial.

Por outro lado ainda não se pode avaliar o volume dos processos que se originam nos escritórios de advocacia, mas pode-se afirmar que neles se localiza a boca larga do funil de conflitos que clamam por resolução.

As portas advocatícias são as primeiras a serem batidas e os advogados são os primeiros profissionais a serem consultados quanto ao proceder adequado. Sem dúvida, por força da confiança que a figura do defensor projeta naqueles que vivem um conflito. Contudo sabe-se

que é da praxe advocatícia o encaminhamento mecânico de casos para avolumar, cada dia mais, as pilhas intermináveis de processos contenciosos.

É notório o valoroso empenho de Comissões de Mediação nas seccionais da OAB e o importante trabalho educativo que vêm desempenhando, mas suas atividades ainda demandam estratégias mais avançadas e uma melhor compartimentalização dos conflitos e seus adequados caminhos resolutivos para melhores resultados.

Outro desafio oriundo da Lei de Mediação é a autorização legal para se mediar disputas envolvendo a administração pública que gera um grande volume de processos e disputas dentro e fora dos tribunais.

Para isso é necessário que advogados sejam devidamente preparados para o trabalho de gestão de conflitos e conflitantes que os procuram nos escritórios de advocacia. A autoformação e o arcabouço de conhecimento a ser usado e transmitido requerem um novo e audacioso olhar para o que existe e para o que precisa existir.

Mas a despeito de tudo, não se tem dúvidas que primordialmente estão nas mãos de advogados e nas diretrizes da OAB as respostas demolidoras do volume de contendas que assombram a nossa realidade de justiça e dificultam a mediação tanto fora quanto dentro dos tribunais.

7.1. O advogado como instrumento preventivo da litigação

Não podemos dizer que os números sobre mediações no Brasil sejam alvissareiros.

Mas o que se deduz desses dados é que um considerável número de conflitos transforma-se em disputa e chegam, evidentemente, aos tribunais ajuizados por meio de advogado.

Então a pergunta emergente é a seguinte. Advogados tiveram oportunidade de trabalhar o conflito daqueles clientes antes que eles tenham se transformado em disputa nos tribunais? Ouve sequer uma tentativa ou explicação sobre o processo? Se não, por quê?

Não se pode falar de total desconhecimento, pois de antemão já sabem que a recomendação judicial para uma mediação dentro do tribunal é uma realidade nos dias de hoje e conscientemente não enviariam seus constituintes para um processo que colocassem em risco seus interesses. Sobretudo aqueles que poderiam ter sido satisfeitos somente com a interferência do advogado mediador.

E vejam, quando as disputas são encaminhadas sem uma criteriosa seleção e acontecem nos tribunais, mesmo por mediação, muita água já passou pela ponte. Muito tempo, muito *stress* e custo já provocou a insatisfação de clientes.

Propaga-se há anos a expansão das atividades dos advogados e o enaltecimento de sua capacidade e iminência como gestor de conflitos. Afora considerar outros meios, porque não mediar aqui, no

berço das disputas? Por que não prevenir consequências destrutivas do conflito? Inúmeras são as vantagens já preconizadas pela vasta literatura, dentre elas, o engrandecimento e expansão da atividade do advogado como gestor de conflitos e disputas.

A melhor notícia é que um cliente satisfeito com a mediação será sempre um cliente que retornará ao advogado com confiança em depositar outras questões, sejam transacionais, regulatórias, de *compliance*, disputas, etc.

7.2. Entraves normativos

Sobejamente já se criticou as lacunas e impropriedades da Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, no que se refere a seus conceitos vagos sem clara definição do processo. Também a omissão ou distorção de princípios já dantes consagrados¹¹⁷.

A Resolução no. 125 do CNJ no seu art.11 & 1º propõe a presença de advogados nas audiências de conciliação e mediação. Entende-se que o impedimento em primeiro lugar não tem guarida se o argumento for o da limitação da função de advogados junto à atividade judiciária. Em qualquer circunstância a autoridade das partes, e somente ela, poderá legitimar a determinação da **presença** ou não de advogados na sessão de mediação. Resta saber qual exatamente será o seu **papel**.

¹¹⁷ Serpa, Maria de Nazareth. *Mediação - Uma Solução Judiciosa Para Conflitos*, autoria da Maria de Nazareth Serpa, páginas 232 – 234, Editora DelRey, Belo Horizonte, 2018.

Se defensor de direitos, seguramente estará diante de um processo inadequado, provedor de justiça inadequada. Em contrapartida se destituir a beca e informalmente acatar consultoria, até de ambas as partes, estará cooperando no processo de promover os interesses mesmo quando houver diferenças jurídicas. O que não pode acontecer na mediação em sentido estrito é o embate de dois ou mais advogados em torno de direitos e leis, argumentos jurídicos e provas, dentro de uma mediação Isto é judicial. E mediação não é. Na mediação prevalece o princípio da neutralidade segundo o qual elimina-se a obrigação legal ou moral de se ater ao mérito da disputa tanto por parte dos mediandos quanto dos advogados, aqui como auxiliares, e muito menos do mediador. A mediação é o único processo que definitivamente, por mais se diga em contrário, modifica o papel do advogado tradicional.

Por outro lado se falarmos de conciliação judicial ou privada, tem-se entendimento diverso. Neste caso o conciliador poderá se utilizar de argumentos jurídicos e provas para tentar convencer as partes e, nesse mister, a presença e atuação de advogados tradicionais são bem-vindas. Aqui o certo e o errado têm guarida em critérios legais e apresentação de provas e argumentos e escapa da seara de eficácia dos princípios da mediação e do arcabouço de conceitos, princípios, sentimentos, motivos e razões das partes.

Já é tempo de se definir os limites dos dois processos sob o ponto de vista das partes, principalmente no confuso ambiente judicial. Muitos problemas serão sanados e os advogados poderão definir seus papéis de acordo com o processo e papel que desejam desempenhar.

Plenamente inteligíveis e cabíveis, por sua vez, são os impedimentos de mediadores e conciliadores defenderem direitos de ex-mediandos ou conciliandos, quer no âmbito dos tribunais ou fora deles. Os limites éticos, a concorrência desleal e captação de clientela e principalmente a confidencialidade são justificativas mais do que passíveis de acatamento.

Outro empecilho da mediação por advogados é a cobrança de honorários. A avaliação do trabalho advocatício na mediação, tanto como mediador ou como consultor no processo, é ainda uma indagação. Isto pode ser um indício de que ainda existe fragilidade no reconhecimento da mediação como uma profissão da resolução de conflitos, ainda carente de formalização tanto na educação quanto na certificação. Compreende-se então o silêncio da OAB em se posicionar a respeito a exemplo de honorários advocatícios.

Esta é uma incógnita não vivenciada nos Estados Unidos onde o pagamento de honorários advocatícios normalmente não se baseia em contingências¹¹⁸. Os valores são facilmente estipulados por hora de trabalho e oscilam dependendo da reputação de competência dos profissionais e a classificação, por experiência, em *juniors* e *seniors* quando são associados.

¹¹⁸ As exceções dão-se em casos de acidentes de trânsito e outros casos de negligência (*torts*).

8. Conclusão

Existe uma correção natural das imperfeições das instituições que permite à mediação seguir a sua história retirando entraves de percurso e se manifestando, cada vez mais, como uma resposta efetiva e curadora dos males oriundos do conflito mal administrado.

Uma teoria relativamente nova conclama estudiosos para o aprofundamento gerador de clareamento e fortalecimento da mediação no sentido de proporcionar segurança e maestria àqueles que aceitam o desafio de favorecer a concórdia entre pessoas e grupos de pessoas que lidam no dia a dia com conflitos e suas consequências.

Faz-se necessário para tanto rever alguns conceitos e principalmente olhar com lupa a definição de mediação, para verificar os benefícios da dissociação do papel do Direito e da justiça orientada por normas legais e suas compartimentalizações jurídicas, em contraposição à vontade e realidade dos agentes de disputas e seus conflitos.

Incrementar a formalização superior de um estudo que ainda vem brotando como uma colcha de retalhos, transformando-o numa doutrina sólida e cada vez mais facilitadora dos processos de ADR, notadamente a Mediação.

Principalmente, legitimar e capacitar adequadamente profissionais atuantes na área, seja como mediadores ou professores de mediação.

Distinguir e separar os processos usados nos tribunais para resolver casos encaminhados para mediadores e conciliadores, através de uma criteriosa gestão de conflitos e seu fluxo saneador.

Também, interromper a torrente de disputas que vai para os tribunais insuflados pelo tratamento inadequado de conflitos retirados das mãos de seus protagonistas.

Conscientizar advogados da sua importante função como gestor do sistema resolutivo disponível, e, principalmente, na específica missão de educador quanto ao império do poder resolutivo das partes mediandas.

REFERÊNCIAS

FISHER, Roger; URY, William & PATTON, Bruce. **Getting to yes: Negotiating Agreement Without Giving in**. Local : Random House Business, 1999.

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

GROSSI, Herta. Mediação Online Assistida Sincrônica: tecnologia e acesso à justiça nos conflitos que envolvem relações continuadas. In: MARODIN, M; MOLINARI, F.(Orgs.). **Procedimentos em Mediação Familiar**. Porto Alegre : Imprensa Livre, 2017.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2014-nov-23/mudanca-cultura-litigio-mediacao-nao-basta>.> Acesso em 10 de julho de 2018.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação**: Uma solução judiciosa para conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MEDIAÇÃO: UMA VISÃO PÓS-MODERNA DO CONFLITO

Carlos A. Allegretti¹¹⁹

Introdução

Em tom coloquial, e em abordagem inicial, pode-se dizer que, quando alguém tem um problema pendente de solução com outra pessoa, grupo de pessoas, ou organização, seu primeiro ímpeto é procurar um advogado e judicializar uma demanda. Isto é, se há problemas interindividuais, intergrupais ou interinstitucionais, eles devem ser resolvidos pelo Estado, através do Judiciário. Esta é a nossa cultura, incentivada pela sociedade de competição, pelas Faculdades de Direito e pelo sistema jurídico: a cultura do litígio, na busca de solução de controvérsias. Pelo nível de deterioração do relacionamento interpessoal, a sociedade como um todo e as pessoas em particular enredaram-se numa teia normativa e já não se sentem capazes de, através do diálogo, resolver seus problemas, delegando a solução ao Estado, que se vale de “terceiros técnicos que sabem aplicar a lei aos fatos concretos”.

Com isso, e desde que ao Judiciário foi cometido, com exclusividade, o poder de dirimir litígios através de uma sentença e com

¹¹⁹ Carlos A. Allegretti. Mediador. Advogado. Especialista em Mediação e Metodologia do Ensino do Direito, Mestre em Direito, membro da CEMPR (Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB-RS. Mediador da Casa de Mediação da OAB-RS.

os sucessivos movimentos de acesso à justiça, com a expansão de órgãos judicantes, com criação de novas Comarcas e varas judiciais, com a instituição de juzizados especiais cíveis e criminais e com a possibilidade de os menos afortunados demandarem, através de organismos estatais (Defensorias Públicas estaduais e federais)¹²⁰, chega-se, no Brasil, a uma situação paradoxalmente insustentável. O que era para ser solução transformou-se em problema gigantesco. Pelos dados atuais fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, temos, hoje, cerca de 120 milhões de processos ativos. Isto significa que, se considerarmos que, em cada processo há ao menos duas partes, nós temos no Brasil um processo para cada brasileiro. O Poder Judiciário perdeu as condições de possibilidade de suportar essa demanda e a consequência mais visível é que um processo judicial pode levar de 5 a 15 anos para ser resolvido e isso fere todos os princípios constitucionais relativos ao tema: duração razoável do processo, dignidade da pessoa humana, direitos humanos.

Como alternativa, em face do quadro acima e a partir da edição da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), passa-se a falar, com mais segurança, em benefício da cidadania, sobre meios alternativos de tratamento de conflitos, inicialmente com a denominação de MASCS (Meios Alternativos de Solução de Conflitos), que são formas privadas de encaminhamento de soluções, que não dependem do Estado, mas da

¹²⁰ Sobre o assunto, veja-se mais em BOLZAN DE MORAIS, José Luís e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

vontade das partes (princípio de autonomia da vontade). Por esses meios alternativos, ao invés de delegarem ao Estado a “solução” do litígio, as partes se apoderam de suas vidas e de suas vozes e passam a buscar, por si mesmas, ou auxiliadas por terceiro por elas escolhido, imparcial e sem poder decisório, formas e caminhos para chegarem a um entendimento.

Seguindo uma salutar prática vivenciada nos Estados Unidos e na Europa, o Brasil fincou seus marcos regulatórios da Mediação e da Conciliação, a partir de Resolução nº 125/2010, do CNJ (Conselho Nacional da Justiça). Desde essa normatização precursora, edita-se a Lei nº 13.105/2015 (o vigente Código de Processo Civil, que regula a mediação pública) e, logo após, a Lei nº 13.140/2015 (mediação privada).

É importante ressaltar a importância e oportunidade da edição desses marcos legais da mediação e da conciliação, a exemplo do que já acontecera anteriormente com a Lei da Arbitragem, como fator de reconhecimento legal de que há outros meios que podem levar à solução de litígios, que não o recurso ao Poder Judiciário. Entre nós, começa-se a falar em mediação, conciliação e arbitragem no final da década de 70 do século passado¹²¹. Era, porém, difícil falar sobre esses temas, em face da descrença, desconfiança e resistência por parte dos advogados

¹²¹ O Autor lê, estuda e trabalha com Mediação desde 1980. Na época era quase nula a literatura brasileira sobre o tema. A primeira obra lida pelo Autor foi *La Mediazione* (CARRARO, Luigi. *La Mediazione*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1952), obra que pode também ser encontrada na biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS.

e demais operadores jurídicos. A conciliação, que era prática diuturna na esfera laboral, só passou a ser praticada nos juízos cíveis a partir da reforma do CPC de 1973. Hoje, é prática corriqueira. Além disso, a partir da legislação acima referida, o Judiciário, a OAB, outros órgãos de classe e a própria sociedade passam a se preocupar com o tema, buscando colocar em prática o que foi legislado.

No Rio Grande do Sul, a Mediação Processual já vem funcionando há algum tempo, principalmente na Capital e na grande Porto Alegre, com a instalação dos CEJUSCs (Centro Judiciário de Solução de Conflitos) nas varas judiciais, após a capacitação de mediadores em cursos patrocinados pelo Judiciário, nos moldes ditados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça). A Mediação Privada (familiar, empresarial, edilícia, etc.) está começando a se desenvolver, mas ainda patina em desconfiança de alguns setores que, mais por desconhecimento, temem perder mercado e renda¹²². Na verdade, a Mediação, que é a ciência do terceiro milênio, se descortina, no âmbito privado, como nova e rendosa profissão, que permitirá a seus adeptos viver dignamente com os rendimentos dessa atividade. Embora trabalhe com situações complexas, a mediação é um processo simples, que premia o princípio da autonomia da vontade, prima pela oralidade, pela celeridade e pela confidencialidade, entre outros atributos. É claro que, para se firmar, a mediação necessita de Mediadores bem formados e

122 Aqui, a referência é ao setor da advocacia. Via de regra, os advogados são refratários à Mediação. Aos poucos, todavia, com sucessivas edições de cursos informativos, como os propiciados pela Escola Superior de Advocacia e da Casa de Mediação da OAB/RS, onde o Autor é professor, a resistência vai sendo vencida e os operadores jurídicos vão se dando conta do limiar de nova e atrativa profissão.

éticos. Só uma capacitação eficiente, teórica e prática, aliada a critérios éticos rígidos, justificará a fixação de honorários pelos trabalhos, compatíveis com essas características.

Imperioso referir que o advogado é figura imprescindível no processo de mediação. O Mediador não julga, pois não é juiz, nem presta aconselhamento aos mediandos. Surgindo, no processo de mediação, questão jurídica relevante, cabe aos advogados do mediandos prestar assistência e aconselhamento, indicando os caminhos a serem seguidos. Assim, o advogado poderá atuar de duas formas, na mediação: como Mediador, ou como Assistente da parte. Num e noutro caso, ele deverá estar capacitado, pois tanto o Código de Processo Civil, quanto a Lei nº 13.140/2015, exigem advogados colaborativos e que os sujeitos processuais (juiz, promotor, advogado) pugnem pela solução pacífica das controvérsias.

O conflito

Quem fala em mediação tem que falar, necessariamente, em conflito. O conflito é o âmago, o ponto fulcral e a própria razão de ser da mediação. Em que pese isso, tem-se observado que a maioria dos cursos e obras escritas sobre o tema deixam a desejar nesse aspecto fundamental. Como observa Warat¹²³ *“as escolas de mediação, em sua grande maioria, estão fracassando como formadoras de mediadores. Elas se ocupam em proporcionar técnicas e rituais, um guia de formalidades, um receituário de boas recomendações, um*

¹²³ WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, 1ª ed., Florianópolis: Habitus, 2001.

planejamento para conseguir eu as partes possam chegar a um acordo. Formam conciliadores, negociadores, não mediadores". Isso ocorre porque a preocupação tem sido a de fornecer ao futuro profissional técnicas periféricas e estereotipadas de comunicação, um arsenal de regras de como comportar-se durante o processo de mediação. Por evidente, isso importa, e muito. O mediador deve saber como acolher os mediandos, como fazer uma pré-mediação, o que é e quando propor um "cáucus". No decorrer do procedimento, deve manter sua independência e imparcialidade e garantir isonomia aos mediandos, deixando-os tranquilos e confiantes. Isso lhe permitirá desenvolver a necessária empatia para que possa informar-se e ir além do relato dos atores principais, inteirando-se da causa primordial do conflito que desencadeou o litígio. Só desta forma ele conseguirá um adequado tratamento do conflito, para ajudar a transformá-lo (os conflitos jamais se resolvem, segundo Warat¹²⁴) e incentivar os mediandos a ressignificar o litígio, podendo, agora sim, solucioná-lo.

O conceito de conflito

Um caso corriqueiro trazido à colação por Mario Schilling¹²⁵ (adaptado pelo autor) pode ajudar na conformação conceitual do conflito: um profissional estava imprimindo um documento que deveria apresentar na manhã seguinte para a Diretoria quando acabou a tinta da

¹²⁴ WARAT, Luis Alberto. Op. Cit.

¹²⁵ SCHILLING, Mario Tomás. Manual de Mediación – Resolución de Conflictos, 2ª ed., Santiago de Chile: Editorial Cuatro Vientos, 2010.

impressora. Já irritado com o fato (o relógio marcava 18 horas), dirigiu-se rapidamente a uma loja que vende acessórios de informática, em um shopping. Depois de informar que necessitava de um cartucho de tinta preta para tal impressora, informando o código, recebeu do vendedor um envoltório plástico, pagou e retornou ao escritório para terminar a tarefa. No escritório, abriu o invólucro e tentou encaixá-lo no dispositivo da impressora. O cartucho não se adaptou, porque tinha uma saliência plástica no setor direito e a impressora, de modelo mais antigo, exigir cartucho com a saliência no centro. O que ocorreu? Nada, além do fato de lhe terem vendido o produto errado. Retornou à loja para trocar o produto e, explicado o fato ao vendedor, este lhe responde: - Não posso trocar o cartucho porque o invólucro está rompido! O profissional retrucou: - Não entendo sua lógica. É óbvio que, para dar-me conta que havia comprado o cartucho errado deveria abrir o envoltório! Irritado pelo mau atendimento, pediu a presença do gerente, que corroborou a posição do vendedor. O profissional estava a ponto de jogar tudo para cima, quando lembra que era um mediador e passou a negociar aplicando seus conhecimentos em resolução pacífica de controvérsias. Diz ao gerente: - Olha, entendo tua posição e tento me colocar em seu lugar. Peço que o senhor faça o mesmo e me indique uma solução que atenda nossos interesses recíprocos! Ao que o gerente responde: - Só posso dar-lhe uma solução à brasileira: com um alicate de corte, quebre a saliência do cartucho. Assim a impressora irá aceitá-lo!

Pode-se parar por aqui e não haverá dificuldade em verificar-se que comprador e vendedor estão envolvidos num conflito.

Ocorre que todos nós passamos pelo mundo da vida buscando realizar desejos, interesses e expectativas. Nossos desejos, interesses e expectativas, todavia, podem colidir com desejos, interesses e expectativas de outra pessoa. Está-se diante de um conflito, cuja ideia inicial é de choque, encontro de aspirações contraditórias.

Exemplos mais contundentes, mas não menos elucidativos, podem ser buscados em Morais e Spengler¹²⁶: *“No Oriente, explode uma bomba, matando dezenas de civis; em alguma sociedade, um casal litiga judicialmente pela guarda do filho; pais e filhos conflitam por ideias e valores, num exemplo típico de choque de gerações; patrões e empregados discutem aumento salarial”*.

Recentemente, Argentina e Inglaterra envolveram-se em guerra, na disputa pelas Ilhas Malvinas (ou Falklands).

Todas as situações acima relatadas indicam estados e formas conflitivas. Ainda com Morais e Spengler, definir conflito é tarefa árdua, tendo em vista suas diversas variantes: o conflito pode apresentar-se como social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações e pode, além disso, revestir-se de características étnicas, religiosas ou de valores.

Aprofundando-se o tema, encontrar-se-ão em outros autores aportes interessantes para a compreensão da complexidade e desenvolvimento das variáveis que envolvem a ideia de conflito.

¹²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de e SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem, op. Cit.

Em Berg¹²⁷, conflito é choque entre duas coisas, embate entre pessoas ou grupos, entre duas forças contrárias. O conceito, aplicado à realidade, significa um estado antagônico de ideias ou interesses, não passando de opiniões e situações divergentes ou incompatíveis. Para este pensador, o conflito, nos tempos atuais, é inevitável e sempre evidente. Entretanto, compreendê-lo e saber lidar com ele é fundamental para o sucesso pessoal e profissional.

Ana e Marc Burbridge¹²⁸ defendem que conflitos são naturais e, em muitos casos, necessários. São o motor que impulsiona as mudanças. No entanto, muitos conflitos são desnecessários e destroem valores, causando prejuízos. O principal desafio do gestor de conflitos é identificar os conflitos produtivos e gerenciá-los.

Chiavenato¹²⁹ leciona, por sua vez, que o conflito ocorre pela diferença de objetivos pessoais e é parte inevitável da natureza humana. Constituindo o lado oposto da cooperação, o termo está ligado ao desacordo e à discórdia. Desta forma, “*o conflito é muito mais do que um simples desacordo ou divergência: constitui uma interferência ativa ou passiva, mas deliberada, para impor um bloqueio sobre a tentativa de outra parte a alcançar seus objetivos*”.

¹²⁷ BERG, Ernesto Artur. Administração de conflitos: abordagens práticas para o dia a dia, 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012.

¹²⁸ BURBRIDGE, Anna e BURBRIDGE, Marc. Gestão de Conflitos – desafio do mundo corporativo, Porto Alegre: Saraiva, 2012.

¹²⁹ CHIAVENATO, Idalberto. Gestão de Pessoas e o novo papel dos recursos humanos na organização, 2ª ed., Rio: Elsevier, 2004.

O conflito, destarte, é uma situação de envolve um problema, uma dificuldade e pode resultar em confrontos entre duas ou mais partes, cujos interesses, valores e expectativas estejam em posições diferentes ou opostas. Esse conflito pode provocar uma simples troca de opiniões dentro de uma discussão, podendo evoluir para hipóteses mais graves, como o desforço pessoal ou o aniquilamento de uma das partes em confronto, indo *ultima ratio* à luta armada, pois há países que, ainda contemporaneamente, não conseguem resolver suas pendências antigas.

Quanto à forma como se apresentam, os conflitos são, basicamente, individual e social. O primeiro indica uma situação interna do indivíduo de ter que decidir entre duas situações opostas: mudança de emprego, mudança de curso, transferência para outra cidade/estado com a família, separação do casal, etc. Pode se apresentar, psicanaliticamente, num confronto entre o consciente e o inconsciente e nas situações que são identificadas simplesmente como estressantes, que fazem aflorar angústias e medos. O segundo, o conflito social, provém da própria estrutura da convivência em sociedade. Partindo da base de que ninguém é igual ao outro e que todos os indivíduos são seres únicos, com seus próprios interesses, desejos e expectativas, o viver em comunidade provoca confronto entre interesses, desejos e expectativas, o que significa, propriamente, o conflito. Desencontros, desigualdades econômicas, culturais e sociais, reclamações por abuso de autoridade ou de poder são, exemplificativamente, desencadeantes de conflitos sociais.

Berg¹³⁰ defende que existem três tipos de conflitos: pessoais, interpessoais e organizacionais. Conflito pessoal indica a forma como a pessoa lida com si mesma; são inquietações, dissonâncias pessoais do indivíduo, e reflete num abismo entre o que se diz e faz, ou contraste entre o que se pensa e como age. Esse tipo de conflito pode levar a determinados estados de estresse e atrito. Conflito interpessoal é aquele que ocorre entre indivíduos, quando duas ou mais pessoas encaram uma situação de maneira diferente. Embora boa parte dos conflitos sejam causados por processos organizacionais, a maioria dos atritos e desavenças são, todavia, de origem interpessoal, o que os torna mais difíceis de ser manejados. Podem existir ainda dentro dos conflitos interpessoais, o intragrupal (divergência numa mesma área, setor, etc.), e intergrupar (dissensão entre áreas, setores diferentes). Conflito organizacional não tem por base um sistema de princípios e valores pessoais, mas é o resultado das dinâmicas organizacionais em constante mudança, muitas delas externas à organização ou empresa.

Já Ana e Marc Burbridge¹³¹, por se dedicarem mais aos conflitos empresariais, reconhecem a existência de dois tipos de conflitos: o interno e o externo. Conflito interno é o que pode ocorrer entre departamentos ou unidades de negócios, mas sempre tem como raiz o conflito entre pessoas. Esse tipo é de certa forma o mais complexo, pois as partes conflitantes estão supostamente do mesmo lado da mesa e a maior parte dos custos é oculta. O conflito externo em geral é mais

¹³⁰ BERG, Ernesto Artur, op. Cit.

¹³¹ BURBRIDGE, Anna e BURBRIDGE, Marc, op. Cit.

facilmente identificado, e tem o custo mais fácil de ser medido. Nesse caso o conflito pode ocorrer com outra empresa, com o governo, outra organização ou até com um indivíduo. Em todos os casos onde há conflito há pessoas, onde há pessoas há emoções.

Chiavenato¹³² não destoa dos apontamentos acima, mas vale anotar sua percepção de que o conflito pode ocorrer em vários níveis de gravidade: a) o conflito é *percebido* quando as partes compreendem que o conflito existe, pois sentem que seus objetivos são diferentes dos objetivos dos outros e que existem oportunidades de interferência ou bloqueio. É chamado de conflito latente; b) o conflito é *experienciado* quando provoca sentimentos de hostilidade, raiva, medo, descrédito entre uma parte e outra. É chamado de conflito velado, pois não é manifestado externamente com clareza; c) o conflito é *manifestado* quando é expresso através de comportamento de interferência ativa ou passiva, por ao menos uma das partes. É chamado conflito aberto.

Não é objetivo do artigo esgotar as contribuições dos diversos autores consultados sobre a complexa tarefa de conceituar conflito, mas merecem referência os seguintes pensadores: em Vasconcelos¹³³, “o conflito é *dissenso e decorre de expectativas, valores e interesses contrariados*”, mas é inerente às relações humanas.

Na atualidade, existe enorme consenso em situar o conflito no contexto mais natural das relações humanas. É o que ensinam Vallejo e

¹³² CHIAVENATO, Idalberto, op. Cit.

¹³³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*, 3ª ed., São Paulo: Método, 2014.

Gestoso¹³⁴, verbis: *“En todas las relaciones, del tipo que sean (de pareja, familiar, social, deportiva, universitária, cultural, laboral...) se producen tensiones. Si esas tensiones son dominables e canalizables, estamos dentro de criterios de equilibrio y normalidad. Pero en determinadas situaciones estas tensiones no son fácilmente reconducibles. Ese enfrentamiento de intereses no controlados y de difícil concertación nos lleva a una posición de confrontación, e incluso de violencia verbal, de actitudes y hasta física; entonces estamos ante un conflicto disfuncional y perverso”*. Dito de outro modo, o que afirmam esses autores é que há um conflito “dominável”, onde as tensões se dissipam quando os interessados buscam a colaboração entre si, no sentido de encontrar caminhos e possibilidades de diminuição, transformação e, mesmo, na eliminação do conflito; um conflito torna-se “disfuncional”, quando descamba para a confrontação, para a violência verbal e para o desforço pessoal.

Teorias sociológicas do conflito

Antes de realizar incursões sobre as teorias sociológicas do conflito, cabem algumas perguntas que podem ser perturbadoras:

a) É função típica da Ciência do Direito debruçar-se sobre o estudo do conflito?

134 VALLEJO, Raúl de Diego e GESTOSO, Carlos Guillén. *Mediación – processo, táctias y técnicas*, 3ª ed., Madrid: Pirámide, 2012

b) A missão daqueles que militam na seara do direito é, unicamente, a de compor controvérsias que lhes são submetidas?

Desde que os seres humanos passaram a interagir uns com os outros, individualmente ou em grupos, esse fenômeno das relações humanas tem sido estudados pelas Ciências Sociais e outras, que pretendem encontrar uma teorização para o conflito e justificar sua gênese, manifestação e consequências. A Ciência do Direito não tem por objeto o estudo das razões da litigância típica, utilizando-se, para isso, da Sociologia do Direito e ciências afins, que são consideradas auxiliares.

O professor Humberto Lucena Filho¹³⁵, em percuciente artigo, traz importante contribuição para o estudo das teorias do conflito. Vale a pena ser brevemente analisado.

Do ponto de vista jurídico, utilizam-se como sinônimas as palavras conflito, controvérsia, contenda, litígio, aliadas, via de regra a interesses, pois estes podem gerar insatisfação e tensão. O processo é o meio hábil para instrumentalizar um direito material objeto de litígio, cabendo à Teoria Geral do Processo a delimitação dos conceitos de conflito e sua diferenciação da insatisfação, da pretensão e da lide. A primeira e de foro íntimo do indivíduo que é contrariado em seus interesses. É sentimento que pode ou não prosperar, de modo que nem sempre uma insatisfação se transforma numa pretensão. Esta é a

¹³⁵ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. As Teorias do Conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade, in <http://www.publicadireito.com.br/>. Lucena Filho é professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI – RN.

insatisfação materializada, a intenção manifestada de buscar a reparação por ofensa a interesse. Na lição de Carnelutti, a pretensão *é um ato, não um poder; é algo que alguém faz, não que alguém tem; uma manifestação, não uma superioridade de tal vontade*¹³⁶. Quando há resistência a uma pretensão, forma-se a lide, ou litígio.

Com isso se vê que não é o conflito que interessa, propriamente, ao Direito, mas a lide e suas consequências no sistema processual.

Para pensadores do campo da Sociologia, os conflitos podem ser estudados a partir de três vertentes: dimensão, intensidade e objetivos. Dimensão refere-se à quantidade de atores envolvidos na relação conflituosa, em relação ao restante da categoria (por exemplo, uma greve geral da qual participam todos os trabalhadores de uma empresa ou apenas parte deles). O exemplo é de Norberto Bobbio. Intensidade significa a disponibilidade de tempo e vontade que os atores têm para negociar, ou manter hígdas e inegociáveis suas pretensões. Objetivos diz respeito a resultados, a metas a serem alcançadas e as estratégias e meios de que os atores dispõem para chegar a tal mister.

Gestão do conflito ou resolução do conflito?

Segundo Marinés Suares¹³⁷, o bom ou mau não é o conflito em si, mas a forma como ele é encarado e o processo que se desenvolve a

¹³⁶ CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil, vol. 1, trad. De Adrián Sotero de Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999.

¹³⁷ SUARES, Marinés. Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2012.

partir dele, que pode torná-lo agudo e produzir verdadeiras guerras, ou propiciar seu manejo na busca de soluções.

A palavra conflito, ainda na lição de Soares, é frequentemente utilizada no interior do discurso da Psicologia, para referir uma realidade intrapsíquica. Na mediação, a palavra conflito se refere a situações interpessoais, ou seja, entre pessoas e entre estas e organizações, ou entre organizações. Ter-se-á sempre em conta o caráter relacional do conflito.

A propósito disso, é mister discutir-se a dicotomia conflito/litígio, partindo-se do princípio de que não significam a mesma coisa, não são vocábulos sinônimos. Mas andam sempre juntos, isto é, onde há conflito há litígio ou, dito de outro modo, se há um litígio é porque existe um conflito. O conceito de conflito é complexo, enquanto litígio dá a ideia do problema em si, semelhante ao velho conceito processual de “lide”, ou interesse contrariado. A forma como se mostram é diferente: o litígio aparece como grande relato das partes e sua apresentação é diversa, quer se trate estar o ator perante um juiz, ou diante de um mediador. O conflito é mais sutil e não se mostra em sua inteira dimensão num primeiro contato. Ele está velado, no seu caráter relacional, pelas condicionantes interpessoais, como vergonha, medo, interesses, raiva, entre outros. Destarte, o que geralmente aparece, numa primeira conversa, quando essa conversa é possível, é a interpretação do relato, isto é, o seu lado racional.

Por isso mesmo, a forma de tratar o conflito e o litígio são diferentes. Por ser necessário desvelá-lo, retirar-lhe os véus que o

obscurecem, o conflito interpessoal, relacional, deve ser tratado pelo mediador, que fará isso através das várias técnicas de que dispõe: escuta ativa, perguntas coerentes, resumos, *feedback*, desenvolvimento de empatia, entre outros. Não podendo sugerir formas de solução, o mediador intervirá diretamente no conflito, para tentar transformá-lo, fazendo com que os mediandos o resignifiquem. O mediador, então, atuará para transformar os sentimentos. Como diz Warat, o conflito não se resolve, mas se transforma¹³⁸. Já o conciliador intervirá diretamente no litígio, pois pode sugerir meios e formas de solução. Ao contrário do mediador, o conciliador está focado no acordo, mesmo que use técnicas de mediação. Por óbvio, principalmente numa visão mais atualizada do sistema multiportas de solução de controvérsias, nada impede que o mediador seja conciliador e vice-versa.

Encontra-se em Medina, Luque e Cruces¹³⁹ interessante estudo sobre o significado de resolver e gerir um conflito. Segundo os autores, resolver um conflito implica na redução, na eliminação ou na finalização do mesmo; gerir um conflito implica desenhar estratégias para minimizar as funções do conflito e maximizar os seus aspectos positivos.

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, vol. I, Florianópolis: Habitus, 2001
¹³⁹ MEDINA, Francisco J., LUQUE, Pedro J. e CRUCES, Serafín. Gestión del Conflicto, in JACA, Lourdes Munduate e DIÁZ, Francisco José Medina (coordenadores). Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación, Madrid: Pirámide, 2011

Coloca-se, então, como pertinente a interrogação feita acima: devemos falar em resolução de conflitos ou em tratamento e gestão deles?

A guisa de exemplo tome-se a situação hipotética de um magistrado que esteja numa audiência judicial, e no momento apropriado para a conciliação. Esse magistrado, se munido dos conceitos teóricos, práticas e estratégias da mediação e da conciliação, saberá que a condução do caso/litígio baseada na sua compreensão o habilitará a não apenas a encerrar a lide, mas também o conflito. Tratar-se-á de um juiz mais focado na gestão do conflito do que na lide em si!

Fabiana e Theobaldo Spengler¹⁴⁰ esclarecem que *preferem a expressão “tratamento de conflitos”, ao invés de “resolução”, baseados na premissa sociológica de que os conflitos sociais e suas causas não podem ser espargidos, eliminados ou elucidados pelo Judiciário*. Isto não implica que, em todo caso, não se possa, juridicamente, por fim a um conflito no caso concreto, especialmente se utilizadas as técnicas adequadas para que as partes saiam satisfeitas com as soluções encontradas. *Seria até ilógico afirmar, dizem eles, que mesmo após uma atuação de um juiz mediador ou conciliador e houvesse concordância plena dos envolvidos no conflito em encerrá-lo,*

¹⁴⁰ SPENGLER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. A possibilidade do tratamento de conflitos no âmbito do Judiciário por meio da Teoria dos Jogos. In Revista Desenvolvimento em Questão, vol. 7, nº 13, Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul. Fabiana é co-autora de Mediação e Arbitragem (op. Cit), com José Luiz Bolzan de Moraes.

mediante processo racional de convencimento, que a disputa ainda permaneceria.

Tirante algumas pequenas notas dissonantes, o que até aqui foi colacionado, advindo dos diversos pensadores referidos, vem ao encontro do objetivo do autor de que não se há de confundir os conceitos de conflito e litígio. É que alguns autores ainda resvalam na expressão “*resolução de conflitos*”, como se o conflito pudesse ser eliminado por consenso, ou na figura de um “*juiz mediador*”, o que é incongruente.

Warat¹⁴¹, repita-se, leciona que os conflitos nunca desaparecem: se transformam. O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e intervir nos sentimentos das partes. Ele deve auxiliar os mediandos, fazendo com que olhem para si mesmos e não para o conflito, isto é, olhem para seus sentimentos e não busquem interpretá-los. Quando as pessoas interpretam, escondem-se ou tentam dominar. Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem.

Por outro lado, quando da edição da Lei nº 13.140/2015, denominada Lei da Mediação Privada e da Lei nº 13.105/2015, o atual Código de Processo Civil, não houve mudança na denominação e nas funções dos agentes processuais: juiz continua sendo juiz; promotor continua sendo promotor; o advogado continua sendo advogado e as funções de mediador e conciliador são introduzidas no ordenamento processual para mediar ou conciliar. Mesmo que o juiz presida uma

141 WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, op. Cit.

audiência de conciliação e atue proativamente no sentido de obter um acordo, e essa função lhe é atribuída desde a reforma do diploma processual ocorrida em 1973 (na justiça laboral essa função remonta à edição da CLT), não significa, salvo melhor juízo, que ele possa mediar, ou que, mediadores e juízes, tenham se transformado em juízes-mediadores, porque estas funções são incompatíveis: quem medeia não julga e quem julga não medeia! E, quando se fala em mediação judicial pode-se perguntar: um juiz, que preside um processo, pode mediar no feito? Perguntando de outro modo, ele pode ser um juiz-mediador? A resposta parece óbvia: se ele vai julgar o feito, não pode mediar as partes; se mediar as partes, ou se, na conciliação, usar métodos e técnicas de mediação, estará impedido de julgar. E a razão é tanto simples, quanto complexa: um dos princípios basilares da mediação é a confidencialidade. Quando o mediador desenvolve a necessária empatia durante o processo e os mediados entendem o sentido e alcance da confidencialidade, os relatos dos atores são mais profundos e eles dizem mais do que diriam a um juiz que fosse julgar o feito. E isso não significa omissão de dados ou de verdades, mas que a reconstituição dos fatos feita nos grandes relatos das partes fica embaçada pela burocracia processual.

O tratamento adequado do conflito

Warat¹⁴² faz ao seu leitor um convite para *sentir o conflito*. “*Não se deve tentar entendê-lo, pois não conseguiremos fazer isso. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada e corremos o risco de agravar o problema*”. Por isso, para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador, por isso mesmo, não deve preocupar-se em somente intervir no conflito, para transformá-lo. Ele deve preocupar-se em intervir sobre os sentimentos das pessoas, fazendo com que elas consigam ver-se interiormente, sentindo seus sentimentos, renunciando à interpretação. A interpretação, aqui, para esse pensador, tem o sentido de que os sentimentos sentem-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos, mas as pessoas, em geral, fogem do silêncio e escondem-se no escândalo das palavras.

Prosseguindo na análise do pensamento *waratiano*¹⁴³, a mediação compreende uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

¹⁴² WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, op. Cit.

¹⁴³ WARAT, Luis Albeto. Em Nome do Acordo - A Mediação no Direito, Buenos Aires: Angra, 1998. Idem, ALMED, 1998.

A mediação, em Warat, é transformativa-humanista e não se preocupa com o acordo, ou, ao menos, com o acordo resultante de interpretações racionais. O consenso deve surgir do coração, dos sentimentos. Por isso, a mediação é um processo psíquico de reconstrução simbólica do conflito. Essa reconstrução simbólica possibilita o equacionamento do conflito e possibilita a reconstrução da autonomia dos envolvidos. Quando um conflito se dissipa, é porque os interessados envolvidos puderam reconstruí-lo simbolicamente e conseguiram transformá-lo por tê-lo sentido nesta forma de reconstrução. Reconstrução simbólica do conflito significa que os discursos das partes são privilegiados e eles, os mediandos, são considerados capazes e competentes para a decisão, pois passaram a ouvir um ao outro e a ouvir-se. Quem escuta ouve um sujeito que lhe fala e é reconhecido como dono de sua própria história.

No processo de reconstrução simbólica do conflito é essencial a atuação do mediador, porque ele trabalha no sentido de retirar do conflito sua pulsão destrutiva. Com isso ele faz com que os envolvidos vejam o conflito como espaço de reconstrução, de aprendizado e de autonomia. Note-se que, quando o conflito é judicializado, ocorre um meta-relato feito pelo procurador judicial sobre o relato da parte (a petição inicial). Por mais perfeita que seja a redação desta peça, o meta-relato estará sempre aquém das intenções, expectativas, pretensões e desejos da parte. Por outro lado, esta peça profissional não contempla o aspecto volitivo, reduzindo a desavença aos aspectos legais e burocráticos do ordenamento respectivo e do estatuto dos ritos.

Já na mediação, como um processo de reconstrução simbólica do conflito, os interessados tem a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que os auxilia com seus métodos, técnicas e mecanismos de transferências a que elas encontrem os caminhos da resolução, sem que o mediador participe da solução ou influa em decisões. A mediação, por isso mesmo, não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Nem mesmo tem como única finalidade a obtenção de um acordo, mas tem em mira, principalmente, ajudar os interessados a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas.

O conflito, portanto, não é desordem, nem perturbação social, nem um mal a ser evitado. Não é bom, nem ruim: é necessário e inerente ao ser humano. O conflito, como a utopia, faz com que as pessoas, os grupos sociais e os povos avancem. Sem ele, estaríamos ainda na “idade da pedra”. Ele é, portanto, primordial e deve ser encarado como instrumento maior da construção da autonomia.

Em consequência, o espaço da mediação é espaço de aprendizagem. O mediador chama ambos os lados do problema para que possam, trabalhando o conflito, elaborar a divergência a fim de reconstruí-la simbolicamente, ou seja, compreendê-la. Busca fazer com que os envolvidos olhem-se a partir do olhar do outro, reencontrando-se em suas pulsões de vida.

Considerar o conflito como espaço de aprendizagem, elaborando as divergências a fim de reconstruí-las simbolicamente é o que o autor deste artigo pretende denominar de “*tratamento adequado do conflito*”. Esse tratamento adequado implica na possibilidade de abordagens através do *sistema multiportas*, em substituição aos tradicionais MASCs, MESCs, etc., que se identificam por serem “*meios de solução de conflitos*”.

Explica-se: um mediador que se qualificou para o exercício desta atividade profissional, é também um negociador e um conciliador, que maneja com proficiência a teoria do conflito e conhece a arbitragem, isto é, os meios não jurisdicionais de abordagem dos litígios. Sendo ele o condutor do processo, cabe-lhe decidir se sugere, ou não, o uso de um dos meios específicos de tratamento do conflito que fazem parte do sistema multiportas: negociação direta, negociação assistida, conciliação ou mediação. Cabe-lhe, também, até por dever de consciência, sugerir o recurso à arbitragem caso entenda, pelos relatos iniciais e pela fraca disposição das partes em discutir e resolver os seus problemas, que a mediação ou a conciliação não levarão a nenhum resultado prático. Dito de outro modo, o mediador não deve se transformar num dogmático, com pensamento verticalizado e cartesiano, que o impeça de alternar a ferramenta de seu trabalho ante determinada circunstância que se apresente. Todos os métodos alternativos são eficientes, quando bem manejados e dadas as circunstâncias. Atualmente, nos Estados Unidos se admite pacificamente, por exemplo, que o mediador esteja focado no acordo, sugerindo, nas sessões de mediação, formas de consenso e objetivos que

devem ser perseguidos. Esse é um dos métodos que se estuda no Brasil, com a denominação de Escola de Harvard, onde um dos expoentes é William Ury e seu ensinamento se aproxima muito da negociação assistida. O mediador deve ter um só cuidado: quando entende oportuno variar de metodologia, dentro do sistema multiportas, deve buscar o consenso com os mediandos, já que a mediação é um processo de escolha, onde impera soberano o princípio da autonomia da vontade.

É nesse aspecto que se pode fazer forte crítica ao atual Código de Processo Civil brasileiro, quando condiciona a escolha entre mediação e conciliação com base única na existência de relacionamento anterior entre as partes. O art. 165, § 2º, do CPC determina que se opte pela conciliação, quando não houver vínculo anterior entre as partes e o conciliador poderá sugerir soluções. Já o § 3º do mesmo artigo indica que se opte pela mediação, quando houver vínculo anterior entre as partes e o mediador não sugere formas de soluções, mas auxilia as partes pelo restabelecimento da comunicação entre elas.

Ora, sabidamente os conflitos provêm de diversas fontes, que condicionam tanto seu conteúdo, quanto a forma de abordagem dos mesmos. Os conflitos são situações em que duas ou mais pessoas entram em oposição ou desacordo, porque suas posições, interesses, necessidades, desejos ou valores são incompatíveis, onde tem papel importante as emoções e os sentimentos e onde a relação entre as partes pode sair robustecida ou deteriorada em função de como seja o processo de abordagem do conflito¹⁴⁴. Neste conceito pode-se encontrar as

¹⁴⁴ VALLEJO, Raúl de Diego e GESTOSO, Carlos Guillén, op. Cit.

principais fontes do conflito: falta de informações ou informações errôneas; existência ou não de relacionamento entre as partes; diferentes opiniões do que é ou não importante (valores); emoções intensas e percepção errônea de estereótipos; valores e posições assumidas pelas partes. Nesse quadro, é importante observar-se as variáveis que influem no uso das técnicas de mediação, ou outra ferramenta do sistema multiportas:

- a) Desenvolvimento do conflito e o momento da entrada do mediador;
- b) Capacidade demonstrada pelas partes em resolver suas próprias disputas;
- c) Igualdade de poder entre os mediandos;
- d) Procedimentos de negociação usados pelas partes e, quando presentes, seus advogados ou consultores;
- e) Complexidade das questões negociadas
- f) O papel do mediador, os tipos de intervenção e estimativa do tempo de duração do processo.

Com base nessas variáveis, o mediador definirá seu papel no conflito e estimará o tempo de duração do processo, em conjunto com os mediandos. É de bom tom que se inicie, sempre, com as ferramentas da mediação, até para que o mediador tenha uma ideia mais segura sobre a complexidade da questão, da intenção que as partes demonstram para solucionar seus problemas, quais procedimentos de negociação usam e se há equivalência de poder entre elas. Dito de outro modo, o mediador deve se certificar de que as partes estejam cientes da confidencialidade do processo e, com isso, estejam dispostas a

colaborar umas com as outras, usando de procedimentos éticos de negociação, sendo assegurada pelo mediador a igualdade de poder entre elas.

Considerações Finais

O objetivo deste artigo não foi o de formular um tratado sobre o conflito, mas de enfatizar que um mediador não pode desconhecê-lo em sua origem e nas suas consequências, para bem exercer o seu humano e necessário para a evolução da sociedade, quando ele toma forma anômala, podendo transformar-se em violência ou agressão, o mediador não deve preocupar-se com a sua solução, mas com sua gestão, no sentido de que seu foco principal não é um acordo racional; sua preocupação maior deverá ser entender os sentimentos das partes e trabalhar para transformá-los, procurando fazer com que os atores consigam ver-se mutuamente e sentir, cada um deles o sentimento do outro. Por fim, buscou-se enfatizar que os termos conflito e litígio não são sinônimos, embora andem juntos, para traçar, inclusive, na diferenciação conceitual, o âmbito de atuação de cada um dos agentes operacionais do sistema multiportas de gestão de conflitos.

A cobiça por **poder** e riqueza, as desigualdades sociais e as expectativas de obter melhor posição social sempre levaram à formação de grupos distintos, mas com interesses em comum, que buscam esses interesses a despeito de essa busca conflitar com os interesses dos outros. A teoria do conflito, portanto, carrega um alto e constante potencial para rivalidades e dissensos.

Sem olvidar escritos e pesquisas produzidas por pensadores da Psicologia e da Psicanálise sobre o conflito, de Freud e Lacan e por profissionais de outras áreas, como a empresa, a escola e o próprio direito, há que se prestigiar a perspectiva de que o conflito é uma das principais tradições da Sociologia. De Marx a Durkheim, passando por Simmel a Giddens, por teorias feministas, teorias de gênero, teorias modernas, críticas e pós-modernas, a Sociologia estuda a importância do conflito nas estruturas sociais, pois os conflitos produzem tensões que, eventualmente, eclodem em violência.

A par dos estudos acima, existem muitos outros tipos de teoria do conflito social, como a teoria sobre gênero, a teoria pós-colonial, a teoria pós-estruturalista e a teoria dos sistemas mundiais. Cada uma apresenta uma abordagem diferente para a ideia fundamental de conflito: a luta entre duas classes para alcançar riqueza, poder ou um bem desejado.

Ao lado desses estudos e teorias, há que se referir o foco sociológico dos direitos humanos e transformação dos conflitos. A construção da paz está diretamente ligada às habilidades e práticas relacionadas com a transformação dos conflitos, porém, sem deixar de considerar os direitos humanos, sem desprezar a educação para a paz, que deve incluir o desenvolvimento de habilidades, o domínio de técnicas e a construção de atitudes não-violentas.

Com importantes contribuições para a construção da paz, do consenso e da outridade aparece a Mediação que, passo a passo vem se impondo, mercê da sua cultura e dos princípios dessa cultura. A base

principlológica da cultura da Mediação foi levantada por Munné e Mac-Cragh¹⁴⁵ e são os seguintes: a) A humildade de admitir que muitas vezes se necessita ajuda externa para poder solucionar as próprias dificuldades; b) Assumir a responsabilidade por seus próprios atos e suas conseqüências; c) Respeito por si mesmo na busca de seus desejos, necessidades e valores; d) Respeito pelos outros, na compreensão de seus desejos, necessidades e valores; e) Necessidade de privacidade nos momentos difíceis; f) O reconhecimento de que os momentos de crise e de conflitos são inerentes à pessoa; g) A compreensão de que o conflito produz sofrimento; h) A crença nas próprias possibilidades e nas possibilidades do outro para abordar o conflito; i) Criatividade sobre uma base de realidade; j) A capacidade de aprender nos momentos difíceis e a aposta num avanço que nem sempre se pode ter através de caminhos planos.

Esses princípios vêm ao encontro de uma linha da Mediação que insere no seu conceito a busca da paz. Essa ideia funciona como uma interface entre diferentes abordagens para a promoção de mudanças sociais e persegue a paz justa. O conceito de paz justa considera que a paz alcançada de forma violenta contribui para maiores injustiças e violações aos direitos humanos, sendo, portanto, de todo improvável que tenha sustentabilidade e que atenda às necessidades básicas inerentes aos seres humanos. A paz justa é, portanto, aquela alcançada sem uso de coação, coerção ou qualquer meio violento. A paz sem

¹⁴⁵ MUNNÉ, Maria e MAC-CRAGH, Pilar. Los 10 Principios de la Cultura de Mediación, Barcelona: Graó, 2006.

justiça é insustentável. Pacificar implica em reconhecer a importância dos esforços para a redução da violência, saber reconhecer e respeitar as diferenças, estabelecer relacionamentos construtivos, que não envolvam práticas opressivas, reduzir a violência, praticar a não-violência. Pacificar é oferecer estímulos para prosseguir nessa trajetória que propicia uma profunda transformação nas estruturas, culturas, paradigmas e valores da sociedade.

Em Warat¹⁴⁶, no entanto, essa paz mediada não será atingida se o mediador não conseguir deixar o problema fervendo. *“Aquele que é incapaz de abrir, completamente, a porta do inferno, será incapaz de abrir, completamente a porta do céu, que passa pelo inferno. A função do mediador começa por aí”*.

Por fim, o essencial, na cultura da Mediação é integrar o conflito à vida.

Referências

ALLEGRETTI, Carlos A. Mediação – aportes iniciais (art.), in ALLEGRETTI, Carlos e GRANDO, Gerônimo (org). INSTITUIÇÕES: Gestão e Mediação, 1ª ed., Porto Alegre: Evangraf, 2015.

BERG, Ernesto Artur. Administração de conflitos: abordagens práticas para o dia a dia, 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís e SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, op. Cit.

BURBRIDGE, Anna e Marc. *Gestão de Conflitos – desafio do mundo corporativo*, Porto Alegre: Saraiva, 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de Pessoas e o novo papel dos recursos humanos na organização*, 2ª ed., Rio: Elsevier, 2004.

MEDINA, J. Francisco, LUQUE, Pedro J. e CRUCES, Serafín. *Gestión del conflicto*, in JACA, Lourdes Munduate e DÍAZ, Francisco José Medina (coord), *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2011.

MUNNÉ, Maria e MAC-CRAGH. *Los 10 Principios de la Cultura de la Mediación*, Barcelona: GRAÓ, 2006.

SCHILLING, Mario Tomás. *Manual de Mediación – resolución de conflictos*, 2ª ed., Santiago de Chile: Editorial Cuatro Vientos, 2010.

SUARES, Marínés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires: Paidós, 2012.

VALLEJO, Raúl de Diego e GESTOSO, Carlos Guillén. *Mediación – processo, tácticas y técnicas*, 3ª ed., Madrid: Pirámide, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*, 3ª ed., São Paulo: Método, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*, Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. *Em Nome do Acordo. A Mediação no Direito*, Buenos Aires: Angra, 1998.

A MEDIAÇÃO NO DIREITO E O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS JURÍDICOS

*Tatiana de Marsillac Linn Heck*¹⁴⁷

*Lausiane Luz de Saboya*¹⁴⁸

Sumário: 1. Introdução. 2. A mediação no direito. 3. Conceito de mediação. 4. Mediação não é direito, nem psicologia, é mediação. 5. A mediação a serviço do direito. 6. Operacionalidade da Mediação: a relação entre os princípios e as ferramentas. 7. Conclusão.

Resumo: O conceito de mediação, a sua natureza transdisciplinar e a sua distinção em relação ao direito e à terapia são objeto deste trabalho, que busca chamar a atenção para as ricas possibilidades trazidas pela mediação ao ser introduzida como inovação na legislação brasileira. Também, ao tratar dos princípios da mediação, hoje positivados, busca demonstrar que sua preservação opera no sentido de garantir a adequada prática da mediação, de modo que possa trazer à sociedade os benefícios decorrentes da plena realização de suas potencialidades.

Palavras-chave: Mediação. Conceituação. Transdisciplinariedade. Princípios.

Abstract: The concept of mediation, its transdisciplinary nature and its distinction to law and therapy are the object of this work, which brings attention to the rich possibilities brought by mediation when introduced into Brazilian law like innovation. Also, in dealing with the principles

¹⁴⁷ Advogada da União, Mestre em direito, Mediadora certificada pelo ICFML, Membro da Comissão Especial de Mediação OAB-RS.

¹⁴⁸ Advogada, Mestranda em Direito de Empresa e Negócios, pós-graduada em Administração e Direito Público, Membro da Comissão Especial de Mediação OAB-RS

of mediation, it seeks to demonstrate that its preservation operates to ensure the proper practice of mediation, so that it can bring to society the benefits arising from the full realization of its potentialities.

Key words: Mediation. Conceptualization. Transdisciplinarity. Principles.

1. Introdução.

A partir da Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, e do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.205/2015, a mediação passa a integrar o sistema jurídico brasileiro, trazendo essa inovação legislativa a consagração dos princípios da mediação como princípios assegurados pelo direito positivo, e que por isso devem ser observados no tratamento dos conflitos¹⁴⁹. Entretanto, decorridos mais de três anos desse importante aporte ao ordenamento jurídico pátrio, a sociedade parece que ainda não se percebeu do alcance da revolução que representa. A verdade é que, hoje, no Brasil, o alcance e a profundidade da mediação ainda são estranhos à maioria da comunidade jurídica. A grande revolução trazida pela mediação no tratamento jurídico dos conflitos só vai se revelando aos poucos, à medida que, e se, a comunidade jurídica se apropriar do conteúdo dos conceitos relacionados ao novo tema. Se isso não ocorrer, se a mediação for desvirtuada por ser mal compreendida, será desperdiçada a grande oportunidade de

¹⁴⁹ No Brasil, a mediação foi gradualmente se aproximando do sistema jurídico, primeiramente por força da Resolução 125/2010 do CNJ, até que, em 2015, duas leis consagraram seus princípios, agora literalmente inseridos em nosso sistema jurídico, por força do Código de Processo Civil, e também da legislação específica, Lei 13.140, que além de prever a mediação como forma de solução consensual de conflitos entre particulares, trouxe a mediação para dentro da Administração Pública.

humanização do direito, por meio de um recurso que possibilita ao conflito e às partes uma nova e bela dimensão transformativa.

2. A mediação no direito

O direito, até hoje, tem cumprido bem a função de evitar que a justiça seja feita por mão própria. Segundo a boa definição de João Maurício Adeodato, a missão do direito é a estabilização institucional da intersubjetividade¹⁵⁰. E há nobreza nessa missão, visto que a alternativa seria o uso da força própria ou o caos social. Em virtude disso, por meio da internalização da mediação, o direito pode ser alçado, no próximo milênio, a um novo patamar, no qual ele venha a transformar o conflito em algo que aproxime as pessoas, fortaleça a cidadania e os vínculos entre os cidadãos. Para isso, entretanto, deverá estar afeito à plena e adequada utilização da mediação.

É necessário esse alerta, uma vez que a comunidade jurídica encontra-se diante de uma imensa responsabilidade de compreender o instituto da mediação a fim dela lançar mão de maneira oportuna. Conforme Alfredo Augusto Becker, o Direito, ao recepcionar em seu mundo um princípio, conceito ou instituto de outra ciência pré-jurídica, deforma-os e transfigura-os, deixando-os com um conteúdo jurídico distinto daquele conteúdo original que ele possuía¹⁵¹. O Direito elabora, em segunda mão, muitos princípios e conceitos, que já lhe

¹⁵⁰ Apud VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 211

¹⁵¹ Apud BATISTA Jr., Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 94.

chegam trabalhados por outros saberes, no entanto, ele nunca os aproveita sem sujeitá-los a nova reelaboração, em harmonia com certas necessidades jurídicas. O que Bandeira de Mello aponta como “deformação teleológica que os conceitos e princípios sofrem no direito”¹⁵².

O que atualmente preocupa aqueles (ainda poucos) conhecedores da mediação é que a sua má utilização, além de impedir a realização plena de suas possibilidades, possa vir a fracassar o mecanismo consensual, sem que ao menos tenha sido efetivado a serviço da sociedade em ampla escala. Por isso, a urgência em que os operadores do direito, tanto aqueles que já atuam no mercado de trabalho, como alunos das universidades, de cursos de extensão, de especialização, de pós graduação, passem a dedicar-se ao conhecimento e aprofundamento do tema, a fim de proporcionar à comunidade jurídica e à sociedade em geral a devida apropriação da mediação como ferramenta a serviço da sociedade. Esse cuidado é no sentido de que somente atue em mediação, tanto na função de mediador, como na função de advogado assessor da parte, quem tenha adquirido o conhecimento necessário ao bom desempenho no procedimento consensual.

3. Conceito de mediação.

A mediação é o procedimento pelo qual o mediador, como terceiro imparcial, volta-se ao estabelecimento ou resgate da boa comunicação entre os mediandos, de modo que, utilizando-se de uma

¹⁵² Apud Batista Jr., Obra citada, p. 94.

comunicação verdadeira, as referidas partes possam, partindo de um conflito, desconstruí-lo e construir uma solução que atenda satisfatoriamente os interesses de ambos. O foco será na perspectiva do futuro e baseado nas relações já existentes, buscando dirimir a raiz do problema e manter o vínculo entre os mediandos. Essa poderia ser uma forma inicial de nos aproximarmos da mediação, que deve ser reconhecida como um saber complexo. Mas se há de advertir: mediação é muito mais que isso.

Carlos Eduardo de Vasconcelos bem descreve o procedimento de mediação:

Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiros mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, contextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo¹⁵³

Ainda segundo o autor, a mediação reúne uma ampla gama de conhecimentos, advindos de outras áreas do saber, o que lhe confere caráter trans ou interdisciplinar:

A mediação é tida como um método dialogal e autocompositivo, no campo da retórica material e, também, como uma metodologia, em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da

¹⁵³ VASCONCELOS, Obra citada, p. 57.

comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas¹⁵⁴.
(VASCONCELOS, 2015, p. 57)

A doutrina estrangeira vai ao encontro dessas definições, de acordo com a concepção das autoras argentinas Maria Helena Caram, Diana Teresa Eilbaum e Matilde Risolia¹⁵⁵:

La práctica de la mediación como el proceso en el que un tercero neutral, a solicitud de las partes, los asiste en una negociación colaborativa, en la que sus diferencias son replanteadas en términos de intereses, a fin de que puedan ellos mismos, tomar una decisión satisfactoria con relación a ellos.

Também o autor Rubén A. Calcaterra¹⁵⁶:

La mediación es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control del intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas.

Assim, vê-se que mediação não é puramente direito, que é algo que está além do direito, e que, agora sacralizada por nossa legislação, poderá em muito auxiliar no tratamento dos conflitos em nossa sociedade, com uma lógica voltada à cultura da paz.

¹⁵⁴ VASCONCELOS, Obra citada, p. 57.

¹⁵⁵ CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLIA, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2010.

¹⁵⁶ CALCATERRA, Rubén A. *La Mediación como processo grupal*. 12º Congreso Internacional de Psicoterapia de Grupo. Buenos Aires, 1995. In: *Mediación Estratégica*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2011. P. 32

4. Mediador não é juiz nem psicólogo, é mediador.

A mediação não se limita ao raciocínio silogístico do direito, que não leva em conta a relação, a comunicação entre as partes nem a autonomia das partes em se autodeterminarem. Enquanto o direito se ocupa dos fatos e sua subsunção às normas, a mediação se ocupa da percepção dos fatos pelas partes, e trabalha a partir dessa percepção como forma de acessar os sentimentos envolvidos na questão, que também estão relacionados com os interesses subjacentes às posições assumidas inicialmente pelas partes.

De outro lado, apesar de levar em conta os sentimentos, a mediação também não é tratamento psicológico. Segundo Angelica Maria Ruiz Mello, que diferencia mediação e terapia, esta vem a ser técnica que visa aprofundar temas psicológicos e subjetivos, num processo mais longo, tratando de assuntos amplos, focando no passado, presente e futuro e visando a promover “mudanças mais profundas na forma como os sujeitos estruturam a sua personalidade e manifestam seus desejos e emoções”¹⁵⁷. Ainda segundo a autora, a terapia traz uma abordagem subjetiva dos pacientes, buscando tratar as dificuldades, os

¹⁵⁷ MELLO, Angelica Maria Ruiz. Por que a mediação não é terapia? Semelhanças e diferenças de cada processo. In: Manuais dos cursos de Mediação Civil e de Família do Programa de Formação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em:

Sep

21 <http://nupemectjrs.blogspot.com/2015/09/por-que-mediacao-nao-e-terapia.html>, acesso em 21/06/2018

bloqueios e o sistema de crenças trazidos em revelações por meio de conteúdos conscientes e inconscientes¹⁵⁸.

Já a mediação trabalha a partir de um conflito específico em que o indivíduo está vivendo perante outro(s), tendo como objetivo buscar as implicações subjetivas a ele relacionadas, mas de modo a, dentro dos limites da capacidade do indivíduo, buscar direcionar os seus melhores recursos subjetivos em uma nova abordagem em relação ao conflito específico. Ainda segundo Angelica Mello, mediação, assim, é um processo breve, objetivo, na qual o mediador, como terceiro imparcial, irá auxiliar os mediados a restabelecer a comunicação e, através desta, buscar uma possibilidade de solução de seu conflito. Diferente da terapia, na mediação os sentimentos e emoções não constituem seu enfoque principal¹⁵⁹.

Além disso, como bem salienta a autora, a mediação inclui aspectos legais que podem influir no andamento do seu processo e na tomada de decisão¹⁶⁰. E é por isso, que ainda, que utilize técnicas da psicologia, em especial da psicoterapia, como apontam os autores Fernanda G. Muller, Adriano Beiras e Roberto M. Cruz¹⁶¹, ao utilizá-

¹⁵⁸ MELLO, Angelica M. R. Obra citada.

¹⁵⁹ MELLO, Angelica M. R. Obra citada.

¹⁶⁰ MELLO, Angelica M. R. Obra citada.

¹⁶¹“tais como a sumarização positiva, o resumo e o enquadre, amplia e torna mais compreensíveis as diversas mensagens e mostra a importância da escuta não nervosa, da interpretação do que está por detrás do discurso, da linguagem corporal” MULLER, Fernanda G; BEIRAS, Adriano e CRUZ, Roberto M. O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina. *in*: Aletheia n.26 Canoas dez. 2007 disponível em:

las dentro dos limites da lei para tratar dos conflitos jurídicos, que a mediação demanda compreensão a partir da visão sistêmica, que é a visão do todo, em que se leva em conta o conjunto para uma abordagem completa na forma de resolução dos conflitos. Como apontava Warat, a mediação abrange o todo:

A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como **conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas**. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem, simbolicamente, a relação conflituosa.¹⁶² (grifado)

Para Warat, quando os juristas falam de conflito, reduzem-no à figura do litígio, cuja resolução não é suficiente:

Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa); desse modo, o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro¹⁶³.

Segundo Antônio Carlos Osório Nunes:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942007000200016 acesso em 21/06/2018

¹⁶² WARAT, Luís Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Volume III. p. 60

¹⁶³ WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: O ofício do mediador. Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p. 61.

Mediar não é só promover acordos, numa lógica de causalidade simples, que somente reconhece o desacordo com fato gerador do conflito (...). Mediar é ir além, é pacificar, conflitos pequenos ou grandes, simples ou não, com a lógica da complexidade, levando-se em conta a natureza humana, o binômio razão e emoção, o passado e o futuro, os sentimentos e as necessidades; enfim, as causas e os contextos que o geraram. Aqui não se trabalha quantidade e sim qualidade¹⁶⁴.

Diante disso, vê-se que o mediador não deve atuar como juiz, de modo a decidir a questão para as partes, mas também não é terapeuta, não devendo focar os aspectos psicológicos, mediador é mediador, que trabalha as questões psicológicas de modo a auxiliar as partes a, por si mesmas, encontrarem a melhor solução ao seu conflito nos limites da lei. Essa natureza peculiar da mediação, como instituto transdisciplinar, formado por várias áreas do conhecimento deve ser reconhecida para sua plena e adequada compreensão. Se no direito os conflitos são tratados por meio do enquadramento do fato na norma legal, e a partir daí, a discussão se trava a respeito de que parte é abrigada pela lei, sendo apenas considerados os fatos previstos nas normas, viu-se que a mediação aprimora o tratamento do conflito porque vai além, levando em conta a subjetividade das partes, e trazendo à discussão as nuances do conflito que não estão abrigadas pela lei, mas se encontram na subjetividade das partes e, por que não, na esfera psicológica, e por isso demandam tratamento adequado mediante utilização de ferramentas psicoterapêuticas.

¹⁶⁴ NUNES, Antônio Carlos. Manual de mediação: Guia prático da autocomposição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

Todavia, um aspecto importante é atentar para o fato de que, apesar de a mediação não operar apenas com os recursos objetivos do direito, ela ocorre nos limites da lei, já que a solução encontrada não poderá contrariar as normas legais. Por isso a importância da participação dos advogados no assessoramento jurídico das partes, pois o mediador não necessariamente deve ter o conhecimento profundo do modo como o direito regula o tema sobre o qual está versando a mediação. Os advogados que assessoram as partes é que deverão ser especialistas na questão jurídica, tendo a tarefa de trazer à luz, dentro do procedimento de mediação, os aspectos legais específicos aplicáveis ao caso concreto e às questões jurídicas que estão sendo definidas.

O direito, assim, coloca a sua moldura na mediação, que pode se valer das possibilidades oferecidas pela lei, mas deve ocorrer sempre dentro dos seus limites, na medida em que as vedações legais impostas devem ser observadas (como por exemplo no caso de direitos fundamentais que não podem ser renunciados, ou como a mãe que não pode abrir mão dos alimentos para o filho, e muitos outros exemplos) sob pena de ilegalidade do acordo.

5. A mediação a serviço do direito

Nesse amálgama formado pelo ambiente legal, com a utilização de ferramentas da psicoterapia, em que são agregados também conceitos e recursos de outros saberes, como comunicação, sociologia, antropologia, filosofia, e outros mais, o que os juristas devem ter em mente ao encararem o tema, é que a mediação traz em si muitos

elementos, não jurídicos, que devem ser adequadamente apreendidos para que o cerne do instituto seja preservado. Assim, o operador do direito que desejar tornar-se também mediador deverá abrir-se para estas outras áreas do conhecimento, a fim de ampliar seu conhecimento e apropriar-se das técnicas e ferramentas necessárias para atuar de maneira nova e distinta, de modo a auxiliar as partes a construir soluções adequadas aos seus conflitos.

Warat aponta que, em mediação, lança-se mão de algo além da racionalidade. Que o mediador deve sentir o problema, não compreendê-lo. Segundo esse mestre e inspirador, quem exerce a função de mediar precisa estar ligado com a vida: “A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência.”¹⁶⁵. Ao que Carlos Eduardo de Vasconcelos com sabedoria acrescenta: “E é, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.”¹⁶⁶

Até aqui, dito o que não é mediação, não sendo nem apenas direito, nem somente psicologia, cabe dizer como ela opera e como poderá existir no mundo jurídico, que agora consagrou os seus princípios, sem perder a sua riqueza, que finca raízes na subjetividade.

Desta maneira, dever-se-á entender a mediação como o enfoque do conflito em nível profundo, de modo a propiciar que as partes compreendam, a partir dos seus relatos, em primeiro lugar elas próprias,

¹⁶⁵ WARAT, Luis Aberto. Obra citada, p. 31.

¹⁶⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo, Obra citada, p. 57.

as razões para desejarem determinada solução, que a princípio encontra resistência da outra parte – nunca chamada parte contrária¹⁶⁷ –, de forma a permitir que os verdadeiros interesses venham à tona durante a mediação. O mediador conduz o processo de modo que as partes, escutando e compreendendo a si, e ao outro, passem a compreender melhor suas necessidades, assim como as necessidades do outro, assumindo, cada uma, atitude de colaboração, o que propicia a construção conjunta do consenso pelas partes, de modo que a solução encontrada contém a participação de todos os envolvidos. Caso o procedimento de mediação seja bem conduzido, levará ao melhor acordo possível para aquele determinado momento e para aquelas determinadas partes. Simples assim.

6. Operacionalidade da Mediação: a relação entre os princípios e as ferramentas

Ainda que a lei não tenha descrito o procedimento de mediação, nem elencado as ferramentas a serem utilizadas, ao arrolar os princípios que regem a mediação e conciliação no ambiente jurídico, o fez de modo a preservar a sua essência. Os princípios constantes na lei têm relação com as ferramentas utilizadas no procedimento, e a preservação dos mesmos dificultam que a mediação seja deturpada, ainda que também não assegurem por si sós que ela se dê adequadamente.

¹⁶⁷ Na mediação os mediandos não atuam como adversários, mas com corresponsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Dai por que se dizer que a mediação é procedimento não adversarial. Cfe. Carlos Eduardo de Vasconcelos, Obra citada, p. 57.

O grande mérito dos princípios da mediação previstos na legislação brasileira¹⁶⁸ é buscar preservar o cerne do instituto, assegurando o emprego das ferramentas, que consistem no percurso que deve ser trilhado pelo mediador para propiciar a criação de um ambiente onde possa ocorrer a mediação, com o devido protagonismo das partes na construção do consenso. É preciso relacionar o papel dos princípios com as ferramentas da mediação, abordando tanto como as ferramentas tem lugar por meio deles, como são afastadas caso eles sejam abolidos, o que serve também para explicitar de forma clara sua relação intrínseca.

Os princípios constantes da legislação se referem tanto ao mediador (imparcialidade, independência), como às partes (autonomia da vontade, isonomia, boa-fé, decisão informada, consensualismo) como ao procedimento em si (oralidade, informalidade, confidencialidade), e estão a serviço das ferramentas, de modo assegurar que ocorra mediação, e não outra coisa.

Desse modo, a imparcialidade do mediador está a serviço do protagonismo das partes, que devem construir o consenso a partir da sua própria atuação na mediação, conduzida pelo mediador de modo apenas a oportunizar um ambiente de respeito no qual a comunicação seja restaurada e não haja desequilíbrio entre as partes, a fim de que os interesses de todos os envolvidos sejam atendidos pela solução encontrada. Caso não haja imparcialidade do mediador, isso favorecerá

¹⁶⁸ Art. 166 CPC e art. 2º da Lei de Mediação.

uma das partes, e a solução encontrada poderá refletir a preponderância dos interesses de uma em detrimento das demais partes, o que é algo totalmente inadequado em termos de mediação.

O mediador que se sentir tendencioso, deverá suspender o procedimento. Ele deve se abster de qualquer ação ou conduta, seja verbal, para verbal ou não verbal, que aparente qualquer tipo de preferência entre os mediados¹⁶⁹.

Além disso, na sua obra, Lilia Sales confirma a preponderância da escuta ativa e imparcial do mediador:

A participação do mediador, em muitos casos, é bem mais da ordem da abstinência; ouvir as partes antes de tudo. Ao escutar os problemas e interpretá-los, o mediador faz com que elas visualizem esses problemas através de um prisma positivo, ou seja, a partir desse conflito haverá uma evolução de comportamentos. As partes passam a entender o conflito como transitório e daí buscar uma solução. O mediador não impõe suas decisões, mas é responsável pelo caminho a ser trilhado.

De acordo com Warat, sendo imparcial, o mediador é um sujeito que unicamente tem poder de ajuda, não tem poder para decidir o conflito. O poder do mediador é para criar espaços transacionais. O mediador tem um discurso amoroso, e não decide, unicamente ajuda a realizar a reconstrução simbólica que permitirá uma eventual resolução (transformação) do conflito. Acrescenta o autor: “o dever do mediador é mais que imparcialidade, um dever de abstinência”¹⁷⁰.

¹⁶⁹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. Obra citada. P. 40.

¹⁷⁰ WARAT, Luis Alberto, Obra citada, p. 65.

A independência do mediador está também relacionada com sua imparcialidade, e traduz a ausência de obrigação de resultado por parte do mediador, que não atua em mediação de modo a visar à realização do acordo, que pode ocorrer, caso as partes tenham condições de resolver suas questões, mas pode também não ocorrer, o que não significa fracasso da mediação, que pode, ainda que não haja acordo, propiciar avanços parciais. Warat aponta que os conflitos não desaparecem, mas se transformam¹⁷¹.

A falta de independência do mediador pode levar a que atue ativamente na mediação, dando sugestões, forçando avanços artificiais das partes em direção à solução, o que seria uma construção forçada de um acordo entre as partes, o que significa desempoderar os mediandos, negando sua autonomia e isonomia, na medida em que o acordo somente deve nascer se as partes tem capacidade para avançar nas negociações de modo a construir o consenso.

A autonomia da vontade visa a assegurar que o foco da mediação é o empoderamento das partes, que somente estarão em mediação enquanto o desejarem, e de acordo com seus interesses, de modo a construírem por meio do consenso soluções para seus conflitos ao seu modo, em conjunto com o outro, mas que não deixa de ser seu, particular, e que reflete, com isso, sua plena responsabilização pelas decisões na condução de sua vida. Neste sentido explicam Lia Sampaio e Adolfo Braga¹⁷²:

¹⁷¹ WARAT, Luis Alberto, Obra citada, p. 26.

¹⁷² SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. Obra citada. P. 39.

O caráter *voluntário* do Processo de Mediação deve ser entendido no patamar máximo em que essa expressão é compreendida. Significa garantir às partes o poder de optarem pelo procedimento uma vez conhecida essa possibilidade, administrar o conflito de maneira que bem desejarem ao estabelecer diferentes procedimentos e total liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo.

A falta de autonomia de vontade, que seria a parte tomar decisões e assumir obrigações por influência ou determinação de outrem, que não si próprio, retira totalmente da mediação o que ela tem de mais valioso, que é a responsabilidade exclusiva e plena da parte na resolução do conflito. Retira da mediação sua essência, que é propiciar a solução autenticamente através do consenso por aqueles diretamente envolvidos com o problema.

A isonomia visa a propiciar a construção do consenso assegurando participação equilibrada entre as partes, de modo a compor em equivalente medidas os diversos interesses, sem que os de uma parte preponderem desequilibradamente em relação aos das demais. Isso não significa que o resultado da mediação deve ser sempre um meio termo em relação aos interesses de cada um. Esse aspecto varia a cada acordo, e não se busca medir o grau de atendimento dos interesses de cada parte, mas o grau de satisfação de cada parte em relação ao consenso construído, ainda que este reflita, eventualmente, a satisfação dos interesses de uma parte mais do que os de outra. A falta de isonomia entre as partes compromete o equilíbrio do procedimento e provavelmente leva a um acordo que não reflete realmente o consenso acerca da questão, mas muito mais a preponderância de uma das partes

que consegue eventualmente impor seus interesses às demais em uma solução que provavelmente não se sustentará ao longo do tempo.

A boa fé opera no sentido da criação do ambiente de confiança necessário a que os interesses sejam manifestados e tratados adequadamente, com a cooperação das partes em buscar atender o máximo de interesses do máximo dos envolvidos, sem tirar vantagem dos demais visando ao próprio proveito (Eu encerraria a frase aqui, pois já se falou dos interesses no item acima). Quando a ausência de boa-fé por uma das partes em mediação é identificada pela outra parte, esta pode se retirar da mediação, por entender que não há cooperação para propiciar o atendimento dos seus interesses. Quando o mediador identifica a ausência de boa-fé, pode trabalhar para que a postura da parte se modifique. Caso isso não seja possível, deve encerrar a mediação sem acordo, pois eventual acordo não refletiria a melhor solução para todos ali envolvidos, que é o que verdadeiramente se busca na mediação, o melhor acordo possível para todos os envolvidos.

O princípio da decisão informada trabalha no sentido de que as partes tenham o real conhecimento daquilo que estão acordando, e é crucial para que o acordo reflita verdadeiramente aquilo que se buscou, bem como sua viabilidade de cumprimento. Por isso, por vezes, o mediador utiliza-se da ferramenta chamada “teste de realidade”, na qual verifica a possibilidade da efetivação desta tratativa de acordo.

O consensualismo indica o modo como a solução deve ser construída: por meio de negociação direta das partes, em procedimento no qual o mediador apenas auxilia que as próprias partes criem as

possibilidades de acordo, visando a benefícios mútuos, de modo a conseguirem preservar os interesses essenciais em jogo, cedendo naquilo que é possível, de modo que todas as partes se sintam genuinamente atendidas pela solução eventualmente alcançada.

No que tange ao procedimento de mediação em si, verifica-se que não há uma estrutura rígida que não poderá ser modificada em seu percurso, o olhar é voltado para as partes, à vista disso, são elas que determinam o andamento do procedimento. Na maioria dos casos, somente o termo inicial – com a aceitação do indivíduo para participar da mediação – e/ou termo final – com a redação ou não do acordo – que deverão ser formalizados por escrito. Nada além disso deve ser guardado, o intuito não é fazer prova, dessa forma, a oralidade sempre será privilegiada. Também, a confidencialidade é fundamental, haja visto que a confiança das partes dar-se-á por causa deste sigilo. Ressalta-se que, no Brasil, o mediador não poderá servir como testemunha em futuros processos judiciais. Nesta medida, caso o procedimento seja muito inflexível e não sigiloso, desvirtua-se a mediação em sua essência.

Desta forma, procurou-se demonstrar como a preservação dos princípios de mediação é importante para que ela realmente propicie aquilo a que realmente se destina: a construção da realidade de acordo com a plena vontade e responsabilidade dos envolvidos, no qual todas as partes saiam ganhando. Essa forma de atuação no mundo propicia a atuação na sociedade a partir da real manifestação da personalidade do indivíduo, com conseqüente preservação, ou resgate, da sua dignidade

enquanto ser de direitos e deveres na sociedade, no exercício pleno da sua cidadania. Resultado da mediação se dá em nível psicológico e moral, tanto individual como político. E é essa grandiosidade que está a se falar, de modo a preservar ou aniquilar, dependendo do tratamento adequado ou não que o ambiente jurídico lhe oferecer.

7. Conclusão

A mediação está hoje no direito brasileiro como um dos principais métodos adequados de solução de conflitos, e que seja muito bem-vinda, proporcionando a transformação a que se destina. A abordagem da mediação torna o direito maleável, humano, subjetivo, o que deve ser visto como uma conquista do nosso milênio. Como aponta Carlos Eduardo de Vasconcelos, que assim como Warat, veio de outra área inóspita do direito, o direito tributário, e iniciou muitos outros no país nesse novo mundo por meio de seu sábio exemplo, a mediação de conflitos facilitará o encontro de soluções alicerçadas no consenso e na legitimidade, “enquanto tratamento intersubjetivo, transdisciplinar (sensitivo/emotivo/cognitivo), método empírico em sua interdisciplinaridade”, no entanto, é preciso que esses acordos sejam compreendidos, interpretados e decididos no âmbito de um sistema jurídico necessariamente democrático. E agrega dizendo que a mediação dignifica e humaniza os processos de solução de disputas.¹⁷³

Outrossim, Warat, argentino que difundiu a mediação no sul do Brasil e que conta com uma legião de seguidores, falava que a mediação

¹⁷³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Obra citada, p. 47.

é o direito do terceiro milênio, e buscava desconstruir a noção de que nos apropriaríamos da mediação por meio do conhecimento racional. Segundo Warat, a mediação é um sentir, um processo, um caminho ao qual nem ele nem ninguém pode nos guiar, mas temos de trilhar por nós mesmos. A mediação não pode ser ensinada, tem de ser descoberta¹⁷⁴. Essas noções indicam de fato para a adequada forma de encarar a mediação. Sob este aspecto, não custa reforçar os seguintes aspectos:

A mediação busca que os mediandos adquiram condições de modo a construir a melhor solução possível conjuntamente. A escuta ativa e a presença, que visam ao *rapport*, são instrumentos do mediador para demonstrar o máximo respeito aos mediandos, de forma a mostrar-lhes o próprio valor. Assim, funcionando como um espelho, e em conjunto com o resumo, a reformulação, que filtram o discurso do mediando e extraem o seu melhor, o mediador devolve ao mediando uma visão respeitosa de si mesma, o que leva ao empoderamento, e lhe dá condições de se apropriar da condução das negociações de modo a solucionar o conflito. Se o mediador for hábil o suficiente para promover esse ambiente de autêntica mediação, as possibilidades são transformadoras.

Por isso os mediandos são os protagonistas do procedimento, por isso a decisão é construída por eles, por isso a solução alcançada é a melhor possível, por isso as partes aceitarão livremente a decisão e a cumprirão, por isso sairão satisfeitos mais do que com o procedimento em si, sairão enriquecidos com a experiência, com a vivência, e com a

¹⁷⁴ WARAT, Obra citada, p. 19.

transformação que ela propicia, não somente daquela situação específica, mas da forma como encarar outros cenários conflituosos. Corrobora Warat ao afirmar que a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação vital substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal, isto é, é a mediação uma forma ecológica de produção das diferenças¹⁷⁵.

A depender da capacidade dos mediados, a experiência da mediação é transformadora, educadora e capacita-os para melhor encarar as demais situações da vida. Devolve a dignidade da pessoa, coloca-a no centro da sua própria história e a responsabiliza pelas suas decisões e seu destino. A mediação se torna o método adequado para as relações continuadas e direitos disponíveis, meio apto também a auxiliar o moroso poder judiciário e abrilhantar o acesso a justiça.

O resultado é mais profundo do que pode parecer. É o resgate da autonomia do cidadão, que assume plena e total responsabilidade por suas decisões, pela condução de sua vida, com reflexos na sua atuação na sociedade enquanto cidadão, na construção da sua realidade e na do outro, que impacta o mundo da forma como ele entende, com sua direta participação, e não por meio de outrem, que de forma heterônoma lhe ditou uma solução.

Portanto, para assegurar o devido lugar da mediação no direito, a realização da sua plena potência, e não a sua aniquilação, é mister que

¹⁷⁵ WARAT, Obra citada, p. 65.

a comunidade jurídica se volte a conhecer o instituto, com vistas a preparar os advogados para a adequada atuação na mediação, bem como cuidar da formação e aperfeiçoamento constante do mediador. É também necessário compatibilizar princípios da mediação com princípios de ramos específicos do direito, como o direito penal ou direito administrativo, de modo que o instituto finque bases sólidas no momento atual para o seu profícuo desenvolvimento futuro, restaurando a paz social dos mediados de forma célere, com grande grau de satisfação e cumprimento das soluções por eles encontradas.

Referências

BATISTA Jr., Onofre Alves. **Transações Administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CALCATERRA, Rubén A. La Mediación como proceso grupal. 12º Congreso Internacional de Psicoterapia de Grupo. Buenos Aires, 1995. In: **Mediación Estratégica**. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2011.

CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLIA, Matilde. **Mediación: diseño de una práctica**. Buenos Aires: Librería Histórica, 2010.

MELLO, Angelica Maria Ruiz. Por que a mediação não é terapia? Semelhanças e diferenças de cada processo. In: **Manuais dos cursos de Mediação Civil e de Família do Programa de Formação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos** – NUPEMEC. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em:

[Sep](#)

21 <http://nupemectjrs.blogspot.com/2015/09/por-que-mediacao-nao-e-terapia.html>, acesso em 21/06/2018 acesso em 20/06/2018

MULLER, Fernanda G; BEIRAS, Adriano e CRUZ, Roberto M. O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina. *in*: Aletheia n.26 Canoas dez. 2007 disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942007000200016 acesso em 21/06/2018

NUNES, Antônio Carlos. **Manual de mediação: Guia prático da autocomposição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção Primeiros passos, vol. 325. São Paulo, Brasiliense, 2007.

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

WARAT, Luís Alberto. **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

AGÊNCIAS REGULADORAS E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AMPLIANDO OS HORIZONTES DE APLICAÇÃO DA LEI 13140/2015

Samira Iasbeck de Oliveira Soares¹⁷⁶

Resumo: Este artigo se propõe a apresentar a mediação de conflitos pela Administração Pública, em especial pelas Agências Reguladoras, instituições criadas para serem permeáveis aos interesses da sociedade. No transcorrer do texto serão abordados: o conceito e características dos conflitos, conflitos e agências reguladoras, conceito de mediação e evolução histórica; e a sugestão de uma forma de mediação em agências reguladoras no Brasil após a vigência da Lei 13140 de 2015.

Palavras Chaves: Conflitos, Mediação, Regulação e Agências Reguladoras.

Conflito: conceito e forma de tratamento

Os conflitos estão presentes na mente e nas relações dos homens e são inerentes à condição humana. Pela sua abrangência e pelo grande número de autores que se dedicam ao tema. Redorta (2004) já menciona uma nova ciência a “conflitologia”. Dada a complexidade conceitual é preciso se deter um pouco mais na construção do significante “conflito”.

Na cultura ocidental, a palavra conflito está carregada de um sentido negativo: de desordem, de desarmonia, como perturbação ou

¹⁷⁶ Mestre em Ciência Ambiental pelo PROCAM –USP. Especialista em Democracia Participativa pela UFMG. Mediadora de Conflitos. Reguladora de serviços públicos da Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (Adasa), autora dos Livros "Licença Ambiental: uma contribuição para a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável" e "Mediação de Conflitos Ambientais - Um novo caminho para a Governança da Água no Brasil?"

disfunção e, por isso, deve ser eliminado ou evitado. Sentido esse, que foi corroborado por parte da visão de conflito social de Durkheim e por autores posteriores a ele que pregavam o conflito como algo ruim para a sociedade (Nascimento, 2001).

Como os conflitos são inevitáveis, a atitude de rechaçá-los ou negá-los aumenta ainda mais a conflituosidade, fazendo com que esta ecloda em disputas e agressões. Porém, essa não é a única forma, a cultura oriental demonstra que é possível compreendê-lo diferente. Por exemplo, a China utiliza o símbolo composto por risco e oportunidade para designar o conflito que, a princípio, não é negativo nem positivo (Ponieman, 2005).

O conflito suscita antagonismo e diferença, o que para muitas pessoas é sim algo pesaroso, negativo. Conviver com o diferente é muito difícil e pode, inclusive, ser visto como uma agressão (Suarez, 2005). No entanto, a imagem negativa do conflito tem sofrido mudanças importantes ao lidar com teorias mais modernas. Por exemplo, segundo Marx, através do conflito entre as classes, a sociedade poderia se transformar e a classe trabalhadora se emancipar. Simmel compreendeu os conflitos como interação social, como meio, através do qual, os atores resolvem suas diferenças e conseguem uma certa unidade, coesão social. Em última instância: “*A sociedade se constrói por meio de conflitos.*” (Nascimento, 2001:94).

Além da carga negativa, a complexidade do estudo do conflito se deve também ao fato de que não se trata de algo estático, cada qual tem sua própria dinâmica, é um processo que passa por várias fases,

entre elas a disputa propriamente dita - confronto direto e público (Redorta, 2004).

Ademais, a árdua tarefa de compreensão do conflito é influenciada por outros fatores: a área da ciência da qual se parte para analisá-lo e, por sua vez, é também determinada pela natureza do conflito. Por exemplo, se a preocupação está em conflitos intrapsíquicos, no fundamento da análise encontrar-se-á em sua maioria aportes teóricos da psicologia e psicanálise. Quando o conflito é interpessoal, os aportes teóricos podem vir da sociologia, do direito, da ciência política e também da psicologia e psicanálise.

A insuficiência de uma única visão disciplinar para compreender o conflito se torna evidente. E, diante de desafios teóricos e metodológicos, um autor em especial se dedicou à importante reflexão de como analisar os conflitos. REDORTA (2004) parte de várias teorias que no seu conjunto ele denomina de *uma nova forma de pensar o conflito dentro do paradigma da complexidade*.

Para Redorta (2004), são características do conflito dentro do paradigma da complexidade: não pode ser rotulado ou definido, ele não “é”, mas deve ser compreendido como uma “tendência a”, deixando de lado a lógica binária (é ou não é, bem X mal, certo X errado, etc); assumindo que pode haver “zonas cinzentas”, como um processo irregular que tem subjacente um padrão (experiências repetitivas), um ciclo temporal e que seu desenvolvimento pode produzir inovação.

Não conhecer a natureza do conflito dessa maneira, dentro da complexidade, torna-o algo ruim que deve ser superado, possivelmente com a eliminação do adversário e com violência, o que é prejudicial para toda a sociedade. A adoção de formas litigiosas e de confrontação faz perder a confiança mútua entre os cidadãos, dificultando ações coletivas e o êxito ou desenvolvimento da sociedade. (Ponieman, 2005).

Conflitos e Agências reguladoras

Pensando no conceito de conflito dentro do paradigma da complexidade, as agências reguladoras lidam com pelo menos duas ordens de conflitos: a) conflito entre usuário do serviço público regulado e a prestadora do serviço público (regulada) conforme a figura um (1) e; b) conflito entre a regulada e reguladora, conforme a figura dois (2). O primeiro tem a natureza de conflito de relação de consumo, enquanto o segundo é uma forma totalmente nova de conflito que surge com a própria existência da Agência Reguladora no cenário público.

O conflito entre usuário do serviço público regulado e a prestadora do serviço público (regulada) é uma tensão permanente que versa sobre a prestação do serviço. Desde a existência do serviço público essa relação existe e evoluiu como conflitos de natureza consumerista.

Já o conflito entre os regulados e a entidade reguladora é uma tensão permanente que versa sobre a própria atividade de regulação. A modificação do cenário com um ente público novo, ou seja, o surgimento de um terceiro na relação entre usuário e prestadora, com

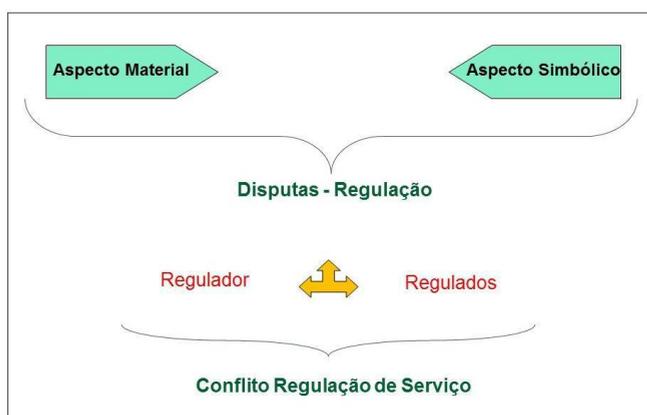
características próprias e coerentes com as novas demandas sociais fez surgir um novo conflito embebido das características da moderna regulação. É possível identificar, por exemplo, que as agências têm poderes especiais em relação às autarquias. Tais poderes procedem da necessidade de que estas entidades tenham condições para exercerem o seu papel de regulação. Porém, a novidade gera um desconforto, principalmente nos integrantes dos tradicionais Poderes do Estado como o Judiciário e o Legislativo, ao perceberem que uma entidade do executivo tem um poder normativo e um poder judicante.

“Tal amplitude de poderes traz alguma perplexidade para parte da doutrina que não aceita que um órgão administrativo reúna funções administrativas com outras que seriam típicas dos outros poderes (a função ‘quase legislativa’ – normativa – e a função ‘quase-jurisdicional’ – composição de conflitos e imposição coercitiva de condutas)”. (Marques Neto, 2003, p.26).

A pergunta que fica é: “Como tratar estes conflitos para que sejam mais coerentes com a proposta da moderna regulação?”

Figura 1

Conflito entre usuário do serviço público regulado e a prestadora do serviço público

Figura 2

Conflito entre a regulada e reguladora

Mediação: conceito e evolução histórica

A cultura ocidental tem favorecido o uso da discussão e do litígio como forma de extinguir as diferenças, definindo quem está certo ou errado, quem ganha e quem perde na disputa. Essa forma binária de

compreender os problemas, ou é isto ou aquilo, acaba por limitar as soluções e perder a criatividade (métodos tradicionais). Excluem-se pessoas e possibilidades (Schnitman, 1999; SIX, 2001).

A notoriedade do termo mediação revela a necessidade em nosso tempo de um intermediário, daquele capaz de criar vínculos e estabelecer relações (Six, 2001), mas esconde também sua polissemia (Soares, 2010), demonstrando que é preciso definir o sentido do termo neste trabalho, além de suas origens.

A mediação não é exatamente uma coisa nova (Folberg, 1997), existe desde tempos imemoriais e reaparece na sociedade ocidental na década de 70 para tratar principalmente de casos de divórcio e outros de direito de direito de família (Moore, 1998; Ponieman, 2004) e também dentro das relações de trabalho em busca de formas alternativas para lidar com conflitos. Foi em 1980 que o congresso aprova o *Dispute Resolution Act* marcando definitivamente a história das formas alternativas de resolução de disputas nos EUA (Folberg, 1997).

A necessidade de um intermediário sempre existiu, mas nunca como agora. O estilo de vida que temos não nos permite a disponibilidade para as conversas informais e os encontros entre as pessoas (Six, 2001; Sales, 2004; Soares, 2010).

A falta de comunicação tem um custo social alto. A falta de diálogo faz aumentar a intolerância e a incompreensão esgarçando os laços sociais e aumentando o isolamento, quando não intensifica os embates e as agressões. A mediação atualmente está em voga como

proposta de (re)estabelecer os laços sociais, de construir pontes e ligações entre as pessoas. (Six, 2001; Ponieman, 2004; Sales, 2004)

Nas últimas décadas sua prática moderna vem se expandindo, principalmente devido à crescente aspiração por formas mais participativas e democráticas, baseadas na crença de que os indivíduos têm o direito de participar das decisões que afetem suas vidas. Além disso, valores como respeito à diferença e à vida justificam o repúdio a formas coercitivas, reducionistas, autoritárias e violentas, baseadas na lógica binária de solução de problemas. (Moore, 1998; Suares, 2005).

Contudo, a mediação não está sozinha neste contexto de novos métodos, que, em maior ou menor grau, pretendem tratar as disputas de forma mais rápida e com custos mais baixos que o processo judicial. Mas é preciso diferenciá-las, pois a lógica, os objetivos e a prática delas são diversas.

A mediação é um processo no qual o conflito é trabalhado por meio do diálogo, promovido por um terceiro (o mediador) para que os envolvidos, mudando sua percepção sobre o problema, possam encontrar saídas tecnicamente e legalmente viáveis. Também pode ser compreendida como um “*trabalho de regulação constante das relações entre uns e outros*”, de proporcionar novas ligações, abrir caminho para a criatividade “*ou ainda de reparar os laços que se distenderam ou foram submetidos a qualquer dano: ou ainda gerenciar rupturas de ligações, desavenças.*” (Six).

Além de privilegiar a não-adversariedade entre os envolvidos, ela propõe uma visão positiva do conflito, como meio de transformação,

de evolução do ser humano, como parte do crescimento pessoal, em um procedimento que demonstra a possibilidade de encontrar soluções construídas, não impostas (Sales, 2004).

A mediação tem a preocupação em velar pelos princípios: a participação e a inclusão social, o diálogo, a democracia, a responsabilidade, a cidadania e a não violência (Six, 2001; Sales, 2004).

Um dos resultados mais interessantes (especialmente para a Administração Pública!) é que a mediação pode causar um efeito para além da questão que lhe foi submetida: aprendizagem para tratar os futuros problemas e se relacionar com o outro. O comportamento do mediador (a forma como age e a linguagem que utiliza) é como uma “caixa de ressonância”, as pessoas vão através da postura dele aprender como se pode tratar o conflito, o outro. E, no futuro, podem ser capazes de lidar com novos problemas utilizando as técnicas e habilidades que vivenciaram (Six, 2001; Ponieman, 2004; Soares, 2005).

A mediação, portanto, é um convite para se construir um novo contexto para lidar com as diferenças entre os homens, para reconhecer o outro e seu coprotagonismo na solução do problema vivenciado por eles, é uma oportunidade para a assunção de responsabilidade e de evolução pessoal.

A mediação além de aliviar os tribunais, diminuindo os processos judiciais, também diminuem os processos administrativos, economizando tempo e dinheiro, evitando que existam ganhadores e perdedores, aumentando a criatividade das soluções, o protagonismo das partes e sua responsabilidade. E, quando chegam a acordos, eles

costumam durar por longo tempo (Six, 2001; Soares, 2005; Azevedo, 2006).

Quando a assunção da responsabilidade por um bem público acontece de forma voluntária na mediação, incentiva a cidadania, empodera o cidadão para atuar diretamente nas questões da sociedade, inclusive utilizando instrumentos de democracia participativa.

Mediação de Conflitos em Agências Reguladoras no Brasil

O uso da mediação de conflitos no Brasil é muito recente e, considerando que as agências reguladoras são instituições jovens, a relação entre as duas ainda precisará de tempo para consolidarmos uma ideia de boa prática para o setor. Contudo, torna-se imprescindível começarmos uma séria reflexão sobre a prática de resolução de conflitos no setor público, principalmente agora em que o marco legal brasileiro da mediação acabou de ser publicado. Pensando na divisão em dois conflitos: a) conflito regulatório; b) conflito consumerista (entre usuário e prestadora do serviço regulado), a análise precisa ser feita de acordo com a natureza de cada um deles.

A mediação de conflitos tem ferramentas que propõem concretizar as características da moderna regulação como a flexibilidade; a resiliência; a cooperação e o diálogo setorial. Nesse aspecto a mediação pode ser compreendida de forma ampla – como um terceiro na relação entre prestador e usuário do serviço regulado, usando as ferramentas de mediação para trabalhar o conflito regulatório de forma permanente e preventiva. Tal uso da mediação não foi restringido pela recente Lei nº13140 de 26 de junho de 2015 – e de fato nem

poderia, afinal seria exigir uma regulação total de forma descabida, um controle total que não coaduna nem com o espírito da regulação, nem com o da mediação.

Podemos citar como exemplo o uso de ferramentas de mediação, como a Comunicação Não Violenta e técnicas de negociação para subsidiar processos regulatórios ou colaborar com a construção da Agenda Regulatória. Ou, ainda, a escuta ativa para trabalhar a comunicação em processos participativos (Consulta Pública, Audiência Pública, etc). Em todas estas atividades regulatórias a presença do espírito da mediação e suas ferramentas corroboram com a concretização da moderna regulação, principalmente por serem ferramentas capazes de “escutar” os interesses do setor regulado e da sociedade, garantindo a permeabilidade e a legitimidade das decisões, além de um ambiente mais colaborativo.

Porém, quando emergirem disputas desse conflito entre a agência reguladora e sua regulada, a lei propõe encaminhar a questão para a advocacia pública do ente federado para que a Câmara de Resolução de Conflitos possa dirimi-las¹⁷⁷. Resta saber se a advocacia pública estará preparada para lidar com os conflitos no paradigma da complexidade, coerente com a proposta colaborativa e desprovida de poder decisório que a mediação requer. Ademais, tal atividade requer uma mudança cultural muito profunda na instituição que tem ao longo

¹⁷⁷ Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

de sua existência atuado de forma adversarial, defendendo as entidades públicas dentro do Poder Judiciário, lidando com os conflitos dentro do paradigma positivista (Soares, 2010; Soares, 2012). Sem mencionar que o conhecimento técnico do setor regulado é de suma importância para a legitimidade e atuação do mediador, requisito que não é necessário para atuação do advogado público atualmente.

Outro ponto importante é o uso do próprio procedimento de mediação para dirimir disputas entre usuário e a prestadora de serviço público (conflito sobre a prestação do serviço público). Neste caso a própria Lei nº 13140/2015 que regula a mediação, faculta aos entes reguladores a possibilidade de mediar conflitos entre particulares que versem sobre as atividades por eles reguladas¹⁷⁸.

A juventude da lei ainda não permite saber qual a aplicação que será dada a este artigo. Muito provavelmente nele estarão incluídos a maioria das agências reguladoras que trabalham nos setores de energia, de telefonia, de transporte, dentre outras que regulem entes com personalidade jurídica de direito privado, os quais poderão ser compreendidos talvez como entidade “particular” ao lado dos usuários de seus serviços públicos. Esta seria a interpretação mais coerente com a própria ideia de regulação, já que as agências reguladoras têm em sua essência o poder normativo e poder conciliatório justamente para poder realizar a moderna regulação. Uma interpretação diferente dessa

¹⁷⁸ “Art. 43. Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.” Lei nº 13140/2015.

poderia diminuir ou mesmo eliminar o sentido e a existência das agências reguladoras no Brasil.

Algumas entidades reguladas poderão ser desconsideradas como “particulares” já que são entidades de personalidade jurídica de direito público (autarquia) como o Serviço de Limpeza Urbana do Distrito Federal que, apesar de ser uma entidade que exerce a atividade de saneamento básico regulada pela Adasa, não se enquadraria na classificação dada pelo dispositivo legal.

Devido a independência das agências reguladoras e sua missão de regular setores importantes da nossa economia, da nossa vida em sociedade, a prática da mediação parece ser inerente à sua natureza. E, muitas delas já a praticam, fundamentadas em suas próprias leis de criação, como a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

Porém, antes da Lei nº 13140/2015 que delinea o procedimento de mediação, não existiam regras gerais para a condução do procedimento, há uma diversidade de compreensão sobre o tema e de formas de realização de mediação pelas agências reguladoras, confirmando a polissemia do termo. Ainda é incipiente para as entidades públicas o que seria considerado boas práticas em mediação de conflitos.

Talvez a lei tenha surgido de forma precoce e, provavelmente, muito destoante da realidade vivenciada por cada instituição. A citada lei que regula a mediação judicial e extrajudicial no país deve ser interpretada e aplicada de acordo com a natureza do conflito de regulação e de prestação de serviços públicos, franqueando e

subsidiando as agências reguladoras nesta atividade. Não se pode pretender que a vigência de uma lei conforme a realidade. Principalmente, uma lei que não pôde escutar os mediadores institucionais experientes. E, se não se cuidar de uma coerência na aplicação da citada norma, se não adaptarmos para um tratamento mais qualitativo dos conflitos e dentro do paradigma da complexidade, correremos o grave risco de transferir os inúmeros processos de lugar, do Poder Judiciário para a advocacia pública, sem lidarmos com a crise qualitativa do direito (Soares, 2012).

Diante dos dois tipos de conflitos que as agências reguladoras estão envolvidas, o primeiro conflito entre prestadora e usuário de serviço público regulado e o segundo entre a agência reguladora e a regulada ambos podem e devem ser tratados dentro da mediação de conflitos, preferencialmente antes do surgimento das disputas, respeitando os princípios legais e éticos que envolvem tanto o processo administrativo quanto a própria mediação.

Deve-se alertar para um grande espaço de regulação em que as agências reguladoras tiveram limitados seus poderes: no caso de conflitos coletivos sobre prestação de serviço público. Nestes casos a lei confere a competência para a advocacia pública do ente federado instaurar o procedimento de resolução extrajudicial de conflitos.¹⁷⁹ Tais

¹⁷⁹ “Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.” Lei 3140/2015.

conflitos são ainda mais impactantes para o setor regulado e, poderia conflitar com as normas e atuação da agência reguladora.

Conclui-se, que o uso ético da mediação pelas agências reguladoras pode concretizar a democracia participativa (tanto nas audiências e consultas públicas como na própria elaboração de suas resoluções) favorecer a permeabilidade aos interesses tanto da sociedade como das prestadoras do serviço público, além de poder realizar uma regulação com fundamento na cooperação e no diálogo, e implementar uma nova cultura na administração pública que implica em outras lógicas que não a do comando e controle, reforçando a prática da moderna regulação no Brasil. E, que este seja mais um passo para a construção de uma sociedade mais harmoniosa, mais coesa, mais justa!

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma de. La mediación em Brasil. *In*: VIANCOS, Juan Enrique Vargas, GOMEZ, Francisco Javier Gorjón. (Coord.). **Arbitraje y mediación en las Américas**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2006.

BRASIL. **Lei 13.140, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflictos sin litigio. Mexico: Limusa, 1997.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras - Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. São Paulo: ABAR, 2003.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação – estratégias práticas para resolução de conflitos.** Porto Alegre: Artmed, 1998.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Os conflitos na sociedade moderna: uma introdução conceitual. *In:* BURSZTYN, Marcel (Org.). **A difícil sustentabilidade: Política energética e conflitos ambientais.** Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

PONIEMAN, Alejandro. **Qué hacer con los conflictos.** Buenos Aires: Losada, 2005.

REDORTA, Josep. **Cómo analizar los conflictos.** Barcelona: Paidós, 2004.

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

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. *In:* ____: LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Mediação de conflitos socioambiental.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

SIX, Jean-François. **Dinâmica de mediação.** Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de Conflitos Ambientais - Um novo caminho para a Governança da ÁGUA no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2010.

In: ____; CAMPOS, César Augusto Cunha. Conciliar é legal? *In:* FREITAS, Vladimir de Passos Freitas. **Juízes e Judiciário: história, casos e vidas,** Curitiba: IBRAJUS, 2012.

SUARES, Marinés. **Mediación:** condición de disputa, comunicación y técnicas. Buenos Aires, 2005.

A COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS - A BUSCA DE SOLUÇÕES

*Regina Maria Coelho Michelin*¹⁸⁰

O início – o desenvolvimento da idéia

“A Mediação, no Brasil, teve início na área trabalhista, especialmente no Ministério do Trabalho, onde foi organizado um Plantão Especial para os conflitos individuais trabalhistas nos idos de 1990. Os resultados significativos e os efeitos multiplicadores, possibilitam que se possa concluir: a mediação dos conflitos trabalhistas é um caminho fundamental a ser adotado pelas partes, especialmente na área privada.”. Michelin, Regina Maria Coelho, a fls. 156 do Livro *Mediação- Métodos de Resolução de Controvérsias N°1*, editora LTR, editado em 1999..

Esse serviço de Mediação organizado pela Delegacia Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul foi inovador, e se tornou referência para os demais Estados brasileiros.

A experiência no Plantão permitiu observar a importância dos acima citados efeitos multiplicadores. A prática do serviço de Mediação confirmou a antiga afirmação:” não dê apenas o peixe, ensine a pescar”.

¹⁸⁰ Mestre em Administração-modalidade executiva pela UFRGS. Advogada, com ênfase em negociação e mediação. Professora convidada pela FGV SP, FGV RJ, DECISION e UNISINOS no RS para os temas de sua especialidade. Professora e consultora voltada à preparação de negociadores, mediadores e facilitadores em diversas organizações, incluindo empresas e sindicatos.

É a sua função didático-pedagógica, quando os procedimentos utilizados para o caso concreto também preparam as partes envolvidas, empregados e empregadores, para que possam administrar as questões que lhes são próprias.

O incentivo ao diálogo, proporcionado pela prática do Mediador, os esclarecimentos oferecidos a respeito das normas norteadoras da relação de emprego, na boa maioria das vezes vão instrumentalizando as partes.

A releitura do princípio protetor proposta foi no sentido da multiplicação do conhecimento. Conhecendo melhor os direitos e deveres, aprendendo a desenvolver o diálogo, as partes envolvidas nas questões trabalhistas podem administrar melhor sua convivência.

Concluiu-se pelo *fazer junto*, orientando, acompanhando, e especialmente co-responsabilizando os interessados na composição do conflito. Coube ao Mediador resgatar a comunicação e o relacionamento, estimular a identificação das percepções e reconhecimento das emoções, na busca do esclarecimento dos fatos e construção da solução.

Atos de Composição

Fundamental que se estabeleça a base teórica do trabalho, ou seja, do que vem a ser a ***composição dos conflitos trabalhistas***.

Quando os fatos se apresentam incontroversos aplica-se o direito, uma vez que as relações de emprego são disciplinadas em sua maioria por normas de ordem pública, inderrogáveis pelas partes,

No entanto, quando os fatos se apresentam controversos nos conflitos individuais, faltando elementos de convicção, se faz necessária a composição.

O Prof. Arnaldo Sussekind nos ensina o que vem a ser *atos de composição*, se valendo da lição de Paolo Greco II:

“As partes, sem nenhuma intenção transacional (portanto sem renúncias ou reconhecimentos) visam somente a constatar a existência, a natureza ou os limites de um direito ou de uma situação jurídica que se apresenta subjetiva ou objetivamente incerta.”

Com essas lições e com a experiência proporcionada pelo Plantão Especial se passa a relatar uma situação real de negociações individuais e de ação facilitadora, envolvendo multipartes, ocorrida no ano de 2005, e que permite concluir pela validade da busca da composição nos conflitos individuais trabalhistas.

O caso concreto

Situação apresentada: empresa do ramo financeiro, cujo fundador havia falecido, não antes de fazer prosperar os seus negócios, e que veio da Europa Oriental “fazer a América” como se dizia na época. Tinha como característica manter um bom relacionamento com seus empregados, de respeito e colaboração, e a fidelidade recíproca era consequência natural. Esses valores foram incorporados por seus filhos e sucessores na empresa.

O fundador faleceu e os seus dois filhos assumiram a direção dos negócios. A empresa continuou prosperando e apresentando bons resultados, diversificando os negócios, enfim, exitosa.

As muitas reviravoltas no mercado financeiro exigiram um repensar da empresa, um novo desenho dos negócios e um redimensionamento do quadro funcional, que na época era formado por 62 empregados, para continuar operando.

O convite recebido dos Diretores foi o de colaborar nessa fase de transição como advogada especializada em negociação. Minimizar desconfortos, as decepções, os custos e riscos do enxugamento do quadro funcional em 50% eram preocupações presentes e constantes. A tensão gerada impactava as ações necessárias.

Esse convite foi realizado após vencer um bom desafio: validar a metodologia proposta para resolver a questão. Os Diretores optaram pelo caminho das rescisões negociadas.

Outras propostas profissionais haviam sido apresentadas aos Diretores para encaminhamento da situação, basicamente pautadas no procedimento tradicional de elaborar unilateralmente a lista dos que teriam seus contratos rescindidos, apresentar o aviso prévio para cada um, fazer os cálculos e realizar os pagamentos; depois, enfrentar as reclamações que viessem.

A maioria dos empregados tinha contratos de longa duração com a empresa, ainda da época do fundador. A redução implicaria em rescindir em torno de 50% dos contratos.

Tendo como base as normas de ordem pública que regem as relações trabalhistas, a serem cumpridas sob pena de nulidade dos atos praticados; e os valores praticados pela empresa desde o fundador, que incluíam a transparência nas relações, o respeito entre as partes e a fidelidade aos contratos, foi dado início ao processo de mudança.

Foi esboçada uma lista pela Diretoria e colaboradores diretos dos empregados que poderiam ser dispensados. Essa lista tinha o propósito de ser uma referência e não uma lista acabada a ser posta em prática, portanto, sujeita a alterações. Um a um os empregados foram sendo chamados para uma reunião com os Diretores ou seus representantes, quando então foi sendo explicado de forma honesta o que estava acontecendo com a empresa e as necessidades que apresentava; por sua vez cada empregado teve a oportunidade de apresentar a sua visão dos fatos, relatar a sua situação, inclusive expectativas para o futuro, dificuldades e possibilidades na hipótese de encerramento do contrato.. Foram oportunidades muito ricas para conhecer melhor a realidade de cada um, sua visão da empresa, eliminar os boatos pautados em informações errôneas, demonstrar o respeito da empresa para com seus empregados, e descobrir interesses tais como a vontade de ter um negócio próprio, ou de se preparar para um merecido descanso após muitos anos de trabalho. Para muitos as notícias soaram penosas.

E assim, de reunião em reunião, todos passaram a compartilhar as dificuldades da empresa, as dificuldades dos trabalhadores, e suas possibilidades.

Foram também realizadas reuniões conjuntas, com todos os empregados e Diretores, para discutir e analisar alternativas e soluções a serem tomadas. Essas reuniões foram difíceis, honestas e produtivas.

Acrescente-se que em paralelo a esses encontros outros aconteciam com assessores e colaboradores diretos da Diretoria para análise da situação.

E assim foi sendo realizado o desenho desse quadro funcional ajustado à nova realidade da empresa.

A lista dos empregados a terem seus contratos rescindidos foi melhor se delineando e as soluções sendo encontradas. Por exemplo: a empresa se dispôs a prospectar oportunidades no mercado e realocar empregados que viessem a ter os seus contratos rescindidos; a colaborar com aqueles que manifestavam interesse em ter o seu próprio negócio, a examinar as situações de aposentadoria.

Foram rescindidos 23 contratos em novembro de 2005. Os pagamentos foram realizados. O clima na empresa, ainda que tenso, se manteve em condições de continuar trabalhando com o grupo remanescente.

Posteriormente foram ajuizadas algumas poucas reclamações sobre questões controvertidas, especialmente na interpretação das normas aplicáveis, e que não representaram impacto significativo nas finanças da empresa; os direitos dos trabalhadores, as questões incontroversas, foram cumpridas no momento das rescisões.

O desafio foi vencido

Portanto, é possível concluir com segurança que o melhor caminho é encontrar soluções negociadas nas relações individuais trabalhistas, com ganhos recíprocos, na medida em que há honestidade de propósito e compromisso com o cumprimento da lei.

Há espaços entre o incontroverso e o controverso onde muitas soluções sob medida são encontradas, na maioria das vezes atendendo de forma satisfatória os interesses dos envolvidos, sem desrespeito às normas de ordem pública. São os *atos de composição* já acima citados

A atitude adotada ora foi agir como advogada negociadora, ora de facilitadora entre as partes. O facilitador monitora o processo de solução das controvérsias, estimulando os envolvidos para que alterem a psico-geografia do conflito, estimulando o diálogo, orientando para que realizem as etapas do processo de forma seqüencial e completa e assim venham ao encontro da solução.

Mudar a psico-geografia do conflito significa: A versus B passa a ser A e B versus o problema.

Foi um trabalho que exigiu confiança, calma, muita atenção, conhecimento das normas e o saber utilizar os procedimentos da autocomposição.

Conclusão

Finalmente se tem claro o que o processo aplicável para a solução dos conflitos individuais trabalhistas inclui a facilitação dos diálogos, a identificação dos interesses e a busca de soluções que

satisfaçam as partes envolvidas. Não há espaço para a manipulação, a trapaça, e o descumprimento das normas de ordem pública.

Em tempos de inovação o tema nunca foi tão atual, ainda que muitas vezes de difícil compreensão no mundo do trabalho.

As transformações nas relações de trabalho, os novos modelos de contratação e realidades de mercado, fazem com que fique evidente a necessidade de corresponder a essas transformações com atitudes satisfatórias e adequadas.

Fundamentalmente, há que se ter como premissa a ética nessas relações, que envolve o respeito àquele que trabalha e o respeito àquele para quem se trabalha. É recíproco.

Referências bibliográficas

Michelon, Regina Maria Coelho, fls. 156 do Livro *Mediação- Métodos de Resolução de Controvérsias N°1*, editora LTR, 1999.

Sussekind, Arnaldo, Maranhão, Delio, Vianna Segadas, *Instituições de Direito do Trabalho*, 10º edição, 1987. Greco II, Paolo, *Contratto di Lavoro*, 1937, pag.960.

Michelon, Regina Maria Coelho, coordenadora, *Manual do Plantão Especial para Denúncias e Mediação dos Conflitos Individuais Trabalhistas- MTPS- INSS/DRT-RS*, 1991.

A MEDIAÇÃO COMO MODELO ADEQUADO NA GESTÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

*Josiane Rigon*¹⁸¹

*Nádia Ahmad Omar Ali*¹⁸²

Resumo: O presente trabalho pretende suscitar breves reflexões acerca da mediação como modelo adequado de gestão de conflitos entre empresas mediante a análise da forma de trabalho do mediador e do advogado na mediação empresarial tendo em vista a influência desta atuação nos resultados da mediação. Investigam-se quais conflitos são mais ocorrentes no ambiente de negócios para, a partir disso, averiguar a razão da utilização da mediação na gestão destes conflitos ser mais vantajosa. Neste estudo foi utilizado o método dedutivo, partindo-se de teorias e leis gerais para obter argumentação. Em relação à técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica e documental que servirá de base

¹⁸¹ Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Autarquias Locais pela Universidade do Minho (UMINHO) /Portugal. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada na Casa de Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul (OABRS). Mediadora certificada pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores lusófonos - ICFML. Editora da Revista Eletrônica Mediação & Justiça. Autora de diversos artigos de mediação; Professora convidada para ministrar aulas, palestras e cursos em Instituições de Ensino Superior.

¹⁸² Possui Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988), Especialização em Direito Político pela UNISINOS (1990), Especialização em Direito do Trabalho pela UNISINOS (1999) e Mestrado em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil (2006). Atualmente é professora universitária em graduação e pós-graduação nos cursos de Direito. Advoga na área trabalhista. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho. Realiza estudos sobre meios alternativos de solução de conflitos, atuando como professor universitário, palestrante na área de Mediação de Conflitos e Direito do Trabalho. Mediadora Judicial Certificada e Facilitadora de conflitos, Membro e Parecerista da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Mediadora na Casa de Mediação da OAB/RS. Editora da Revista Mediação & Justiça.

teórica para o desenvolvimento deste artigo. Ao final, auferem-se elementos conclusivos de que se a administração da controvérsia for de forma apropriada, no caso com a mediação, trará inúmeros benefícios para a empresa.

Sumário: Introdução; Parte I – A forma de atuar dos participantes da mediação empresarial; 1.1 Do mediador; 1.2 Do advogado; Parte II - A mediação como modelo adequado na gestão de conflitos empresariais; 2.1 Conflitos recorrentes; 2.2 Por que utilizar a mediação no ambiente empresarial é mais vantajoso? Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

Cada vez mais, no Brasil, tem se tratado da mediação empresarial, ainda que de forma incipiente. O tema abordado é de grande relevância frente às necessidades apresentadas nestes ambientes. Administrar uma controvérsia nem sempre é tarefa fácil e nesta seara que a mediação colabora.

Veja-se que, no contexto empresarial, e por que não dizer no contexto social, as relações nem sempre são harmônicas, em razão de, em algumas situações exigirem-se mudanças, tanto de ideias, tanto de costumes, que podem ser aceitas ou não pelos envolvidos. Essas transformações podem gerar conflitos e este é inerente à evolução social e econômica. Podem ser identificados de diversas maneiras, tais como: organizacional, entre empresas ou grupos, societária, trabalhista e ambiental. Porém, no presente artigo, apesar da grandiosidade de se analisar todos estes conflitos, não serão possíveis, limitando-se a

adentrar nos conflitos entre empresas, a qual se chama mediação empresarial.

Essa forma de resolução de conflitos tem a figura do terceiro capacitado e imparcial para conduzir o processo e ajudar as partes e os advogados a se comunicarem de maneira produtiva e eficiente. É conduzida através dos princípios da voluntariedade, da confidencialidade, da boa-fé, da informalidade, da autonomia da vontade, da imparcialidade, dentre outros. O desafio é saber administrar as adversidades sem que uma das partes saia prejudicada.

A análise deste instituto aparece como assunto relevante diante do estigma bélico em que se classifica, ou talvez, se classificava a sociedade brasileira, até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil¹⁸³ e da Lei de Mediação nº 13.140/2015¹⁸⁴.

A justificativa para o desenvolvimento do presente artigo reflete em verificar como a mediação nas empresas pode ser vantajosa, diante de tantos benefícios que serão apresentados, contribuindo, assim, para o incentivo cada vez maior à utilização da mediação no mundo empresarial. Para tanto, traz-se embasamento teórico com pesquisas em

¹⁸³ BRASIL. Planalto. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em 20 de maio de 2017.

¹⁸⁴ BRASIL. Planalto. 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em 20 de maio de 2017.

livros e artigos com objetivo de aprofundar o conhecimento sobre o tema escolhido.

Diante disso, analisa-se de que maneira a escolha da mediação na solução de conflitos pode representar um fator que intervém no controle da gestão de conflitos, a ponto de representar-se como modelo adequado, bem como a importância do papel do mediador e da atuação do advogado para boa administração das controvérsias. Investigam-se os conflitos mais recorrentes entre empresas para informar os profissionais da área de negócios sobre a mediação neste ambiente e instigar o seu uso, clareando as vantagens que este instituto propõe na administração de situações de atrito.

Parte I – A forma de atuar dos participantes da mediação empresarial

A forma de atuar dos participantes da mediação empresarial tem impacto direto nos resultados que esta irá produzir. As partes, o advogado e o mediador possuem atividades diferentes, cada uma com sua devida magnitude. Assim, especificamente quanto ao papel do mediador e à função do advogado na mediação, se observa que são peças fundamentais para um bom procedimento. Ambos poderão modificar o modo de trabalho, dependendo do tipo de conflito ao qual se deparam. De início, serão analisados questionamentos sobre o atuar do mediador e, após, sobre do advogado.

1.1 Do mediador

Quanto à habilidade e ao estilo do mediador, Faleck¹⁸⁵ enfatiza que essas características determinam qual área o mediador atua, seja na área de família, seja na área comunitária, dentre outras. Essas características podem definir a boa, ou talvez, não tão boa, atuação do mediador, e, ainda, se ele possui ou não reconhecimento no mercado. Aptidão e treinamento são fatores que conduzem o mediador a habilidades que o ajudam a estimular o diálogo e a lidar com as necessidades, fazendo perguntas que gerem opções¹⁸⁶.

No ambiente de empresas, o mediador de excelência é aquele que desenvolve técnicas de comunicação, negociação e autoconhecimento. Para isso, exige-se responsabilidade, pois não cabe a ele tratar somente os valores de negócios, mas também os valores humanos. A solução deve ser acolhida por todos, e preferencialmente, auferir ganho maior do que o esperado¹⁸⁷.

Além disso, ele deve ganhar a confiança o quanto mais rápido possível para que as partes lhe confidenciem situações sigilosas e, a partir de então, o mediador comece a perceber possíveis soluções até então não evidenciadas claramente pelas partes. Por isso, a imparcialidade do mediador e o compromisso com o sigilo são muito

¹⁸⁵ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 11. N.42, p. 263-278, jul.-set. 2014. p. 270.

¹⁸⁶ MANFREDI, Denise; BURBRIDGE, Marc. Mediação corporativa: desenvolvendo o diálogo estratégico no ambiente de negócios. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 356-357.

¹⁸⁷ *Idem*. p. 365.

importantes na sua atuação¹⁸⁸. Caso o mediador não seja imparcial, as partes podem pedir para que seja dispensado, sem que lhes traga prejuízo, pois a honestidade e a confiabilidade são essenciais na relação¹⁸⁹.

Na mediação empresarial, esse terceiro imparcial é mais pragmático e adaptável às necessidades em questão. Por isso, o mediador flexível, com conhecimento na parte comercial e com a mente direcionada para os negócios, tem papel fundamental em controvérsias comerciais¹⁹⁰.

Ele deve ajudar as partes a chegarem a Melhor Alternativa Sem Acordo (MASA) explorando as opções para solucionarem o problema, mesmo que a decisão seja delas. Cabe ao mediador documentar o acordado e coletar assinatura dos envolvidos. [...] “A arte do mediador está no uso destas informações, sem violar o sigilo, de forma que as partes enxerguem as soluções que atendem a seus interesses adequadamente.”¹⁹¹.

Por isso, a qualificação deste profissional, seja de valores humanistas, seja de formação e capacitação, tem papel importante no fortalecimento das certezas sobre o que está sendo discutido ao alcançar um acordo satisfatório para ambas as partes ou até na preparação das

¹⁸⁸ *Idem.* p. 356-357.

¹⁸⁹ FALECK, Diego. *Op cit.* p. 268.

¹⁹⁰ *Idem.* p. 270.

¹⁹¹ MANFREDI, Denise; BURBRIDGE, Marc. p. 358.

partes para que submetam o conflito a apreciação de decisão de terceiros¹⁹².

Tratando-se de conflito, pode-se compará-lo metaforicamente a um *iceberg* que simboliza a ponta do *iceberg* como a posição e a ponta submersa como os interesses e as necessidades, os quais não estão visíveis para a outra parte. Após a identificação das motivações com a utilização da escuta mútua, estimula-se a geração de opções e a escolha daquela que melhor atenda a necessidade e os interesses de ambos. Muitos caminhos têm que ser percorridos pelo mediador até chegar a real motivação de cada envolvido¹⁹³.

Em suma, ele ajuda as partes a detectarem soluções que tragam vantagens, que sejam operacionais e aplicadas na realidade pondo fim à disputa. Para tanto, deve ele se utilizar de técnicas e processos de comunicação, ajudando as partes a identificar os pontos de desavenças, a organizar a elaboração de uma pauta de negociação, a esclarecer os fatos controversos, a minimizar as desconfianças, a investigar os interesses e possíveis opções de cada parte, a avaliar a real situação do caso e, além de todos estes, ajuda a gerar e avaliar alternativas para um acordo¹⁹⁴. Além do trabalho de excelência do mediador, em sessão de mediação, o êxito de uma mediação também está no bom desempenho do advogado, o que a seguir será estudado.

¹⁹² MAIA, Andrea; ASSIS, João Afonso de; SOUZA, Mariana Freitas de. A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 381.

¹⁹³ BONILHA, Alessandra Fachada. *Op. cit.* p.476.

¹⁹⁴ FALECK, Diego. *Op cit.* p. 264.

1.2 Do advogado

Apesar de não ser obrigatória a presença do advogado na sessão de mediação, segundo o art. 10 da Lei de Mediação, orienta o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 334, § 9º., que a parte deve estar acompanhada por seu advogado na mediação. Partindo-se da ideia de que, não só a presença do advogado é fundamental, mas a sua brilhante atuação em todo o procedimento da mediação, passamos a sua análise.

Para melhor explicar a atuação do advogado, pode-se dividi-la em duas etapas: a) antes do conflito que aborda a formação do negócio jurídico, incluindo no contrato a cláusula de mediação, por exemplo, pois neste ínterim estão mais propícias para encontrar outras formas de resolver conflitos, servindo de incentivo e fomento do instituto da mediação no âmbito empresarial; b) após o surgimento do conflito que abrange desde o diagnóstico do caso - com avaliação dos riscos, e apresentação da proposta da mediação, se for o caso; a postura colaborativa e a atuação durante o procedimento de mediação cujas etapas são: a pré-mediação, a fase intermediária e a fase conclusiva¹⁹⁵.

Principalmente na identificação do problema, cabe ao advogado estimular a mediação entre as partes, prevenindo, sempre que possível, a lide¹⁹⁶. Ao ofertar a mediação, o advogado deve ficar atento, pois, como é voluntária, o cliente pode dizer primeiro que não quer, porém, está mascarando o seu querer justamente em razão de questões

¹⁹⁵ FUOCO, Patrícia Freitas. O papel estratégico do advogado na mediação no contexto empresarial. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 12, n. 47, p. 277-296, out.-dez. 2015. p. 285-291.

¹⁹⁶ Amparo no Novo Código de ética da OAB. Art. 2º, parágrafo único, VI.

emocionais¹⁹⁷. É um cuidado a mais que este profissional precisa ter na hora de identificar o conflito e indicá-lo para uma mediação.

De maneira resumida, entende-se que é na pré-mediação onde se explicam os objetivos da mediação, o papel do mediador, das partes e dos advogados, como se dá o procedimento do instituto, adequando as expectativas e estabelecendo a confiança entre mediador e partes¹⁹⁸. Nesta fase, o advogado deve verificar a reputação do profissional no mercado. Considera-se fator determinante a escolha inteligente do mediador¹⁹⁹.

Na etapa intermediária, onde haverá sessões conjuntas, ou privadas, chamadas *cáucus*, o advogado deve se preparar previamente para elucidar os pontos que merecem maior reflexão. Chegando à fase de geração de opções, onde as partes têm a liberdade de construir suas próprias soluções o advogado deve filtrar o que é legítimo e avaliar a exequibilidade do acordo²⁰⁰.

Caso cheguem a um acordo, este deve ser orientado/elaborado pelos advogados. A tarefa do advogado não se encerra aqui. Deve também monitorar o cumprimento do acordo para diminuir riscos de gerar novas controvérsias entre as partes. Se não for possível acordar formalmente na mediação, não quer dizer que a mediação não restou exitosa. No entanto, deve o advogado orientar o cliente do que fazer

¹⁹⁷ GROSMAN, Claudia Frankel; BAYER, Sandra Regina Garcia Oliven. *Op cit.* p. 390.

¹⁹⁸ FUOCO, Patrícia Freitas. *Op cit.* p. 291.

¹⁹⁹ FALECK, Diego. *Op. Cit.* p. 267-271.

²⁰⁰ FUOCO, Patrícia Freitas. *Op cit.* p. 292.

para assegurar seus direitos, seja indicando para arbitragem ou para o judiciário²⁰¹.

Por todas estas razões é que o advogado precisa conhecer e se informar sobre esse procedimento. É claro que “o papel do advogado continua sendo o de defender os interesses de seu cliente; mas, um bom conhecimento do processo de Mediação, permite que ele aproveite tudo o que esse processo pode oferecer para o seu cliente”²⁰².

Cabe, então, ao advogado, mostrar um trabalho excepcional ajudando o cliente desde a escolha do método mais adequado²⁰³. E, também, em todo o processo de mediação. Devido a esse cenário, enfatiza-se a necessidade de profissionais bem informados, capacitados e experientes para atuar em mediação. Sobretudo a isso, cabe esclarecer, no capítulo a seguir, o instituto da mediação como modelo adequado de gestão de conflitos empresariais.

Parte II – A mediação como modelo adequado de gestão de conflitos empresariais

Todo este contexto apresentado foi para melhor compreensão da influência da atuação dos profissionais, no caso, o mediador e o advogado, no momento da mediação, partindo-se da ideia, de que, se bem administrada a controvérsia, e dependendo da excelência de atuação daqueles, pode trazer resultados benéficos. Com isso, entende-

²⁰¹ Idem. p. 293.

²⁰² MANFREDI, Denise; BURBRIDGE, Marc. *Op cit.* p. 357.

²⁰³ GROSMAN, Claudia Frankel; BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan. *Op cit.* p. 390.

se que a mediação é um somatório de fatores que conseqüentemente gera vantagens.

Para analisar a gestão de conflito empresarial, inicia-se pela contextualização dos conflitos nestes ambientes. Mas quais conflitos são mais ocorrentes no ambiente de negócios e por que é mais vantajoso este método? É o que será abordado nos temas a seguir.

2.1 Conflitos empresariais

Pode-se dizer que os conflitos são inerentes ao ser humano, podendo ser relativo a questões pessoais (interiores) do próprio indivíduo ou interpessoais, observando-se que, em contrapartida, a vontade de resolver problemas também é da natureza humana²⁰⁴. De início, parece ser o conflito uma situação negativa e que traz conseqüências ruins. Porém, a moderna teoria do conflito entende que, diante de uma situação em que aparentemente o atrito é negativo, pode ele servir de aprendizado e crescimento²⁰⁵.

Em empresas, não é diferente, até por serem constituídas e geridas por seres humanos. As diferenças individuais, por vezes, podem gerar um atrito, mas se conduzidas de maneira saudável, podem servir como forma de agregar valor à empresa. Os temas que abrangem uma controvérsia empresarial são diversos, podendo se dar por motivações

²⁰⁴ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. V. 7, p. 17-38. p. 19.

²⁰⁵ AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília, DF: FUB, CEAD, 2013. p. 41.

peçoais que vendam os olhos das partes envolvidas, bloqueando, assim, de serem encontradas novas possíveis soluções²⁰⁶.

Alguns conflitos são os que mais aparecem entre empresas e grupos de empresas, quais sejam: decorrentes de crédito/débito, transações, empreitadas, franquia, seguros, societárias, contratuais e outras. Em relação aos casos de descumprimento de cláusulas contratuais, pode-se enfatizar que, o contrato elaborado no passado, atendeu expectativas/interesses de dada realidade econômica da época, porém, pelo dinamismo econômico atualmente não atende mais, e conseqüentemente, aparece o seu descumprimento²⁰⁷.

Da mesma senda, a franquia é uma atividade empresarial que necessita de parceria entre franqueador e franqueado, precisando o contrato estabelecer regras de conduta por ambas as partes as quais prevaleça o respeito mútuo, o compromisso, a transparência e o profissionalismo. Naturalmente, surgem os conflitos que acabam sendo encaminhados para o Judiciário, o que resulta em maior tempo despendido, desgaste na relação empresarial, e reflexos na economia. Assim, ao surgir o impasse deve ele ser gerido de forma que atenda às dificuldades das partes²⁰⁸.

²⁰⁶ GROSMAN, Claudia Frankel; BAYER, Sandra Regina Garcia Oliven. *Op cit.* p. 384.

²⁰⁷ BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 131-145.

²⁰⁸ *Idem.* p. 134.

Assim, pode-se extrair do conflito resultados positivos se houver uma boa administração do mesmo para que não gere situações complexas, retirando a parte envolvida de sua zona de conforto. É um desafio e uma arte o dever de conciliação entre a visão econômica dos negócios, referindo-se ao modo pragmático, e o lado emocional das partes²⁰⁹.

Conclui-se que o conflito aparece de muitas formas na área empresarial, porém, dependendo de como é gerido, pode se tornar fator positivo para a empresa. Neste sentido, cabe analisar, no item posterior, a razão de ser mais vantajosa a mediação no ambiente de negócios.

2.2 Por que utilizar a mediação no ambiente empresarial é mais vantajoso?

Quando se administra uma empresa, se pensa geralmente em valores, missão e lucratividade. Porém, surgem as desavenças que são consequências nada mais nada menos da própria existência da relação humana. Com isso, pensa-se: como lidar com esse problema de forma positiva? Seria com a utilização da mediação? E por que, então, utilizar este instituto é mais vantajoso? Pois bem, passamos a analisar.

Os benefícios alcançados em razão de uma controvérsia, como já analisado nos capítulos anteriores, dependem muito de como é administrada. E isso inclui, desde o papel do advogado, escolha do mediador e sua atuação no procedimento. Assim, a mediação²¹⁰ como

²⁰⁹ GROSMAN, Claudia Frankel; BAYER, Sandra Regina Garcia Oliven. *Op cit.* p. 390.

²¹⁰ *Idem.* p. 393.

ferramenta de negociação nas empresas, entre clientes e parceiros, sócios e terceiros, pode trazer resultados positivos e satisfação.

Uma das razões em obter vantagem no uso da mediação seria a preservação das relações existentes, tendo em vista que a mediação tem enfoque “(...) no presente e no futuro, mesmo que passeie pelo passado e que a decisão seja a de interromper a relação ora existente. Até para interromper uma relação continuada ao longo do tempo é importante que seja feita de forma tranquila, para evitar desgastes futuros.”²¹¹.

A segunda razão, então, aufere-se que seria em função de ser o método que melhor atenda aos interesses de todos os envolvidos devido à escolha voluntária e informados que as partes obtiveram com a efetiva comunicação entre elas as quais as ajudaram na negociação e geração de opções²¹².

Outro fator relevante é o tempo. A mediação traz resultados positivos em período considerado curto em relação ao despendido na arbitragem ou no judiciário. A definição do tempo depende da complexidade do tema em debate, podendo ser finalizada em dias, semanas ou alguns meses²¹³.

Sobretudo a isto, muitas vezes, a mediação ajuda na redução dos custos financeiros além dos inquantificáveis e irreparáveis danos

²¹¹ *Idem.* p. 390.

²¹² BONILHA, Alessandra Fachada. *Op. cit.* p.475.

²¹³ MAIA, Andrea; ASSIS, João Afonso de; SOUZA, Mariana Freitas de. *Op cit.* p. 373.

emocionais²¹⁴. A redução dos custos, para Faleck²¹⁵, abrange cinco situações:

De fato, a mediação gera drástica redução de custos e enseja benefícios nítidos e impactantes nos resultados das empresas, como por exemplo: i) solução rápida das disputas, com economia de tempo. ii) redução dos custos diretos e indiretos de resolução dos conflitos (iii) gasto reduzido de tempo de executivos e gerentes internos da empresa; (iv) redução do desgaste de relacionamentos importantes para a empresa; (iv) minimização de incertezas quanto aos resultados.

Quanto a esta última situação apresentada acima, oportuno esclarecer que a mediação, em razão das partes criarem e definirem soluções, com a facilitação do mediador, possibilita sustentabilidade e comprometimento nos acordos²¹⁶. E então, aumenta a certeza no cumprimento das tratativas estabelecidas.

Outra fundamentação seria o melhor entendimento da controvérsia e o afinamento dos temas tratados, pois, dependendo do caso, as partes não conseguem fechar o acordo, nem no momento da mediação, nem após, o que não significa que não se beneficiaram da mediação, como referido no item 1.2 deste trabalho. No caso, então, de não chegarem a um acordo, e, se for necessário, poderão submeter-se a outro método, seja arbitragem ou Judiciário. O que importa é que, em

²¹⁴ GROSMAN, Claudia Frankel; BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan. *Op cit.* p. 383.

²¹⁵ FALECK, Diego. *Op. Cit.* p. 265.

²¹⁶ GROSMAN, Claudia Frankel; BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan. *Op cit.* p.354.

muitas situações, “(...) a mediação planta a semente do acordo, que talvez seja concretizado em um momento futuro.”²¹⁷.

Atentos a esta realidade, o SEBRAE/RJ acredita que a mediação é a melhor forma de gerenciar conflitos, pensando no aumento da produtividade da empresa e no perpetuamento dos negócios. Tanto é a motivação que a empresa criou projetos de incentivo ao diálogo. Tais iniciativas vislumbram a autocomposição como possibilidade real de acesso à justiça. É o que demonstra a pesquisa realizada, em 2001, que, pensando no desenvolvimento na resolução de controvérsias, deu origem ao projeto - Métodos Adequados de Solução de Conflitos - tendo em vista o incentivo às pequenas empresas, bem como ao ambiente favorável para resolvê-los de maneira pacífica. Dentre as ações implementadas, estão: E-Commerce, SEBRAE Mais, Franquia, Disseminação de Soluções e Inovação, feira do empreendedor, políticas públicas, atendimento a escritórios regionais, SEBRAE no pódio, SEBRAE no porto e comunidades pacificadas²¹⁸.

Em resumo, a mediação é vantajosa na medida em que facilita a continuidade das relações, atende aos interesses das partes, diminui gastos com o tempo, com os custos, bem como reduz o desgaste dos envolvidos. Além do mais, atinge um grau de certeza no cumprimento

²¹⁷ FALECK, Diego. Op cit. p. 265.

²¹⁸ Para melhor compreensão, recomenda-se a leitura de ROSA, Márcia. A mediação nas pequenas empresas: a experiência do SEBRAE/RJ. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.411-426.

do acordado muito maior do que no judiciário, pois foi sugerido pelos próprios mediandos.

Conclusão

Diante de todos os argumentos expostos, ficou demonstrado, na presente pesquisa, que a forma de atuação, tanto do mediador, tanto do advogado, em mediação, é um diferencial para obterem-se resultados positivos na gestão de conflitos. O mediador, primeiramente, deve possuir habilidades e técnicas para conduzir a mediação de maneira que desenvolva a comunicação entre as partes. Através disto, constrói-se o diálogo e as partes começam a olhar para o problema de modo diferente e identificar a melhor solução para ambas. Além disso, o mediador deve agir com princípios básicos para não comprometer a mediação.

No mesmo sentido, o advogado tem papel de excelência na mediação desde antes do conflito aparecer, passando pelo surgimento deste, até o comprometimento com as partes para assegurar o que foi acordado, se assim for.

Verificou-se que os conflitos mais recorrentes nas empresas, dentre outros, são o descumprimento do contrato e os casos de franquia e que, à primeira impressão, eles parecem negativos. Porém, cabe lembrar que, a partir de manifestada as diferenças e instaurado realmente o conflito, uma boa administração deste é que pode ajudar a empresa, e, muito mais do que isto, trazer resultados benéficos, como a perpetuidade da relação entre as partes, atendendo preferencialmente o interesse mútuo, com menos gastos em recursos financeiros, menor tempo para resolução do problema e menor o desgaste emocional das

partes que está muito presente nestes casos. Sobretudo a isto, soma-se o aumento da certeza quanto ao cumprimento do acordo, pois os próprios conflitantes é que o sugeriram, pensando no bem para ambos.

Por fim, os estudos da mediação estão evoluindo gradativamente, e, conseqüentemente, a sociedade se mostra capaz a adquirir novos conhecimentos para implementá-la na prática de seu dia a dia. Muito ainda há para percorrer, mas, através da divulgação da mediação, se obtêm maiores informações a respeito e, por derradeiro, angariam-se novos adeptos a utilização da mediação no viés empresarial.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília, DF: FUB, CEAD, 2013.

BONILHA, Alessandra Fachada. Empresas familiares – aprendendo a lidar com conflitos para perpetuar. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 469-480.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 131-145.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina. Que aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. (Com alterações da Emenda nº 02/2015 – DOU, S.1, 04/11/2015, p.77). Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/codigo-etica-disciplina> Acesso em 20 de maio de 2017.

BRASIL. Planalto. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em 20 de maio de 2017.

BRASIL. Planalto. 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em 20 de maio de 2017.

FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11. N.42, p. 263-278, jul.-set. 2014.

FUOCO, Patrícia Freitas. O papel estratégico do advogado na mediação no contexto empresarial. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 12, n. 47, p. 277-296, out.-dez. 2015.

GROSMAN, Claudia Frankel; BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan. As oportunidades da aplicação da mediação no âmbito empresarial. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.383-392.

MAIA, Andrea; ASSIS, João Afonso de; SOUZA, Mariana Freitas de. A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 367-382.

MANFREDI, Denise; BURBRIDGE, Marc. Mediação corporativa: desenvolvendo o diálogo estratégico no ambiente de negócios. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.).

Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 353-366.

ROSA, Márcia. A mediação nas pequenas empresas: a experiência do SEBRAE/RJ. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.411-426.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE. Eduardo de Oliveira. *Mediação, arbitragem e conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. V. 7, p. 17-38.

BARREIRAS AUTOIMPOSTAS PARA O CRESCIMENTO DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA NO BRASIL

*Marcelo Girade*²¹⁹

O mesmo paradoxo percebido nos países membros da Comunidade Europeia também vem se manifestando no Brasil com intensidade cada vez mais forte. Apesar de permitir resultados mais rápidos, menos onerosos e com maior probabilidade de preservação das relações na resolução de conflitos comerciais e empresariais, a mediação tem seus níveis de utilização, no âmbito privado, próximos a zero. A mesma lógica da maximização de recursos para aumentar a lucratividade e sustentabilidade de micro, pequenas, médias ou grandes empresas não é aplicada em larga escala quando se trata de resolver conflitos no mundo dos negócios.

Se a mediação oferece vantagens expressivas como a economia de tempo e dinheiro na solução de conflitos comerciais e empresariais, sua adoção como estratégia principal de resolução de disputas deveria ser a consequência natural por parte de empresas e consumidores no Brasil e em qualquer parte do mundo. Compreender as *barreiras que impedem o aumento da utilização da mediação* nesse contexto passou

²¹⁹ Diretor Executivo da M9GC Conflict Resolution Training. Mediador Judicial desde 2002 e Mediador Certificado ICFML Nível Avançado. Coordenou administrativamente o NUPEMEC do TJDFT entre 2011 e 2014. Membro do Grupo de Estudos em Mediação Empresarial Privada – GEMEP do Comitê Brasileiro de Arbitragem – Cbar e Membro-Fundador do Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos no Brasil.

de um simples ato de curiosidade para a condição de sobrevivência e viabilidade de um método que pode redefinir a lógica econômica e jurídica das relações comerciais.

Duas grandes barreiras ganharam a atenção de mediadores, magistrados, advogados, acadêmicos, legisladores e gestores públicos brasileiros e estrangeiros nos últimos vinte anos. A primeira pode ser entendida como um fator cultural, sinalizando que a baixa adesão à mediação como forma de resolver conflitos é fruto do seu desconhecimento e da escassa oferta de serviços e profissionais tecnicamente preparados para oferecer essa modalidade em níveis mínimos de qualidade e competência. Alternativamente, uma segunda visão sobre o problema da baixa utilização de meios não adversariais de solução de controvérsias partiu da constatação de que era necessário introduzir um conjunto de medidas legislativas que incentivassem a adoção da mediação por partes litigantes tanto dentro quanto fora dos tribunais.

A estratégia adotada, até o momento, para vencer a barreira cultural se concentra em divulgar ao máximo a mediação no maior número de contextos possível, inclusive o empresarial. O resultado esperado é de que quanto mais pessoas, físicas e jurídicas, tomarem conhecimento das vantagens e dos benefícios da mediação em relação aos métodos adversariais de solução de conflitos, maior será a adesão e, conseqüentemente, o número de mediações crescerá, gerando um equilíbrio desejável entre quantidade de mediações *versus* quantidade de ações judiciais. Paralelamente à divulgação e sensibilização da

mediação pelos diversos setores da sociedade, a linha de ação complementar segue na direção de se investir maciçamente no treinamento e na formação de mediadores e de advogados para atuarem na mediação. Novamente, o resultado esperado é de que quanto mais profissionais preparados para atuarem no contexto não adversarial, maior a procura espontânea por esse serviço. Essa era e ainda é a maior aposta para sobrepor a barreira que separa a mediação daqueles que estão procurando resolver seus conflitos. Em outras palavras, a estratégia prioritária para promover a mudança de uma cultura do litígio para uma cultura do consenso é investir em sensibilização, educação e divulgação sobre métodos não adversariais de resolução de conflitos.

Quanto à barreira legislativa, é importante reconhecer que no Brasil foram envidados esforços para gerar uma base regulatória em um período não tão tardio assim, e até mesmo de forma antecipada, comparado com os demais países que também possuem legislações a esse respeito. De forma geral, existe um consenso de que o primeiro movimento, dentro do Brasil, na tentativa de criar um marco legal que sustentasse a mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos foi o Projeto de Lei N. 4827/1998, apresentado à Câmara dos Deputados pela Deputada Federal Zulaiê Cobra. Após uma “via sacra” de 17 anos, com diversas modificações, acréscimos, versões consensuadas, hibernações e outros projetos de lei paralelos, o Brasil finalmente ganhou seu marco legal sobre mediação, consolidado na Lei 13.140/2015. Em complementariedade, no contexto processual, o novo texto do Código de Processo Civil, culminado na Lei 13.105/2015, trouxe, como uma de suas principais mudanças, o reconhecimento do

instituto da mediação como prioritário na tentativa de resolução de disputas.²²⁰

Enquanto o parlamento brasileiro discutia se e de que forma uma lei de mediação seria aprovada, o Conselho Nacional de Justiça, entendendo que era necessário vencer a barreira da baixa utilização da mediação no âmbito dos tribunais, publicou uma resolução que trouxe em seu bojo as sementes de uma política pública judiciária nacional do tratamento adequado dos conflitos de interesses. Por meio da Resolução 125 do CNJ, os tribunais não poderiam mais optar por institucionalizar ou não a mediação. Era preciso investir em uma estruturação organizacional que permitisse oferecer à sociedade um serviço organizado e adequado de mediação de conflitos judicializados ou mesmo em fase de judicialização. Essa medida legislativa, mesmo que em caráter limitado, contribuiu enormemente com os esforços que continuavam a ser feitos no Congresso Nacional para aprovação do nosso marco regulatório.

No entanto, é muito provável que o efeito mais importante da chegada da Resolução 125 para os tribunais tenha sido o de, efetivamente, elevar o número de mediações realizadas em seus

²²⁰ Para uma síntese do percurso sobre o marco legal brasileiro da mediação: TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volume1/revistafonamec_numero1volume1_368.pdf. Acesso em 25 de julho de 2018.

âmbitos. Apesar de todos os movimentos realizados nos anos que precederam a Resolução 125 com o objetivo de estimular os tribunais a aumentarem a utilização da mediação, nada foi tão efetivo quanto essa medida regulatória, mesmo com a sinalização institucional da Ministra Ellen Gracie, então Presidente do STF em 2006 e, por consequência primeira Presidente do CNJ, na direção de que “conciliar é legal e também necessário”. Concentrar esforços para gerar um movimento legislativo, mesmo que limitado, com um grau específico de compulsoriedade, pareceu ter um efeito mais efetivo do que todos os demais esforços realizados até então para vencer a barreira cultural, pelo menos dentro do Judiciário.

Enquanto o marco legal não se tornou uma realidade, múltiplos esforços, realizados por diversas instituições públicas e privadas, se sucederam ano após ano. Guiados pela crença na estratégia de que quanto mais pessoas e organizações conhecerem a mediação e seus benefícios, mais ela será demandada, inúmeros congressos, seminários, encontros, palestras, cursos e formações foram e continuam a ser realizados. Quando a entrada em vigor da Lei de Mediação e do Novo CPC despontou no horizonte, uma onda de esperança e otimismo renovou as energias de mediadores, professores, provedores de serviço de mediação, instituições privadas e públicas. Passados três anos de suas promulgações, pouco ou quase nada se alterou em termos do crescimento do uso da mediação, sobretudo no contexto empresarial privado. A frustração das expectativas gerou uma dúvida inquietante: onde estamos errando?

Fica cada vez mais evidente a necessidade de uma análise sobre o que está impedindo o aumento do uso da mediação como o caminho principal para resolver conflitos comerciais e empresariais no Brasil. Fazendo uma analogia da mediação com as vias alternativas de trânsito, os chamados corredores especiais de circulação, construídos ou delimitados para gerar maior mobilidade nas cidades e permitir o deslocamento de forma mais ágil e menos onerosa, é como se os motoristas, autorizados a utilizar esse recurso, preferissem permanecer na via mais congestionada, gastando combustível e tempo. Essa decisão é tomada, prioritariamente, por desconhecimento, por insegurança, por falta de incentivos ou uma combinação desses fatores? Quais as barreiras que impedem uma tomada de decisão mais apropriada aos objetivos que se deseja alcançar? Investigar o que está acontecendo em outros países, que atravessaram e que estão atravessando o mesmo desafio, guardadas as devidas proporções, pode nos ajudar a visualizar uma resposta.

O MAPA E O TERRITÓRIO

Com o objetivo primeiro de “facilitar o acesso à resolução alternativa de disputas e promover a resolução amigável de litígios, incentivando o uso da mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial”, o Parlamento e o Conselho Europeu estabeleceram, em maio de 2008, a Diretiva N. 52.221 O mapa estava estabelecido, com um objetivo claro a ser alcançado. Cinco anos

²²¹ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008, relativa a determinados aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

depois de publicada a Diretiva Europeia de Mediação de 2008, como ficou conhecida a medida legislativa, o Parlamento Europeu encomendou um segundo estudo preliminar²²² para avaliar o impacto da iniciativa nos países membros. Em outras palavras, era preciso saber se o mapa e o território estavam guardando uma relação de reciprocidade e reversibilidade, além de identificar quanto do percurso havia sido efetivamente cumprido.

Elaborado ao longo do ano de 2013 e publicado em janeiro de 2014, o estudo intitulado *Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impacts of its implementation and proposing legislative and non-legislative measures to increase the number of mediations in the EU*²²³, trouxe um conjunto de informações que podem servir de base para a análise doméstica que estamos propondo no presente texto. O estudo, que teve a contribuição de 816 experts de todos os países membros da Comunidade Europeia, demonstrou que, indubitavelmente, a Diretiva Europeia de Mediação de 2008 ajudou no avanço do discurso e do conhecimento sobre a mediação na Europa. As legislações adotadas pelos países membros, com o intuito de implementar o que prevê a Diretiva, contribuíram para gerar um movimento genuíno de RAD – Resolução Adequada de Disputas na

222 Um estudo inicial foi elaborado no ano de 2011, três anos após a publicação da Diretiva. O estudo de 2014 foi escolhido para o presente artigo em função de sua consistência mais expressiva em relação aos dados coletados e ao intervalo de tempo maior entre a publicação da Diretiva e os possíveis resultados almejados.

223 DE PALO, Giuseppe et al. *Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing legislative and non-legislative measures to increase the number of mediations in the EU*. Bruxelas. União Européia, 2014.

Comunidade Europeia. Tais resultados podem ser percebidos pelo aumento no número de novos centros de mediação, publicações, conferências e treinamentos de todo tipo. No entanto, apesar desses resultados, e as semelhanças com a realidade brasileiras aqui são evidentes, o estudo demonstra que a Diretiva não atingiu seus objetivos conforme o estabelecido em seu artigo 1o: “facilitar o acesso à resolução alternativa de disputas e promover a resolução amigável de litígios, incentivando o uso da mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial”. Sobretudo no que diz respeito a conseguir que os países membros produzissem resultados efetivos quanto ao equilíbrio do número de mediações realizadas em comparação ao número de novas ações judiciais iniciadas por ano nas áreas comercial e civil.

A única exceção foi a Itália, que registrou um número de mediações acima de 200.000. Um desempenho bastante fora da curva se comparado com os demais países da Comunidade Europeia, onde apenas 14% estimaram a realização de mais de 10.000 mediações, 7% na faixa entre 5.000 e 10.000, 11% entre 2.000 e 5.000, 21% entre 500 e 2.000 e preocupantes 46% com menos de 500 mediações realizadas.

Interessante notar que o estudo publicado em janeiro de 2014 não foi o primeiro a ser realizado para avaliar o nível de implementação da Diretiva Europeia. Em setembro de 2011, um primeiro estudo trouxe números muito parecidos com os citados acima. De fato, existia uma recomendação para que a Diretiva deveria ser implementada até maio de 2011, três anos após sua publicação, traduzida basicamente em leis

nacionais que permitissem a promoção e a utilização da mediação progressivamente. A conclusão imediata que pode vir à mente ao nos depararmos com essa informação é a de que três anos configura um período insuficiente para que os países membros conseguissem aumentar, significativamente, o número de mediações, contribuindo para o tão almejado equilíbrio entre mediações e ações judiciais. No entanto, o estudo de 2014 revelou que mesmo passados três anos do primeiro relatório, os números praticamente mantiveram-se nos mesmos patamares, enfraquecendo o argumento de que os países tiveram pouco tempo para produzir resultados compatíveis com o objetivo principal da Diretiva.

Ao que tudo indica, o mapa traçado pela Diretiva não estava sendo seguido como o previsto. Cada país, mesmo com suas particularidades sócio-culturais e com diferentes níveis de evolução legislativa e cultural acerca de medidas de incentivo à resolução adequada de disputas, seguiu por algum tipo de estrada não muito diferente das dos demais, mas que não os levou ao destino imaginado, uma vez que apenas 1 em cada 100 disputas que vão para os tribunais continua a ser resolvida por meio da mediação na Comunidade Europeia. De modo algum o objetivo aqui é diminuir as estratégias adotadas. Da mesma forma, não alcançar o objetivo não significa que não existe movimento nem intenção em atingi-los. A reflexão proposta segue na direção da análise dos resultados obtidos em face das estratégias e modelos escolhidos. O único país que optou por testar um novo caminho ou uma nova estratégia foi a Itália. Foi o único estado membro que atingiu resultados compatíveis com aqueles esperados pela

Diretiva Europeia da Mediação, qual seja o de promover um equilíbrio entre a quantidade de mediações e a quantidade de ações judiciais realizadas para resolver conflitos em uma jurisdição. O que os italianos fizeram de diferente? Essa é uma pergunta que pode nos ajudar a responder quais as principais barreiras que impedem o crescimento da mediação empresarial privada no Brasil e o que pode ser feito para transpor tais obstáculos.

MADE IN ITALY

Para uma explicação mais apurada do que foi e está sendo feito na Itália é necessário, antes de mais nada, compreendermos os quatro modelos principais usados na Comunidade Europeia para implementar a Diretiva. Uma interessante e objetiva classificação desses modelos foi proposta no documento intitulado *The Implementation of the Mediation Directive*²²⁴, apresentado ao Parlamento Europeu em novembro de 2016 como exigência prevista no Artigo 11 da própria Diretiva, onde o relatório deveria apontar o desenvolvimento da mediação na União Europeia e o impacto da Diretiva nos Estados-Membros e, se necessário, apontar propostas de adaptação da Diretiva para alcançar os fins a que se destina.

Essa espécie de taxonomia dos modelos de mediação definidos ou não em legislações é precedida de uma fundamentação breve, mas necessária. Um dos principais obstáculos ao estudo sobre a efetividade

224

Disponível

em:

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf

dos modelos é a generalização dos termos “mediação voluntária” e “mediação obrigatória”. Tal generalização gerou uma polarização de visões, muitas vezes apaixonadas, que tende a impedir a compreensão de determinadas propostas legislativas que, de fato, pretendem sustentar a tão desejada mudança de cultura na sociedade. Se não forem bem compreendidas as diferenciações propostas no estudo integrante do documento supracitado, o debate sobre qual a política pública mais efetiva para o crescimento da mediação em uma determinada jurisdição fica restrito entre a mediação ser ou não obrigatória.

Quatro modelos distintos e possíveis foram, então, identificados como estratégias para implementação da Diretiva nos países membros: 1. Mediação Voluntária Plena; 2. Mediação Voluntária com Incentivos e Sanções; 3. Requerida Sessão Inicial de Mediação; e 4. Mediação Obrigatória Plena. A análise realizada no estudo apresentado ao Parlamento Europeu evidencia que, dentre os quatro modelos, a Requerida Sessão Inicial de Mediação, modelo utilizado na Itália, permite uma combinação otimizada dos elementos mais efetivos tanto dos modelos voluntários como daqueles obrigatórios.

O modelo de Mediação Voluntária Plena parte do princípio de que partes com algum tipo de litígio escolhem, de forma espontânea, resolver seu conflito utilizando a mediação como primeira alternativa. Esse era o modelo utilizado na maioria dos países que compõe a comunidade europeia antes da Diretiva de 2008 e ele não exige, necessariamente, a existência de uma estrutura legal que o suporte. O

mesmo acontecia no Brasil, antes do marco legal da mediação e das mudanças no Novo CPC.

Uma variação desse primeiro modelo, o segundo listado acima, adiciona incentivos e sanções com o objetivo de estimular as partes envolvidas diretamente em uma disputa a utilizar a mediação para resolvê-la. Os incentivos, no contexto europeu, podem ser de ordem financeira como o reembolso de taxas pagas para realizar a mediação ou mesmo créditos fiscais para abatimento no imposto de determinados valores gastos na contratação de mediadores, além de outras modalidades. Na Itália esses abatimentos podem chegar até a 500 euros nos casos em que as partes chegam a um acordo ao final do processo de mediação e a metade em caso de não acordo.²²⁵ Do lado das sanções, estas podem ser aplicadas de diversas formas e graus de coercitividade, como é o caso da impossibilidade de recorrer a um tribunal se não houver a comprovação de que foi feita a tentativa de composição da disputa ou mesmo uma justificativa aceitável da impossibilidade de sua realização, como também da aplicação de multa ou mesmo da limitação de parte dos ganhos para a parte vencedora. Cada país tem suas opções e seus níveis de incentivos ou sanções, como é o caso da Hungria e do Reino Unido onde, antes de iniciar uma ação judicial, as partes devem comprovar que tentaram resolver a disputa diretamente, por meio de negociação, ou indiretamente com a ajuda de um mediador, e a parte

²²⁵ Interessante notar que o reembolso em caso de não acordo tem a finalidade de diminuir o gasto global das partes que estão tentando resolver sua disputa e optaram por utilizar a mediação, uma vez que não chegando a um acordo, em regra, deverão seguir com a opção do processo judicial, com os custos que o acompanham.

que não consegue provar tais esforços deve pagar as custas judiciais da outra parte, independentemente de quem venha a ter ganho de causa. Para que esse modelo seja utilizado, ao contrário do modelo de Mediação Voluntária Plena, é necessária uma lei de mediação que estabeleça tais regras.

Podemos posicionar o terceiro modelo em algum lugar entre a mediação voluntária plena e a mediação obrigatória integral. A Requerida Sessão Inicial de Mediação, como já dito antes, tem o atrativo de combinar o que há de mais vantajoso tanto nos modelos de ordem voluntária como obrigatória. Quando foi sinalizado, anteriormente no texto, que a Itália havia seguido uma estrada diferente dos demais países da Comunidade Europeia, essa é a diferença que permitiu que aquele país saísse de um número ínfimo de mediações para mais de 200 mil anualmente. Esse modelo será melhor detalhado mais à frente, uma vez que é o centro da análise proposta para identificarmos as principais barreiras ao crescimento da mediação privada no Brasil e os seus efeitos dentro e fora dos tribunais. Por agora, é importante qualificar uma característica fundamental dessa estratégia: a obrigatoriedade reside na participação da primeira sessão com um mediador, onde é explicado o que é e como funciona a mediação e analisado, juntamente com todos os envolvidos, incluindo os advogados, se a mediação seria ou não apropriada para o caso. Nessa primeira sessão, que é obrigatória para uma determinada faixa de casos

na área cível e comercial²²⁶, as partes devem participar e decidir se desejam ou não utilizar a mediação para resolver sua disputa, não existindo qualquer sanção para a(s) parte(s) que optar por não dar continuidade ao processo de mediação (modelo “opt-out”).

O quarto e último modelo se situa no lado oposto daquele que prevê a mediação voluntária sem restrições. Falar em um modelo de Mediação Obrigatória Plena ou Integral gera uma sensação de desconforto e, sobretudo, de desalinhamento com os princípios fundamentais da mediação: a voluntariedade e a autonomia da vontade das partes. É importante salientar que nesse modelo a obrigatoriedade reside na participação das partes ao longo de *todo* o processo de mediação, sendo facultado às mesmas a decisão final sobre o resultado. Significa que o encaminhamento das partes para a mediação não as obriga de ter que resolver a disputa na própria mediação. Nesse caso, em muitas situações, as partes precisam arcar com as taxas e honorários que envolvem a prestação dos serviços de mediação. Esse é um modelo que pode ser encontrado em países que optaram por estabelecer que em determinados tipos de casos os juízes podem impor que as partes tentem resolver o litígio utilizando a mediação (e não apenas participando da

²²⁶ Para um conjunto de casos que representam em torno de 10% de todos os tipos de disputas cíveis e comerciais, o modelo de mediação italiano requer que o autor apresente primeiro um pedido de mediação com um provedor desses serviços e participe de uma sessão inicial de mediação para que o recurso aos tribunais possa ser permitido. Tais matérias cíveis e comerciais incluem propriedade imobiliária conjunta, área imobiliária em geral, divisão de ativos, heranças, contratos de empresas familiares, locação de imóveis (incluindo aluguel de apartamentos), negócios comerciais, comodato, responsabilidade e negligência médica, danos morais, danos relacionados à área securitária, contratos bancários e instituições financeiras, dentre outros.

primeira sessão inicial) ou mesmo ter essa previsão na lei para determinados tipos de ação. Junto ao risco do baixo índice de acordos está o impacto na qualidade dos serviços prestados nessa categoria de encaminhamento de casos.

Compreendidos, em linhas gerais, os quatro modelos utilizados pelos países membros da Comunidade Europeia na tentativa de implementar a Diretiva de Mediação de 2008 e identificado o modelo que é utilizado apenas por um dos países, o próximo passo para estruturarmos a análise aqui proposta é conhecermos quais os critérios, ou melhor dizendo, quais os indicadores que nos permitem avaliar a efetividade de cada modelo para atingir o objetivo primordial da Diretiva: alcançar uma relação equilibrada entre mediações e ações judiciais.²²⁷

NÃO SE GERENCIA O QUE NÃO SE MEDE...

Considerado um dos grandes precursores e responsáveis pela evolução da qualidade no mundo, William Edwards Deming, dentre outras reflexões e aprendizados, nos deixou uma orientação importante: “Não se gerencia o que não se mede, não se mede o que não se define, não se define o que não se entende, e não há sucesso no que não se gerencia”. Se levarmos esse princípio para o campo das políticas públicas em resolução adequada de conflitos, seja no Brasil como na

²²⁷ Tais indicadores foram apresentados no documento *The Implementation of the Mediation Directive*, de onde os índices para medição da efetividade dos modelos foram estruturados. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf

grande maioria dos países do mundo, veremos que não podemos sequer considerar que possuímos algum sistema público sólido de gestão de programas de mediação. Não temos dados sobre mediação privada no Brasil, por exemplo. Não é possível saber quantas mediações privadas foram realizadas no país no ano de 2017. Tampouco temos ideia de quantas mediações serão realizadas no ano de 2018. É possível que o mesmo aconteça nos próximos anos, até que consigamos nos organizar para medir o que estamos tentando gerenciar. Os números estão concentrados apenas no aparato público de gestão de conflitos, quando deveríamos considerar o contexto brasileiro como um sistema integrado entre o que acontece dentro, mas também fora dos tribunais. Na Europa não é diferente. Somente a Itália possui um sistema confiável de registro da quantidade de mediações realizadas por ano em comparação com casos novos nos tribunais e o índice de sucesso de tais procedimentos.

Os números divulgados no relatório de 2014 sobre o impacto da Diretiva Europeia de Mediação de 2008, anteriormente citado aqui, são baseados em estimativas feitas por especialistas dos diversos países pesquisados. A partir desses números, é possível se ter uma ideia, com base em um determinado índice, quanto à efetividade da aplicação de um modelo para o alcance de determinado resultado. Esse índice pode nos ajudar a compreender o motivo do modelo italiano ser apontado como a prática de maior sucesso até o momento para atingir o equilíbrio almejado pela Diretiva entre mediações e ações judiciais. Compreender os motivos que levam o modelo adotado por aquele país ser o que mais avançou até o momento pode nos ajudar a identificar o que está sendo feito no Brasil que nos afasta do crescimento da utilização da mediação

por empresas e seus clientes e o que pode ser feito para reverter o cenário em que estamos hoje.

Considerando a classificação já apresentada²²⁸ e diferenciando e qualificando as estratégias para atingir o equilíbrio entre mediações e ações judiciais, um primeiro indicador para medir o nível de sucesso de um modelo é a proporção entre o número de mediações e o número de ações nos tribunais. Esse indicador pode ser apresentado da seguinte forma:

Índice de Equilíbrio Mediação x Ação Judicial =	Número de Mediações	x 100%
	Número de Ações Judiciais	

Segundo Giuseppe De Palo e Leonardo D'Urso, organizadores desse índice e do estudo integrante do último relatório que avalia o nível de implementação da Diretiva Europeia de Mediação de 2008, a proporção desse índice, em um modelo efetivo e ideal, deve ser de 50%, no mínimo, com uma mediação para cada ação judicial.

No entanto, como afirmam os autores, calcular o número de mediações somente não é suficiente para avaliar um sistema. Uma

²²⁸ 1. Mediação Voluntária Plena; 2. Mediação Voluntária com Incentivos e Sanções; 3. Requerida Sessão Inicial de Mediação; e 4. Mediação Obrigatória Plena.

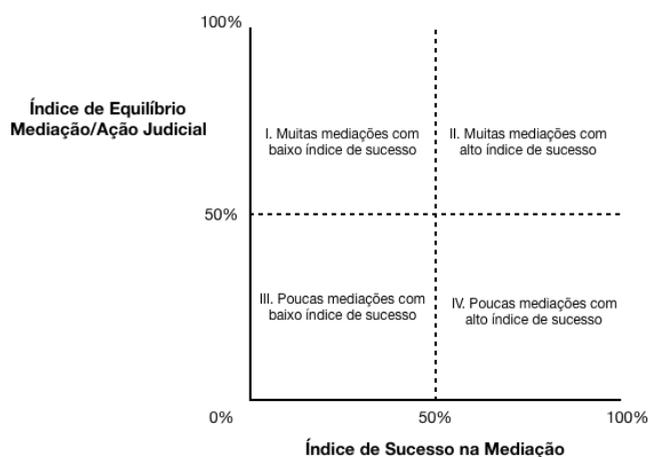
política eficiente deve levar em conta que mediações malsucedidas podem se tornar um peso para as partes em termos de tempo, dinheiro e acesso a uma decisão judicial.

Índice de Sucesso na Mediação	=	Número de Mediações Bem-sucedidas	x 100%
		Número de Mediações	

Aliada à tarefa de aumentar o número de mediações está o trabalho de garantir um ambiente favorável para que elas ocorram, condição fundamental para que boa parte das mediações acabem em consenso. Pode-se dizer que esse índice, portanto, é uma combinação entre ambiente adequado, preparação pessoal e profissional do mediador e vontade das partes.

A partir desses dois indicadores, pode-se avaliar a efetividade de um modelo, tanto em termos de quantas mediações estão sendo geradas por esse sistema como pelo grau de sucesso de tais mediações. Os autores do estudo elaboraram uma matriz que permite medir a efetividade de um modelo de mediação aplicado a um contexto. Para ter um componente de análise comparativa útil para gestores, tanto na área pública como privada, a matriz leva em consideração metas mínimas de desempenho para cada indicador (equilíbrio do número de mediações e sucesso na mediação). Assim, é possível identificar onde se encontra um determinado sistema no seu quadro evolutivo. À medida

em que o sistema se aperfeiçoa, é possível estabelecer metas mais ambiciosas. Conforme a matriz representada abaixo, os autores estabeleceram um ponto de partida conservador para qualificar um modelo efetivo de mediação, onde esse deve estar posicionado no segundo quadrante com, pelo menos, 50 mediações para cada 100 ações judiciais e, ao mesmo tempo, uma taxa de sucesso de, no mínimo, 50% dos casos mediados. A figura abaixo nos permite visualizar esse instrumento de avaliação de sistemas:



O primeiro quadrante traduz um contexto onde existem muitas mediações com baixo índice de sucesso. Tipicamente, representa o efeito de sistemas que utilizam o modelo de Mediação Obrigatória Plena, geralmente aplicados quando a finalidade principal é aumentar o número de mediações sem, necessariamente, estar acompanhando de um controle de qualidade eficiente e de um filtro mais criterioso sobre quais casos são ou não apropriados para serem encaminhados à mediação.

No segundo quadrante, muitas mediações com um alto índice de sucesso, temos uma situação ideal de desempenho. A expectativa, nesse contexto, é de que o índice de sucesso seja cada vez maior, acompanhado pela elevação do número de mediações, diminuindo a demanda nos tribunais na medida em que evitam, ou retiram do contexto judicial, disputas que necessariamente não precisam, ou não precisavam, ser judicializadas. Uma importante observação dos autores desse esquema sinaliza que em uma jurisdição ideal, o índice de mediação X ação judicial deveria estar acima dos 100% (mais casos resolvidos por mediação do que por ação judicial) com um índice de sucesso acima dos 50%. Isso permitiria uma desoneração progressiva do sistema judicial, na medida em que resolução de conflitos passaria a ser feita prioritariamente por meio da mediação, antes mesmo das partes terem que acionar os tribunais para resolverem suas divergências – situação altamente almejada não só nos países da Comunidade Europeia como também no Brasil.

O terceiro quadrante, onde tanto o número de mediações como o índice de acordos produzidos é baixo, exemplifica uma realidade que evidencia dois aspectos preocupantes. O baixo número de mediações indica um reduzido nível de conhecimento sobre a mediação pelas partes em conflito, enquanto que os baixos índices de sucesso apontam para a incapacidade de oferecer um serviço de qualidade. Sinais evidentes de baixo investimento em infraestrutura física, tecnológica, de gestão e de capital humano preparado.

Poucas mediações com alto índice de sucesso, característica do quarto e último quadrante, traduz o resultado da utilização de modelos puramente voluntários. O índice de sucesso é acima da média, normalmente acima dos 70%, uma vez que a utilização da mediação acaba surgindo de forma espontânea, com uma tendência maior de confiar nos resultados desse processo autocompositivo e uma maior disponibilidade para alcançar o consenso. O ideal para uma sociedade é que a procura pela mediação fosse espontânea, aumentando progressivamente a sua utilização à medida que mais e mais pessoas, físicas e jurídicas, tomassem conhecimento dos benefícios e vantagens dessa opção em relação às alternativas adversariais de resolução de conflitos. No entanto, como já exposto, a experiência europeia demonstra que menos de 1% das disputas por lá são resolvidas pela mediação, com exceção da Itália. A conclusão expressa no documento que avaliou o impacto da Diretiva Europeia da Mediação é clara: *sem a implementação de políticas públicas que fortemente encorajem ou requeiram que as partes em conflito tentem, pelo menos, considerar a possibilidade de utilizar a mediação, o resultado será um baixo número de mediações.*²²⁹

A análise desse instrumento de medição da efetividade de sistemas desenhados para promover o crescimento da mediação em uma determinada jurisdição, nos permite fazer uma adicional constatação

229 DE PALO, Giuseppe et al. Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing legislative and non-legislative measures to increase the number of mediations in the EU. Bruxelas. União Européia, 2014.

sobre as barreiras ao crescimento da mediação empresarial privada no Brasil. Não possuímos um histórico de levantamento de dados sobre a utilização da mediação no contexto privado. Essa é uma barreira cultural, onde nossa forma de compreender a realidade para tentar modificá-la para melhor é feita de maneira empírica. Não partimos do pressuposto de que é necessário medir para gerenciar. Precisamos mudar esse modelo mental para dar passos concretos em direção à uma mudança cultural desejável no contexto da resolução de conflitos no Brasil. No contexto privado da mediação empresarial brasileira, pode-se inferir que estamos posicionados no *quarto quadrante*, com pouquíssimos casos sendo resolvidos por meio da mediação em comparação àqueles que seguem o caminho dos tribunais, mesmo que os índices de sucesso estejam em níveis elevados. Já no contexto público, levando em conta apenas os números dos tribunais²³⁰, o índice adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, na 13ª edição do Justiça em Números, é calculado a partir do percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas²³¹. Em comparação com o índice utilizado pela Comunidade Europeia, fica de fora a medição sobre o equilíbrio entre mediações realizadas versus ações judiciais (sobretudo o índice que poderia avaliar a efetividade do Artigo 334 do Novo CPC) e a medição que poderia sinalizar o grau de sucesso das mediações, uma vez que o índice do CNJ não considera o número de mediações

230 Não são computados os acordos feitos pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

231 Segundo informado no próprio relatório, para a medição do indicador não são levadas em consideração as conciliações feitas em fase pré-processual.

realizadas em relação ao número de acordos alcançados e sim o número de acordos homologados em face das decisões e sentenças proferidas. Se utilizarmos o esquema proposto no estudo europeu para avaliar a efetividade de um sistema de resolução consensual de conflitos, a política pública adotada no Brasil tem seus resultados traduzidos no primeiro quadrante, onde a estratégia escolhida gera muitas mediações com um baixo índice de sucesso, o que é não é desejável. No caso da Justiça Estadual, o índice de sucesso (considerando os números globais e o formato da medição do CNJ) é de apenas 12%. Se considerarmos os mais de 17 milhões de casos novos não-criminais da Justiça Estadual no ano de 2016, fazendo uma estimativa bastante generosa a partir de um número de 10 milhões de ações que estariam aptas para encaminhamento à mediação,²³² só seria possível termos uma ideia do equilíbrio entre casos resolvidos por meio da mediação e casos resolvidos por meio da ação judicial se fosse computada a quantidade de mediações designadas em face do montante de casos novos e pendentes, o que geraria um indicador muito aquém da expectativa que a sociedade tem quanto às políticas públicas nesse contexto.

Como dito acima, para termos sucesso no que estamos tentando gerenciar, precisamos, em primeiro lugar, entender quais são as barreiras que impedem um melhor desempenho e suas causas principais. O passo seguinte consiste em definir o que é preciso ser feito para agir nas causas daquilo que impede o Brasil de elevar o uso da

²³² Considerando apenas os casos que deram entrada nos tribunais estaduais naquele ano, sem mencionar o estoque de casos pendentes.

mediação a um patamar aceitável de equilíbrio em relação às ações judiciais - caminho prioritário hoje utilizado pelas empresas, seus parceiros comerciais e seus clientes para resolver suas disputas. Definido, ou melhor dizendo, redefinido o conjunto de ações²³³ necessárias para aumentar o uso da mediação no Brasil, com base em um entendimento mais preciso da realidade, será possível um gerenciamento mais efetivo e maduro das políticas públicas em Resolução Adequada de Disputas.

BARREIRAS AUTOIMPOSTAS

A análise do contexto da União Europeia é particularmente interessante na medida em que fornece um cenário com 28 países²³⁴ submetidos sobre as mesmas regras, estabelecidas em uma diretiva de mediação. Todos eles possuem um amplo grau de liberdade para atingir os objetivos principais estabelecidos na Diretiva: estimular mais pessoas e empresas a usar a mediação e estabelecer uma relação equilibrada entre o número de mediações e o número de ações judiciais. Dos 28 países, apenas um conseguiu resultados que demonstram o atingimento dos objetivos e a evolução constante para patamares cada vez melhores. Com exceção da Itália, que registra mais de 200.000 mediações por ano, 19 dos 28 países estão situados em um patamar com menos de duas mil mediações por ano e apenas três conseguem atingir a marca de pouco mais de dez mil.

²³³ Como resultado da análise e escolha da melhor estratégia para se atingir um objetivo.

²³⁴ Na data da elaboração do presente artigo o Reino Unido ainda permanecia no bloco da União Europeia.

A diferença básica entre os 27 países e a Itália está na forma principal de entrada na mediação. No modelo adotado pela quase totalidade dos países, as partes precisam assinar um termo para dar início à mediação²³⁵(modelos *opt-in*). Na Itália, para os tipos de casos que devem, obrigatoriamente, passar por uma requerida sessão inicial de mediação, as partes já estão automaticamente em processo de mediação, podendo decidir, sem nenhuma sanção, não dar continuidade após a sessão inicial com o mediador credenciado pelo Ministério da Justiça (modelos *opt-out*). No caso do modelo *opt-out* italiano, cinco condições importantes devem estar presentes para gerar bons resultados e afastar o risco da obrigatoriedade ser considerada inconstitucional. A primeira delas é a participação direta das principais partes interessadas. Foi constatado que se apenas o advogado, sem o seu cliente, participa, as chances da mediação seguir para as fases seguintes são muito pequenas. A segunda condição é de que a sessão seja conduzida por um mediador experiente e bem preparado. Terceira, o período de tempo entre a solicitação junto ao provedor de serviços de mediação e a sessão deve ser curto, máximo de 30 dias, e a taxa cobrada para esse primeiro encontro deve ser baixa²³⁶ para não ser caracterizada uma barreira de acesso à justiça. A quarta condição é de que as partes presentes na sessão possam decidir, sem nenhum impedimento ou sanção, não dar

²³⁵ Podendo ser uma cláusula compromissória de mediação prevista em contrato ou mesmo quando as partes optam, mesmo não havendo previsão contratual, espontaneamente por contratar um centro privado ou um mediador ad hoc para tentar resolver seu conflito.

²³⁶ Atualmente essa taxa varia de até 40 euros para casos com valores econômicos até 250 mil euros e até 80 euros para casos acima desse limite. Alguns centros optam por não cobrar nenhuma taxa inicial para atrair clientes.

continuidade ao processo de mediação. A quinta e última condição é de que existam e sejam efetivamente aplicadas sanções expressivas no subsequente processo judicial em caso de não comparecimento de uma ou ambas as partes.

Além desse modelo, obrigatório para os 10% das causas cíveis e comerciais já citadas, a Itália possui dois outros caminhos para que a mediação seja acessada por pessoas e empresas. A opção de iniciar a mediação voluntariamente, com ou sem previsão contratual, ou a situação onde um magistrado, após analisar o caso, solicita que as partes, em um prazo de 15 dias, encaminhem a disputa para um provedor de serviços de mediação para realizar a sessão inicial como condição para o prosseguimento da ação. Das 200 mil mediações iniciadas na Itália em 2017, vinte mil foram por meio de um acordo voluntário das partes para usar a mediação, 1.900 foram ordenadas pelos juízes e 180 mil advindas do modelo *opt-out* na requerida sessão inicial, representando 90% de todo o quantitativo de mediações iniciadas naquele país no ano em questão.

O dado mais interessante, no entanto, está relacionado aos efeitos diretos na redução da demanda para os tribunais a partir da geração de oportunidades de mediação no contexto privado. No ano de 2017, deram entrada nos tribunais italianos 140 mil casos novos nas áreas cíveis e comerciais em que é obrigatória uma primeira sessão inicial. Paralelamente, 180 mil sessões iniciais obrigatórias foram realizadas junto aos provedores de serviços de mediação, produzindo uma proporção de mais de 100% de mediações em relação às ações

judiciais. Foi a primeira vez que a Itália registrou um número maior de mediações do que ações judiciais. Com o modelo da Requerida Sessão Inicial de Mediação em prática desde 2013, ocorreu um significativo decréscimo no número de ações judiciais com uma redução de 30% em casos de propriedade conjunta de imóveis, 40% nas disputas sobre aluguel de apartamentos e 60% em lides por usucapião.²³⁷

Os governos turco e grego estão adotando o modelo italiano em suas jurisdições²³⁸. A Organização das Nações Unidas também está adotando essa prática no âmbito das relações de trabalho, seja para os seus contratados internos como para os consultores externos que estabelecem contratos provisórios de trabalho²³⁹ e a Corte de Nova York está expandindo um projeto-piloto que requer que em diversos tipos de disputas contratuais as partes tentem a mediação antes de ficar diante de um juiz.²⁴⁰ Diante do sucesso italiano em sobrepor as barreiras que impediam um crescimento no uso da mediação em determinados casos cíveis e comerciais, é inevitável que outros países, e seria fundamental que o Brasil começasse a cogitar essa possibilidade,

237 D'URSO, Leonardo. Italy's 'Required Initial Mediation Session': Bridging The Gap between Mandatory and Voluntary Mediation. The Newsletter of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution. Alternatives to the High Cost of Litigation, Vol. 36. N. 4, april 2018.

238 D'URSO, Leonardo. How Turkey Went from Virtually Zero to 30.828 Mediations in Just One Month. Mediate.com. Fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.mediate.com/articles/depalog20180222.cfm>. Acesso em 24 de julho de 2018.

239 La "via italiana" alla mediazione all'ONU. Disponível em: <https://www.mondoadr.it/articoli/la-via-italiana-alla-mediazione-allonu.html>.

240 New York to Litigants: Let's Settle Those Lawsuits. The Wall Street Journal, 4 de Julho de 2018.

comparem os seus modelos e os resultados que conseguiram alcançar até agora.

As barreiras que o Brasil enfrenta para conseguir, de uma vez por todas, fazer com que a sociedade adote a mediação como via prioritária para resolver seus conflitos são de ordem legislativa. A Lei de Mediação (13.140/2015) prevê o modelo de Mediação Voluntária Plena, obrigando as partes a seguir para uma solução mediada somente em caso de previsão contratual. As mudanças no Novo CPC, com destaque para o Artigo 334, prevê o modelo de Requerida Sessão Inicial de Mediação, porém somente depois que uma ação judicial foi iniciada, deixando sob a responsabilidade dos tribunais esse fardo que dá sinais de ser muito mais pesado do que o Poder Judiciário consegue suportar. Cabe ressaltar que no caso do Artigo 334, ainda existe a possibilidade das partes não precisarem passar pela primeira sessão inicial de mediação, se assim for manifestado na inicial por todos os disputantes. É notória, ainda, a prática difundida entre juízes de diversos tribunais estaduais de não encaminhar o caso para mediação ou para conciliação, conforme prevê o Art. 334, alegando que os CEJUSCs não possuem estrutura física e de pessoal para atender de forma adequada e tempestiva.

No entanto, o que permite que a barreira legislativa prevaleça é, de fato, um conjunto de barreiras culturais. Impostas não por um conjunto de leis e regras, mas autoimpostas pelos próprios legisladores, mediadores, advogados, magistrados, acadêmicos e especialistas em mediação ao defender ou simplesmente acreditar que é inadmissível

cogitar a possibilidade de qualquer tipo de medida que obrigue pessoas e empresas a tentar resolver seus conflitos por meio da mediação. Adicionalmente, uma outra barreira cultural impede que a própria mudança de cultura quanto aos métodos consensuais de resolução de conflitos aconteça. As atenções, nesse caso, devem ser concentradas na opção feita pelo legislador, influenciada pelos grupos que entendem dessa maneira, de *posicionar dentro e não fora dos tribunais*, a necessidade das partes em conflito tentarem resolver suas desavenças por meio da mediação. Uma última barreira cultural que nos impede de fazer crescer o número de mediações empresariais privadas no Brasil é a crença de que a solução para a adoção cada vez maior da mediação na esfera privada está em fazer com que mais pessoas e empresas conheçam os benefícios e vantagens da mediação e que assim a sociedade internalize uma cultura da mediação.

As análises apresentadas aqui sinalizam que se não mudarmos nosso modelo mental e nossa concepção sobre o que é preciso fazer para que uma cultura do consenso seja efetivamente adotada, passaremos os próximos dez anos nos lamentando pelos baixos números de mediações e pelos números crescentes de ações judiciais.

Talvez seja o momento de considerar seriamente o que foi enfatizado nos estudos mais recentes²⁴¹ feitos pelo Parlamento e pelo Conselho Europeu ao demonstrar as causas da esmagadora maioria dos

²⁴¹ DE PALO, Giuseppe; D'URSO, Leonardo. Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings. The Implementation of the Mediation Directive Workshop November 2016. Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs. European Union, 2016.

países da União Europeia não terem conseguido alcançar um equilíbrio entre mediações e ações judiciais, com exceção de um único país:

Obviamente, comportamentos benéficos, como a mediação de mais disputas legais devem ser publicamente promovidos e incentivados. A questão principal, no entanto, é se a promoção e os incentivos são suficientes e com que rapidez, eles podem produzir resultados tangíveis. Certos comportamentos são tão importantes que, quando a promoção e os incentivos não geram resultados esperados, o legislador tem o poder – na verdade, o dever – de exigir esses comportamentos. Para ilustrar ainda mais esse ponto, ninguém imaginaria que campanhas públicas de saúde, segurança e educação, por exemplo, seriam suficientes para impedir que a maioria das pessoas fumasse em locais públicos, ou fariam com que usassem cintos de segurança em carros, ou mandassem seus filhos para a escola ou os vacinassem.

Para pessoas que estão em disputa, a decisão de mediar ou não é muito difícil. Entre outras disciplinas, a neurociência contribuiu recentemente para nosso melhor entendimento de por que os seres humanos tendem a não tomar decisões inteligentes quando envolvidos em uma disputa. Um fator importante a considerar aqui é que os litigantes na União Europeia pagam em média apenas 24% dos custos orçamentários dos tribunais por meio de taxas fiscais e judiciais. O saldo, 76%, é pago por aqueles que não vão à Justiça. A maioria das pessoas tem o direito de exigir que a minoria use os recursos judiciais de forma inteligente.

Uma ilustração útil da relação entre cultura de mediação e legislação de mediação vem da Itália. Como observado, quase 200.000 disputas são mediadas todos os anos. Ainda assim, 81,6% delas vêm de casos em que a lei exige mediação (como em disputas bancárias e de seguros, por exemplo). As mediações voluntárias representam apenas 8,3% dos casos. No entanto, os mesmos cidadãos, mesmas empresas, mesmos advogados, mesmos mediadores e as mesmas regras de mediação estão em jogo. Com o tempo, a prática da mediação apoiará a cultura da solução amigável de disputas – não o contrário. Ainda assim, a cultura de mediação ainda terá que ser iniciada e sustentada por uma legislação efetiva de mediação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revista_fonamec_numero1volume1_368.pdf. Acesso em 25 de julho de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em Números 2017 – Ano Base 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.

DE PALO, Giuseppe et al. Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing legislative and non-legislative measures to increase the number of mediations in the EU. Bruxelas. União Européia, 2014.

DE PALO, Giuseppe; D'URSO, Leonardo. Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings. In: The

Implementation of the Mediation Directive Workshop November 2016. Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs. European Union, 2016.

DE PALO, Giuseppe et al. *Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing legislative and non-legislative measures to increase the number of mediations in the EU*. Editado pelo Parlamento Europeu, Bruxelas, 2014.

D'URSO, Leonardo. Italy's 'Required Initial Mediation Session': Bridging The Gap between Mandatory and Voluntary Mediation. **Alternatives to the High Cost of Litigation**, New York, v. 36. n. 4, abr. 2018.

D'URSO, Leonardo. *How Turkey Went from Virtually Zero to 30.828 Mediations in Just One Month*. **Mediate.com**, fev. 2018. Disponível em: <https://www.mediate.com/articles/depalog20180222.cfm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MATEUCCI, Giovanni. La "via italiana" alla mediazione all'ONU. **Mondo ADR**, Roma, mai. 2018. Disponível em: <https://www.mondoadr.it/articoli/la-via-italiana-alla-mediazione-allonu.html>. Acesso em: 15 jul. 2018.

RAMEY, Corinne. New York to Litigants: Let's Settle Those Lawsuits. **The Wall Street Journal**, Nova Iorque, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://www.nycbar.org/media-listing/media/detail/new-york-to-litigants-lets-settle-those-lawsuits-the-wall-street-journal>. Acesso em: 19 jul. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2018.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL: AFINAL, QUAL A RELAÇÃO ENTRE ELAS?

*Raffaella da Porciuncula Pallamolla*²⁴²

*Daniel Achutti*²⁴³

Falar de justiça restaurativa não é tarefa fácil. As dificuldades são inúmeras e de diversas ordens. Enfrentar a desconfiança e resistência de muitos – quase sempre fruto do desconhecimento do tema; apresentar noções nem muito amplas e vagas e nem muito restritivas de um modelo de justiça que está *em construção e em constante transformação*; e refletir sobre uma proposta de *modelo de justiça restaurativa* adequado à cultura brasileira e contrastá-lo ao que de fato é justiça restaurativa no Brasil, são alguns dos desafios.

De uma maneira bastante geral, pode-se dizer que a justiça restaurativa é vista como uma forma de administração de conflitos distinta da imposta pelo modelo de justiça penal tradicional. Possui princípios diferentes dos sustentados pelo modelo tradicional (baseado no processo penal e na imposição de penas) e propõe, dentre outras coisas, a participação da vítima e do ofensor (investigado/réu/apenado)

²⁴² Doutora em Ciências Sociais pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e em Criminologia e Execução Penal pela Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Consultora PRODOC/PNUD e DEPEND - Departamento Penitenciário Nacional para o desenvolvimento de proposta de Política Nacional de Práticas Restaurativas no Sistema Prisional (2016-2018). Vice-Presidente da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS (2013/2018). Professora na Universidade La Salle. Advogada.

²⁴³ Advogado. Professor de Direito Penal na Universidade La Salle.

na resolução do conflito, a reparação do dano decorrente do delito (simbólica e/ou materialmente) e a responsabilização do ofensor de maneira não estigmatizante e excludente.

Através da utilização de práticas de administração de conflitos baseadas no diálogo entre aqueles direta e/ou indiretamente implicados no conflito/crime, busca-se alcançar um acordo sobre o que deve ser feito em relação à ofensa e ao dano causado à vítima. Pode-se ainda dizer que este modelo almeja a constrição do sistema de justiça criminal tradicional, sobretudo no que diz respeito à redução da aplicação de penas (principalmente da pena privativa de liberdade)²⁴⁴.

É certo que a justiça restaurativa é um tema presente em diversos países ocidentais e, nas últimas duas décadas também no Brasil. No entanto, se hoje é possível falar num *modelo de justiça restaurativa* com certa clareza e precisão, há algumas poucas décadas isso era impensável.

Foi diante da insuficiência do modelo institucionalizado de administração de conflitos oferecido pela justiça penal que práticas de justiça restaurativa, paulatinamente, foram sendo experimentadas em diversos países a partir da década de 1970. As primeiras e mais conhecidas experiências foram realizadas no Canadá (1974), Estados Unidos da América (1978), Noruega (1981) e Nova Zelândia (1989)²⁴⁵.

²⁴⁴ Para uma diferenciação aprofundada dos modelos, conferir: PALLAMOLLA, 2009; ZEHR, 2008; ROCHE, 2007; WALGRAVE, 1993, apud JACCOUD, 2005.

²⁴⁵ Sobre a cronologia dos programas pioneiros de justiça restaurativa, conferir: Van Ness, Daniel W. E Strong, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to Restorative Justice*. New Providence, NJ: LexisNexis, Anderson Publishing, 2010, 4a ed.

Destas, as da Noruega e da Nova Zelândia se desenvolveram no contexto da justiça juvenil, sendo que apenas esta última utilizou a *conferência de grupo familiar (family group conference)* como prática restaurativa. Todas as demais experiências utilizaram a *mediação vítima-ofensor (VOM)* e eram voltadas para casos envolvendo ofensores adultos.

Importante salientar que as primeiras experiências, em sua grande maioria, foram de iniciativa de agentes de condicional (*probation offices*) e de atores da comunidade. No caso do Canadá e dos EUA, a organização cristã dos Menonitas desempenhou importante papel²⁴⁶.

Com o passar das décadas, à mediação vítima-ofensor foram agregadas outras práticas, a exemplo das conferências (inicialmente na Nova Zelândia) e dos círculos restaurativos (usados primeiramente no Canadá) (Van Ness, Daniel W. & Strong, Karen Heetderks, 2010, pp. 28-29).

Pode-se se dizer que na década de 1970 a justiça restaurativa se encontrava em fase experimental. Já na década de 1980, tais experiências foram institucionalizadas e outras, em outros contextos, surgiram. Finalmente, na década seguinte (1990), a justiça restaurativa se expandiu e se articulou mais com o sistema de justiça criminal, de

²⁴⁶ Para mais detalhes sobre as primeiras experiências com justiça restaurativa, conferir: Van Ness, Daniel W. E Strong, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to Retorative Justice*. New Providence, NJ: LexisNexis, Anderson Publishing, 2010, 4a ed.

forma a ser inserida em todas as etapas do processo penal (JACCOUD, 2005, p. 166).

Evidentemente, esse desenvolvimento da justiça restaurativa não foi uniforme em todos os países. No Brasil, as primeiras experiências com justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário foram implementadas em 2005²⁴⁷, através do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, organizado e financiado pelo Ministério da Justiça (Secretaria da Reforma do Judiciário), Secretaria Nacional de Direitos Humanos e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Foram três projetos-piloto, um em Porto Alegre/RS, outro em São Caetano do Sul/SP e outro em Brasília/DF, todos hoje detêm a condição de programas, ou seja, estão solidamente institucionalizados no âmbito de seus respectivos Tribunais de Justiça. Os dois primeiros utilizam as práticas dos círculos de construção de paz e restaurativo e se desenvolvem no âmbito da justiça juvenil, enquanto o último utiliza a mediação vítima-ofensor para casos envolvendo ofensores adultos.

Este é um ponto que merece atenção e é aqui que se começa a responder a pergunta proposta no título deste artigo: “*afinal, qual a relação entre justiça restaurativa e mediação penal?*”

²⁴⁷ Importante referir que antes mesmo da implementação dos três projeto-pilotos, houve algumas experiências esparsas no âmbito comunitário e também no âmbito judicial. Pode-se dizer que desde 1995 há relatos de experiências com justiça restaurativa no Brasil. A respeito desse período inicial de experimentações, conferir: Pallamolla, 2017.

Dentre os três programas mencionados, não há dúvidas que os dois com maior repercussão nacional são os desenvolvidos nos estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo. Em ambos, os programas ultrapassaram as fronteiras das cidades onde foram inicialmente implementados e estão presentes em diversas cidades desses estados.

O fato de que os dois programas de justiça restaurativa do Brasil com maior repercussão sejam desenvolvidos sobretudo no âmbito da justiça juvenil e utilizem as práticas dos círculos de construção de paz e restaurativo (conforme o modelo difundido no Brasil pela capacitadora Norte-Americana Kay Pranis²⁴⁸), pode explicar o motivo pelo qual a justiça restaurativa no Brasil é muitas vezes confundida – ou até mesmo *identificada* – como sendo aquela que aplica o *círculo restaurativo* como *único procedimento possível* (ou *único método possível*) adequado aos casos envolvendo crianças ou adolescentes em conflito com a lei²⁴⁹.

O fato é que, ao ser identificada com a prática do círculo, a justiça restaurativa no Brasil parece ter se fechado para outras práticas, em especial para a mediação (penal ou vítima-ofensor). É como se tivesse se pacificado a ideia de que a mediação pode ser aplicada a qualquer outra *espécie* de conflito (como, por exemplo, conflitos

²⁴⁸ A respeito da influência de Kay Pranis na justiça restaurativa brasileira, conferir: Pallamolla, 2017.

²⁴⁹ Esse desenvolvimento focado no sistema de justiça juvenil pode ser explicado, por exemplo, pela maior flexibilidade outorgada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aos atores responsáveis pela aplicação das medidas socioeducativas em relação as escassas brechas legais que possibilitam a aplicação da justiça restaurativa na justiça penal de adultos (por exemplo, via artigo 66 do Código Penal e artigos 71 e seguintes da Lei 9.099/95), no entanto, não há espaço para tratar do tema aqui.

familiares ou envolvendo as partes de um contrato), como de fato já o é há algumas décadas, exceto o criminal. Isso se deveria ao fato de que a mediação possuiria princípios incompatíveis com a *natureza* dos casos criminais, os quais pressupõem um desequilíbrio intrínseco entre as partes, o que impediria, por exemplo, que se estabelecesse uma igualdade entre elas.

É importante salientar que este entendimento também é sustentado por um dos autores pioneiros em Justiça Restaurativa, o americano Howard Zehr. Para ele, o próprio *termo* mediação é inadequado para casos criminais, pois “as vítimas de estupro ou mesmo de roubo não querem ser vistas como ‘partes de um conflito’” (2012, p. 19). Além disso, segundo Zehr (2012), a mediação pressupõe a utilização de uma linguagem neutra, a qual, novamente, não coadunaria com os princípios da justiça restaurativa: “para participar de um encontro de Justiça Restaurativa, na maioria dos casos o ofensor deve admitir algum grau de responsabilidade pela ofensa, e um elemento importante de tais programas é que se reconheça e se dê nome a tal ofensa” (Zehr, 2012, p. 19).

No entanto, o sustentado por Zehr se desfaz diante das experiências com mediação penal em vários países. De fato, a mediação é utilizada para lidar com diversos tipos de crimes, inclusive crimes graves como é o caso dos crimes sexuais. Por proporcionar um ambiente mais reservado (e seguro) à vítima, esta prática tem sido preferida por programas voltados a este tipo de crime.

Para uma melhor percepção do alcance da prática da mediação em matéria penal, exemplar a obra *Restorative justice and mediation in penal matters*, organizada por Frieder Dünkel, Joanna Grzywa-Holten e Philip Horsfield (2015),²⁵⁰ em que são narradas as experiências de trinta e seis países europeus em justiça restaurativa e mediação penal. A maioria dos países avaliados utiliza com regularidade a mediação penal como prática restaurativa, sem qualquer distinção quanto à maior ou menor *intensidade restaurativa* em relação a outras práticas. Pressupor que uma determinada prática é mais *restaurativa* do que outra significa romper com a própria ideia de que não há um conceito fechado em torno à justiça restaurativa²⁵¹ e, sobretudo, que seria possível determinar de forma objetiva quando isso ocorre.

Não menos importante, por fim, cumpre sempre relembrar as lições de Louk Hulsman (1986),²⁵² quando refere que não existe uma realidade ontológica para determinar a classificação de uma infração como penal: o que existe é, muito antes disso, uma classificação jurídica arbitrária, estabelecida – como no caso brasileiro – por legisladores, que em determinado momento histórico estabelecem o que é crime e o que, por consequência, não é.

²⁵⁰ Dünkel, Frieder; Grzywa-Holten, Joanna; Horsfield, Philip (eds.). *Restorative justice and mediation in penal matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*. Mönchengladbach (Alemanha): Forum Verlag Godesberg, 2015.

²⁵¹ A respeito do conceito aberto de justiça restaurativa, conferir: Sica, 2007, e Pallamolla, 2009.

²⁵² Para uma melhor compreensão sobre a importância da obra de Louk Hulsman para a justiça restaurativa, conferir: Achutti, 2016.

No mesmo sentido, querer definir que a mediação não se aplica a casos penais equivale a aceitar que é possível estabelecer, a partir da natureza dos fatos envolvidos, que existe uma clara e evidente realidade ontológica para cada conflito. Não seria possível ignorar, portanto, na esteira de Hulsman (1986), que tais definições são estabelecidas por seres humanos, e que uma simples lei pode alterar todo o panorama da natureza de uma infração – e, portanto, de um conflito: o que define a natureza de um conflito será, sempre, a classificação jurídica do fato envolvido – que, por sua vez, é estabelecida pelo legislador.

De qualquer forma, o que se quer destacar neste pequeno arrazoado é, em primeiro lugar, a importância de se conceber a justiça restaurativa como um modelo de justiça que pode lançar mão de diversas *práticas restaurativas* para ver alcançado seus objetivos – que podem ser os mais variados (instaurar o diálogo, buscar a reparação do dano, ouvir as necessidades de vítima e ofensor e, na medida do possível, atendê-las, etc.) e, em segundo lugar, a importância da prática da mediação para a justiça restaurativa.

Então, *qual a relação entre mediação e justiça restaurativa?* É certo que ambas possuem histórias diferentes mas que, ao final, cruzam-se. Conforme Miers (2003, p. 51), cada um dos conceitos é mais amplo e mais restrito do que o outro, simultaneamente. Assim, segundo este autor, por um lado a justiça restaurativa é mais restrita do que a mediação porque se aplica somente à esfera criminal, enquanto a mediação é utilizada em conflitos criminais e de outras esferas. Por outro lado, a justiça restaurativa é mais ampla em relação às possíveis

respostas que o ofensor pode dar, alcançadas por outros meios que não a mediação (trabalhos prestados com a finalidade de reparar a vítima e, em alguns países, indenizações determinadas pelo tribunal, etc.), ao passo que a mediação, na esfera criminal, refere-se apenas às relações entre vítima e ofensor que são estabelecidas na mediação.

No entanto, é preciso salientar que a diferenciação feita por Miers – há mais de dez anos – encontra algumas limitações na atualidade, visto que existem programas de justiça restaurativa direcionados a conflitos que extrapolam os limites do sistema de justiça criminal, a exemplo de programas desenvolvidos para lidar com conflitos escolares, conflitos na comunidade, ou ainda, conflitos desencadeados no ambiente de trabalho.

Ainda assim, não há dúvida de que, dentre as inúmeras práticas restaurativas existentes, a mediação é a mais utilizada e também a que possui mais tempo de aplicação. (SCHIFF, 2003, pp. 317-318 e RAYE e ROBERTS, 2007, p. 213). Ela “consiste en el encuentro víctima-ofensor ayudadas por un mediador con el objetivo de llegar a un acuerdo reparador” (LARRAURI, 2004, p. 442).

Mais recentemente, observa-se algumas alterações na clássica formação da mediação, sendo cada vez mais comum a inclusão dos familiares e amigos da vítima e do ofensor, a fim de proporcionarem maior apoio aos implicados. Observa-se, igualmente, outra variação do processo chamada de shuttle diplomacy. Nesta variante, o mediador encontra-se com a vítima e o ofensor separadamente, sem que estes venham posteriormente a encontrar-se. Esta prática consiste numa

mediação indireta, já que a comunicação entre vítima e ofensor é feita somente por intermédio do mediador. Ela é utilizada em diversos programas de mediação vítima-ofensor (VOM) na Europa e pode ser adequada para lidar com casos em que existe um sério desequilíbrio de poder entre as partes (RAYE e ROBERTS, 2007, p. 219).

Também surge, recentemente, a figura do comediador e de múltiplas vítimas e ofensores que participam do mesmo processo de mediação. Este último caso ocorre nas hipóteses quando ofensor ou vítima não podem ou não querem encontrar a outra parte, podendo-se formar grupos de vítimas que se encontrarão com um grupo de ofensores (que não são os mesmos que cometeram delitos contra aquelas vítimas), num processo substitutivo. Tal processo busca viabilizar o diálogo entre vítimas, ofensores e, eventualmente, representantes da comunidade, para falarem sobre as causas e consequências do delito (RAYE e ROBERTS, 2007, pp. 212, 216-7).

O processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar que estas partes se encontrem num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo. Antes de encontrarem-se, vítima e ofensor passam por conferências separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo. Segue-se o encontro entre ambos, no qual o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem, então, a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre porquê e como o delito ocorreu. Depois desta troca de

experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente) (SCHIFF, 2003, p. 318). Claro que a descrição acima não pretende ser universal. A mediação, assim como as outras práticas restaurativas, deve ser flexível e poder ser adaptada às necessidades do caso concreto.

Com o uso da mediação, pretende-se desfazer os mitos e estereótipos relacionados tanto à vítima (alguém frágil e desempoderada) quanto ao ofensor (criminoso). Segundo Tony Peters e Ivo Aertsen, autores de um projeto de investigação sobre mediação na Bélgica, um dos efeitos mais importantes do processo de mediação é a *destruição dos mitos com relação à vítima e ao infrator*, o que decorre da participação ativa de ambos no processo restaurador:

Ambas partes involucradas en la experiencia de mediación ven un tipo de “justicia” en vez de, pasivamente, recibir “justicia”. Desde este enfoque, ambas partes se sienten más responsables y abandonan los estereotipos tradicionales de su forma de pensar: “el delincuente intratable” y la “víctima que se aprovecha” se convierten en “mitos” impracticables. (PETERS e AERTSEN, 1995, p. 140)

Assim, ao contrário do procedimento da justiça penal tradicional, que respalda e reproduz os mitos sobre o autor do crime através da seleção de informações dirigidas à acusação e à sentença, na mediação o enfoque está nas informações que possam aproximar as partes em conflito a fim de chegarem a um acordo (PETERS e AERTSEN, 1995, p. 141).

A mediação sem dúvida é uma forma diferente de encarar o evento *crime*. Ela traz os implicados para o cerne da discussão a fim de

que participem do processo de justiça e troquem experiências, e com isto auxilia as partes a compreenderem a dimensão social do crime (conflito). Todavia, por inserir esta complexidade na justiça criminal, a mediação não se apresenta como uma prática simples, mas sim como algo que demanda muito dos que dela participam, pois “exige que os indivíduos (quer isoladamente ou como membros da sociedade) encarem e reconheçam os interesses dos outros como condicionantes das suas próprias acções ou omissões” (MIERS, 2003, p. 51).

Voltando ao Brasil, as práticas restaurativas recentemente receberam novo impulso com o advento da Emenda n. 1 à Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de janeiro de 2013. O ato normativo do CNJ estabelece que os Tribunais de Justiça, deverão criar “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”, e estes poderão implementar e estimular a implementação de programas de *mediação penal ou outra prática restaurativa*, visando sua utilização nos conflitos que sejam da competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados da Infância e da Juventude.

O interessante é que a Resolução confere lugar de destaque para a mediação penal, pois é a única prática restaurativa que é especificada. Talvez, e só talvez, isso indique que é chegada a hora de implementar novas experiências em justiça restaurativa, experiências que levem em consideração muitas décadas de produção de conhecimento e de prática em mediação – seja em âmbito penal ou não – provenientes dos mais diversos contextos, inclusive do brasileiro, pois aqui, a mediação em âmbito não-criminal já passou da fase experimental.

Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DÜNKEL, Frieder; GRZYWA-HOLTEN, Joanna; HORSFIELD, Philip (eds.). *Restorative justice and mediation in penal matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*. Mönchengladbach (Alemanha): Forum Verlag Godesberg, 2015.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 163-188.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, pp. 439-464.

MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. In Relatório DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa, set. de 2003, pp. 45-60.

PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de conflitos*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017.

PETERS, Tony e AERTSEN, Ivo. *Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-accion*.

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, nº 8, Extraordinario, diciembre, 1995, pp. 129-146.

RAYE, B. E. and ROBERTS, A. W. Restorative processes. In Handbook of Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 211-227.

ROCHE, Declan. Retribution and restorative justice. In Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). Handbook of Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, pp. 75-90.

SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. . In VON HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M. (eds.). Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 315-338.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e medição penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VAN NESS, Daniel W. E Strong, Karen Heetderks. Restoring Justice: an introduction to Retorative Justice. New Providence, NJ: LexisNexis, Anderson Publishing, 2010, 4a ed.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2012.

APLICABILIDADE PRÁTICA DAS FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO PARA TRATAMENTO DE RELAÇÕES PARENTAIS E ALIENAÇÃO PARENTAL

*Elsa de Mattos*²⁵³

*Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias*²⁵⁴

Resumo: O presente trabalho apresenta a mediação como o processo adequado para tratamento de relações interpARENTAIS, sendo um método eficiente para prevenir e solucionar situações de alienação parental. A especificidade reside na abordagem comunicativa das técnicas que devem ser aplicadas pelo mediador, para transformação do conflito e da relação.

Palavras-chaves: mediação; conflito interpARENTAL; alienação parental.

Abstract: This article presents mediation as the appropriate process for the treatment of interparental relationships, being an efficient method to prevent and solve situations of parental alienation. The specificity lies in the communicative approach of the techniques that must be applied by the mediator, to transform the conflict and relationship.

Keywords: mediation; interparental conflict; parental alienation.

²⁵³ Doutora e Mestra em Psicologia pela Universidade Federal da Bahia. Psicóloga Clínica (CRP 03/1392). Mediadora Judicial e Extrajudicial certificada pelo TJ-BA e pela Universidade Federal da Bahia. Perita judicial. Professora universitária de Psicologia Jurídica. Membro da Comissão de Mediação do CFOAB.

²⁵⁴ Mestra e Especialista em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Mediadora certificada pelo Mediation Foundation Program, Columbia University School of Law (EUA). Supervisora jurídica de CEJUSC Pré Processual – TJ/BA. Coordenadora da Câmara de Mediação da OAB/BA. Membro da Comissão de Mediação da OAB/BA. Professora universitária.

1 Introdução

O ambiente familiar constitui-se, inevitavelmente, em um espaço natural de administração de conflitos e relações, tendo em vista a interdependência de membros da família, com coexistência de interesses distintos.

Ocorrências de separação e divórcio representam situações mais delicadas, pois ensejam a necessidade de mudanças, sendo necessário o consenso sobre novas bases familiares. Diante das divergências, é comum que os protagonistas da relação familiar assumam posições antagônicas, constituindo-se em catalizadores negativos na reorganização familiar, o que pode ocasionar o prolongamento ou o acirramento do conflito entre os genitores e, em consequência, a perda de contato da criança com um dos genitores (alienação parental). A relevância desta temática justifica-se, pois a relação parental conflituosa e alienação parental prejudicam o desenvolvimento saudável de crianças e adolescente, gerando impactos negativos na transição para a vida adulta e na socialização em contextos familiares, escolares, profissionais. Ao invés de protegê-las e zelar pelo seu bem-estar, as famílias em conflito colocam crianças e adolescentes em risco psicoemocional, o que acarreta sérios danos pessoais e sociais.

Por conseguinte, torna-se necessário identificar os métodos adequados ao tratamento dessas situações, a fim de que estes catalizadores sejam prevenidos ou reprimidos, para que as experiências de separação e divórcio possam representar oportunidades de

conhecimento recíproco, crescimento, amadurecimento, fortalecimento das relações e organização familiar.

Em virtude desta necessidade, o presente trabalho visa estudar o processo da mediação para identificar sua adequação ao tratamento de conflitos interparentais e alienação parental, considerando a aplicação de técnicas comunicativas, conhecidas como ferramentas, pelo mediador. O objetivo, portanto, é identificar a capacidade e alcance que tem este processo para auxiliar na transformação da relação familiar, com base no desenvolvimento de habilidades colaborativas.

2 CONFLITOS INTERPARENTAIS E ALIENAÇÃO PARENTAL

Uma das situações apontada como mais estressante para a família é a separação ou divórcio de casais com filhos, pois implica uma série de mudanças e reorganizações na vida tanto dos pais quanto das crianças e adolescentes. Pesquisadores na área de família ressaltam que a dissolução da conjugalidade (separação/divórcio) é um processo complexo, pluridimensional e que ocorre de forma diferenciada em cada família (FÉRES-CARNEIRO, 2003; FÉRES-CARNEIRO & NETO, 2010). Entretanto, estudos apontam que, nessas situações, aumenta a probabilidade de pais e crianças evidenciarem mal-estar psicológico. Reações adversas em vários níveis, bem como sintomas comuns nessa fase de transição, têm sido descritos em vários estudos, entre os quais destacam-se: piores indicadores de desempenho

acadêmico, de ajustamento psicológico, de autoconceito, de relações sociais e de qualidade no relacionamento com o pai e com a mãe.

Entretanto, a separação ou divórcio em si mesmos, não acarretam necessariamente consequências negativas. Os níveis de tensão e conflito vivenciados pelas famílias e a qualidade dos recursos (individuais e familiares) disponíveis para lidar com essas tensões são os fatores mais associados com tais efeitos (LAMELA, FIGUEIREDO, & BASTOS, 2010). No presente artigo vamos focar dois aspectos que podem atuar como catalizadores de mudanças negativas na reorganização familiar após separação ou divórcio: a continuidade ou o acirramento do conflito entre os genitores e a perda de contato da criança com um dos genitores (alienação parental).

O acirramento do conflito nas famílias é vivenciado quando os genitores estão envolvidos em conflitos contínuos e mal resolvidos, que ao invés de cessarem, intensificam-se com a separação ou divórcio (COATES & FIELDSTONE, 2008; SBARRA & BECK, 2013; BECK, WALSH, MECHANIC, & TAYLOR, 2010). A forma como o conflito é vivenciado e encaminhado torna-se um importante desafio para as famílias em transição, contribuindo para diferentes resultados. Quando o casal apresenta manejo apropriado dos conflitos e habilidades de comunicação, envolvendo estratégias positivas de resolução de problemas, tais como a busca pelo diálogo, os resultados tendem a ser mais positivos e duradouros. Entretanto, quando estão movidos pela necessidade de controlar ou punir uns aos outros, ocorre uma escalada do conflito e os genitores continuam a divergir por questões

superficiais. Nessas situações, fazem uso frequente de hostilidade, agressão física e/ou verbal e insultos pessoais, costumam trocar de advogados com frequência, quando já estão em processos judiciais, levando a juízo várias petições relacionadas aos filhos e também apresentando falsas alegações de crimes, negligência ou abuso infantil (COATES & FIELDSTONE, 2008; RAPOSO, FIGUEIREDO, LAMELA, NUNES-COSTA, CASTRO & PREGO, 2011; JURAS & COSTA, 2011).

Essa forma extrema de conflito pode ser caracterizada como uma competição formalizada na qual há um vencedor e um perdedor para cada questão levantada. O foco da atenção dos pais recai sobre a competição em si mesma e não sobre o que seria mais relevante para o bem-estar dos filhos. No extremo, os ex-casais podem tornar-se tão polarizados em seus desejos e hostis emocionalmente que o desenvolvimento psicoemocional dos filhos fica comprometido no longo prazo, exigindo acompanhamento psicológico e psiquiátrico por períodos prolongados de tempo.

Nessas situações acontece o efeito conhecido como “*spillover*”, que consiste num transbordamento ou reverberação do clima emocional negativo da relação de *conjugalidade* dos genitores para a *relação parental* (MOSMANN, ZORDAN, & WAGNER, 2011). Pesquisas apontam que diferentes aspectos podem influenciar no aumento do efeito *spillover*. Dentre eles, destacam-se: triangulação do conflito (envolver o filho nos desentendimentos do casal), internalização (ansiedade e depressão) ou externalização (comportamentos agressivos

ou opositivos) dos problemas, maior dependência em relação aos pais e presença transtorno bipolar ou de sintomas depressivos nos membros do ex-casal (BENETTI, 2006; BUEHLER & WELSH, 2009).

A reverberação pode ocorrer de maneira direta ou indireta. Na reverberação direta, pela exposição da criança ao conflito parental, quanto maior a exposição a níveis elevados de conflito, maior o comprometimento para o desenvolvimento saudável dos filhos. A reverberação indireta decorre de mudanças nas atitudes de um ou de ambos os genitores em relação aos filhos, sendo uma de suas formas mais recorrentes o afastamento entre pais e filhos, que pode ser consequência do estranhamento ou da alienação parental.

Alienação Parental (AP) corresponde a um fenômeno complexo e multicausal, que ainda encontra fortes resistências científicas a sua aceitação tal como proposto pelo autor Richard Gardner, na década de 1980. Entre as críticas mais contundentes, destacam-se: a patologização e criminalização de condutas que podem ser transitórias aos momentos de reorganização familiar; tendência a promover o aumento da polarização entre os genitores; ênfase no comportamento do genitor alienador, desconsiderando a dinâmica sistêmica das relações familiares (JOHNSTON & KELLY, 2004).

No Brasil, a AP encontra acolhimento e definição legal (Lei 12.318/2010), concebida como um “ato de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie

genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. Desse modo, é possível perceber que, no nosso país, a legislação coloca ênfase na conduta praticada pelos adultos, corroborando a ideia de que a AP pode decorrer de situações de alto conflito inter-parental.

Diante de um caso no qual a criança rejeita um dos genitores, torna-se necessário diferenciar entre *estranhamento* e *alienação parental* (LORANDOS, BERNET & SAUBER, 2013). Nas situações envolvendo *estranhamento*, a criança/adolescente apresenta rejeição justificada ao genitor-alienado, ou seja, tal rejeição pode ser considerada como um comportamento adaptativo desenvolvido pela criança para lidar com situações difíceis vivenciadas com o genitor rejeitado (i.e. violência, abuso e negligência). Na situação envolvendo alienação, entretanto, a rejeição ao genitor-alienado não tem justificativa plausível, ocorrendo de forma desproporcional às experiências vivenciadas anteriormente com o genitor-alienado, possivelmente por influência do genitor-alienador e outros adultos de sua convivência diária (avós, tios, entre outros).

Outro elemento importante de ser identificado é o grau de severidade da AP, sendo que o mesmo pode variar entre *leve*, *moderado* e *severo* (BAKER, 2006; FIDLER & BALA, 2010). No grau *leve* de AP, a criança pode resistir brevemente ao contato com o genitor alienado, mas mantém contato e desfruta de um bom relacionamento com o mesmo, uma vez que estejam juntos. Nesses casos, em geral, os genitores alienadores ignoram as consequências negativas de sua

conduta e estão dispostos a aceitar a mudança. No grau *moderado* de AP, a criança resiste de maneira persistente ao contato com o genitor-alienado e continua a criticá-lo e repudiá-lo durante o contato. O genitor-alienador perde o controle dos limites apropriados ao relacionamento respeitoso com o genitor-alienado, não assumindo as consequências negativas do que está fazendo. No grau mais *severo* de AP, a criança apresenta recusa persistente de contato e rejeição ao genitor-alienado, com comportamento de fuga e evitação. A criança pratica ativamente a difamação do genitor-alienado (em geral reproduzindo falas de adultos), apresentando justificativas frívolas para não conviver com ele, baseando-se em experiências que não vivenciou (vivenciadas ou narradas por outras pessoas).

Nos graus *leves* e *moderados* de AP a mediação pode se apresentar como um procedimento eficaz de transformação do conflito e fomento ao diálogo, sendo capaz de modificar a situação de alienação. Entretanto, nos graus mais *severos* de AP, a mediação parece não constituir um instrumento eficaz na superação do problema. De todo modo, a rejeição da criança em relação ao genitor-alienado, seja nos graus mais *moderados* ou *severos* de AP, exige uma intervenção mais específica, de cunho terapêutico, voltada para a reconstrução do vínculo abalado ou rompido com o genitor-alienado, que ultrapassa o escopo da mediação.

3 PROCESSOS JURÍDICOS PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS FAMILIARES

No Direito Brasileiro, a família é considerada a base da sociedade e recebe proteção constitucional especial, sendo assegurada assistência plena mediante a disponibilização de mecanismos para coibir a violência. Cumpre esclarecer que a expressão “violência” não limita a tutela estatal para situações criminais, produzidas por condutas extremas, que envolvem agressões físicas, lesões corporais e homicídios. Ao contrário, a proteção conferida pelo ordenamento pátrio busca prevenir e coibir violência psicológica; garantir à organização familiar a proteção patrimonial; estimular a tolerância às diferenças de gênero, religião, raça, opinião; entre outros. (PINTO; RIVEROS; RODRIGUES; OLIVEIRA; MORAES; SILVA; SOUZA, 2011).

É fato que, tradicionalmente, o método jurídico disponibilizado e monopolizado pelo Estado para resolução de contendas familiares era (e ainda é) o processo judicial. Contudo, o escopo deste é simplesmente a solução do litígio, mediante a produção de decisões sobre pretensões meramente jurídicas, de modo que não tem a proposta ou a estrutura necessária para alcançar a resolução do conflito relacional pré-existente. Logo, não raro, as contendas judiciais eram resolvidas, mas os conflitos permaneciam hibernando, vindo a retornar de forma mais vigorosa no futuro próximo. Ademais, o processo judicial é de natureza adversarial, de sorte que na contenda uma das partes sempre será derrotada – o que acirra negativamente os ânimos na relação. Observa-se, pois, que o processo é inerentemente competitivo e traz

consequências nefastas tanto para os adultos quanto para as crianças (BECK & TANHA, 2009).

A experiência, portanto, demonstrou que, na realidade, o processo judicial não é o mais adequado a ser aplicado às situações familiares, pois, especialmente, estas se constituem por relações continuadas, cujos vínculos permanecem mesmo após a conclusão judicial. Sendo assim, verificou-se que a relação mais relevante nos conflitos familiares não é a jurídica, mas sim a pessoal.

Com efeito, com intuito de efetivar a devida proteção às famílias, tornou-se imprescindível a disponibilização de um processo capaz de tratar as relações jurídicas com atenção ao restabelecimento da comunicação entre os envolvidos, à transformação dos vínculos familiares, com flexibilidade para abordar questões sentimentais e pessoais – tendo o processo de mediação o perfil e escopo apropriado para assumir esta função.

Nesse sentido, há que se falar na recente incorporação do processo de mediação ao ordenamento, fato este marcado pela edição da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). Este último contempla, expressamente, no art. 694, a obrigatoriedade de se empreender todos os esforços necessários para a solução consensual nas ações de família, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais especializados para desempenharem a mediação. Logo, percebe-se, imediatamente, que a

aplicação da mediação deve ser prioritária nesse tipo de contenda e que a mesma não deve ser centralizada pelo magistrado²⁵⁵.

Oportunamente, cumpre entender as peculiaridades da mediação e como elas propõem a administração de relações. A mediação é um processo autocompositivo de resolução de conflitos, através do qual duas ou mais pessoas, envolvidas em uma contenda real ou potencial, recorrem a um profissional imparcial – o mediador, em busca de espaço para criação de uma solução consensual e amigável, satisfatória para ambas as partes, de modo célere e a custos razoáveis. A base em que se processa a mediação é a comunicação entre as partes, que deve ser facilitada pelo mediador, sendo esta a sua função principal, qual seja, estimular o diálogo entre os envolvidos, mediante a exteriorização da visão positiva e transformadora do conflito (SALES, 2004).

O diálogo é a ponte para construção de soluções, pois, através dele, as partes terão a condição de obter informações, adquirir

255 Sobre o tratamento de conflitos interparentais e alienação parental há que se falar na Lei n.º 12.218/2010, que dispõe especificamente sobre a matéria. Esta lei prevê sanções aos pais alienadores e medidas para amenizar as consequências dos atos negativos dos responsáveis. O intuito é garantir às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar saudável capaz de auxiliar em seu pleno desenvolvimento, físico e psicossocial. Vale dizer que o projeto de lei contemplava a mediação como o método mais adequado para a solução de conflitos, inclusive com a previsão de cadastro de mediadores habilitados no Ministério Público e Conselho Tutelar. Lamentavelmente, contudo, este artigo foi vetado pela Mensagem n.º 513, haja vista que a mediação, à época, apesar de lícita, ainda não era regulamentada. Assim, em flagrante retrocesso, a lei preservou a jurisdição, em detrimento da continuação de laços afetivos fortalecida por processos autocompositivos. Apesar de não ter conquistado naquele momento o reconhecimento legislativo, como já mencionado, o mesmo foi adquirido quando da vigência do Código de Processo Civil (PINTO; RIVEROS; RODRIGUES; OLIVEIRA; MORAES; SILVA; SOUZA, 2011).

conhecimentos, reconhecer mutuamente suas necessidades, interesses e sentimentos. Por isso entende-se que o processo de mediação favorece a conscientização, que possibilita um empoderamento diante de si e da situação. Mediante a premissa da voluntariedade, as partes são finalmente estimuladas a produzir soluções, de forma colaborativa (em sobreposição à modalidade impositiva). A participação da pessoa é, portanto, essencial ao desempenho da mediação, sendo o ser humano, membro da relação familiar, o protagonista do conflito e da solução, em corresponsabilidade com os outros atores inter-relacionados (WARAT, 2001).

Para a articulação de todo esse processo, a atuação do mediador é essencial. Este possui uma atuação implicada e participativa ao realizar perguntas, organizar esquemas, recontextualizar os discursos – com foco na catalização da comunicação, mútuo entendimento, promoção do sentimento de inclusão e estímulo a soluções criativas (SALES, 2004). Assim, o grande diferencial é identificar quais as ferramentas que o mediador dispõe para aplicar e então auxiliar as partes.

Por fim, há que se fazer uma ressalva: o processo judicial apesar de, em regra, não ser o mais adequado pode, em situações específicas e extremas, ser efetivamente o mais indicado. Exemplo dessa exceção reside nos casos de alienação parental grave, em que, flagrantemente, a busca pelo restabelecimento da convivência não é pretendida, com consequências já devastadas que, por isso, precisam de auxílio de determinações judiciais para que mudanças sejam implementadas.

Assim, o objetivo não é a exclusão do processo judicial, mas sim a admissão de uma coexistência de métodos resolutivos, com atenção à pluralidade de conflitos e soluções, a fim de que seja identificado, a cada caso, aquele que será mais adequado.

Desta feita, pode-se concluir que, para resolução jurídica de conflitos familiares, disponibiliza-se um *sistema multi portas*, no qual, em regra, a mediação é o processo mais adequado, tendo em vista a natureza continuada das relações (e seus respectivos conflitos) e possibilidade de restabelecimento da comunicação, com prevenção de futuras desavenças e (re)organização familiar (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007).

4 APLICABILIDADE PRÁTICA DAS FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO PARA TRATAMENTO DE RELAÇÕES PARENTAIS E ALIENAÇÃO PARENTAL

Após a compreensão de que a mediação, por seus princípios e escopo, é o processo, em regra, mais adequado à resolução de conflitos jurídicos de natureza familiar, especialmente em situações de separação e divórcio, com acirramento das relações parentais e alienação parental, cumpre analisar quais as ferramentas que este processo dispõe e de que forma elas podem efetivamente colaborar para o êxito da demanda.

A princípio vale dizer que não existe um rol taxativo de ferramentas do mediador, de sorte que a doutrina apresenta numerações diversas, que, diga-se, não se excluem e, em verdade, se complementam. Vale ainda observar que não existe uma ferramenta

obrigatória ou hierarquicamente superior as demais, cabendo ao mediador, no decorrer da sessão, perceber a necessidade e efetuar a aplicação (ALMEIDA, 2014). Nesta oportunidade, por conseguinte, a explanação não tem o objetivo de esgotar a matéria, mas de elucidar a validação das ferramentas para analisar a viabilidade destas em contribuir e garantir o tratamento adequado aos conflitos interparentais e de alienação parental.

Apresentando a proposta de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (1994)²⁵⁶, incorporada à mediação, nota-se que é válido o mediador auxiliar as partes a “separar as pessoas dos problemas”. É comum que insistam a infamar umas às outras, sem perceber que este contexto não auxilia produção de solução prospectiva – voltada para o futuro e não para o passado. Observe-se que muito embora a parte tenha sido um péssimo pai ou mãe, a pessoa precisa contar com ela para dialogar e decidir, devendo, por isso, ter foco no que efetivamente precisa ser resolvido.

É muito importante que o mediador diferencie as posições e os interesses das partes – bem como, os seus sentimentos. Esse enquadramento permite que o mediador se concentre não em posturas aparentes, mas sim nos interesses reais – a respeito do que a satisfação é a chave para a solução (FISHER; URY; PATTON, 1994). Assim, imagine que a mãe representa seu filho em uma contenda para fixar

²⁵⁶ Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (1994), apresentam princípios norteadores do processo de negociação, que foram absorvidos pelo processo de mediação, por ter sido este considerado um processo de negociação assistida, de modo que aqueles princípios estão disponíveis para serem aplicados como ferramentas.

alimentos. Ela se posiciona sobre um valor fixo muito alto – estando de fato distante da possibilidade do pai, posicionado igualmente para contribuir com uma quantia menor. Durante o diálogo, percebe-se que o principal interesse desta mãe não é o financeiro, mas sim a participação efetiva do pai na vida do filho para contribuir com o que ele precisar. Por outro lado, nota-se que o pai mantém esse aparente descompromisso, pois está sempre sendo afastado e marginalizado da relação com o filho. Assim, observa-se os interesses de cada um e conclui-se, neste caso, que eles são convergentes e por isso conciliáveis. A percepção do interesse afasta o instituto da barganha (quem dá mais x quem dá menos; quem cede mais x quem cede menos) e possibilita soluções pautadas em satisfação real para ambos. (FISHER; URY; PATTON, 1994).

Outra ferramenta essencial para o mediador, que deve acompanhá-lo em todas as situações, é a escuta ativa. Esta compreende não apenas a escuta verbal, mas sobremaneira a não verbal, levando em conta os não-ditos do sentido (AZEVEDO, 2007). Assim, a escuta ativa visa não apenas ouvir com atenção, mas ter atenção para compreender aquilo que não foi falado, mas que está perceptível através de uma expressão facial ou corporal.

O estímulo à empatia (SALES, 2016) é também uma ferramenta pela qual o mediador estimula as partes a se colocarem no lugar do outro. Pode-se inclusive fazer a aplicação da ferramenta indicando às pessoas o seu propósito, promovendo uma inversão de papéis (AZEVEDO, 2007), com um maior número de informações que são

apresentadas durante o diálogo. Intenta-se, por exemplo, fazer com que pai e mãe troquem de lugar na relação, tentando construir a percepção de como o alienador se sentiria no lugar do alienado e qual, por via reversa, seria o motivo que levou o outro a adotar este tipo de comportamento.

Para a produção de soluções pelas próprias partes, o mediador pode contar com o emprego da ferramenta das perguntas abertas, que estimulam o autoconhecimento e livre reflexão. Por exemplo: *Como você se sente diante deste fato?; Conte-me mais sobre...; Como gostaria de resolver essa situação? O que você sugere? Como deve ser uma relação saudável?.* Evidencia-se que esta ferramenta propicia a apresentação de várias situações e sentimentos e trazem para o contexto dos conflitos uma riqueza de detalhes e temas que são importantes para as partes e são uma matéria-prima rica para o mediador (SALES, 2016). Ademais Fisher, Ury e Patton (1994) ensinam que tais perguntas induzem a aplicação de mais uma técnica que é a geração de múltiplas soluções, como uma chuva de ideais, a fim de que possa ser construída por ambos os envolvidos a melhor solução, que produza o consenso entre eles.

O mediador, neste momento, pode dispor de mais uma ferramenta, qual seja, o teste da realidade. Este teste visa auxiliar as partes a analisar a viabilidade prática de cumprimento das decisões pretendidas, para que o acordo de fato adquira a efetividade desejada. Através da satisfação as partes têm a chance de promover o

restabelecimento da sociedade da confiança e pacificação (AZEVEDO, 2016).

O mediador, neste mesmo instante, pode estimular as partes a trabalhar com dados objetivos, pois isso proporciona uma clareza das propostas e decisões (FISHER; URY; PATTON, 1994). Exemplo é quando o alienador diz que permitirá a convivência do alienado com o filho, aos finais de semana. Então, cabe aos participantes entender: *Serão todos os finais de semana do mês?; O filho irá pernoitar na residência do alienante ou apenas passar o dia?; Como será a comunicação em caso de impossibilidade de uma das partes?* (afinal, como se trata de uma relação continuada, eventualidades irão ocorrer e eles têm que estar atentos à necessidade de administrar). Assim, noções de cedo, tarde, muito, pouco, sempre, nunca, são variáveis entre as pessoas e precisam ser objetivamente tratadas para atingir uma verdadeira uniformização.

Por fim, vale dizer que ao longo de todo o processo o mediador deve contar com as ferramentas da recontextualização, parafraseamento e resumo. Apesar de cada uma delas ter a sua peculiaridade, apresentam um ponto em comum, pois orientam sobre como dever ser a fala do mediador em relação ao que as partes trouxeram. Nesse sentido, são elas essenciais para intercambiar o diálogo, com uma linguagem neutra, positiva e filtrada em relação a emoções que podem ser prejudiciais à solução. Assim o mediador organiza em cada fala quais são os interesses que serão tratados, podendo até sugerir uma organização para que sejam discutidos. Portanto, representam a verdadeira catalização, já

que possibilitam que uma parte tenha a condição de ouvir o que realmente é importante para a outra (ALMEIDA, 2014). Assim, a “*acusação de ser uma mãe relapsa*” será sempre escutada na defensiva, mas entender que o pai deseja a “*presença e comprometimento da mãe*” a faz perceber que é importante para a relação, tornando-a capaz de auxiliar na solução.

Entende-se, portanto, que as ferramentas apontadas nesse estudo não esgotam a matéria e buscam simplesmente elucidar a especificidade e potencialidade da mediação enquanto processo comunicativo, colaborativo e eficaz. Por suposto, autores como Lilia Sales (2016), André Gomma de Azevedo (2016) e Tania Almeida (2014) ainda trazem diversas outras ferramentas, que igualmente e satisfatoriamente podem ser aplicadas ao processo de mediação, para garantir que este alcance seu escopo máximo que é o restabelecimento de comunicação e de vínculos familiares, com a transformação da relação, a fim de propiciar a pais e filhos a oportunidade de reorganizar suas famílias, em momentos de separação e divórcio, com prevenção ou redução de danos e otimização de qualidade de laços e relacionamentos.

5 CONCLUSÃO

O estudo dedicou-se ao exame da utilização do processo da mediação para solução de conflitos familiares interparentais e de alienação parental, acirradas em momentos de separação e divórcio, mediante a aplicação de ferramentas comunicativas.

Notou-se que, em virtude da relação continuada que ensejam as questões familiares e da preponderância dos vínculos afetivos frente às relações jurídicas ou processuais, a mediação é, em regra, o processo mais adequado, fato este consubstanciado pela orientação do Novo Código de Processo Civil.

Assim, verificou-se que a mediação é um processo complexo, que transcende a solução do litígio (ao que se resume o processo judicial), pois, o mediador não deve apenas enquadrar as questões conflituosas às normas de Direito vigente, nem também simplesmente reduzir sua finalidade a produção de um acordo.

O mediador deve ter consciência que a aplicação da mediação comporta objetivos mais especiais, que exigem a capacidade de transformar o conflito, até então visto como algo negativo, numa perspectiva positiva, modificando o entendimento das partes sobre o problema. Desta forma, no que tange a sua função como facilitador e catalisador do diálogo, o mediador auxilia as partes a restabelecerem o processo de comunicação e a avaliarem objetivos e opções, conduzindo a um termo de entendimento para mútua satisfação, transmutando o paradigma adversarial em cooperativo.

Conclui-se que a maior contribuição deste processo para auxiliar na preservação dos vínculos parentais dá-se mediante a utilização de ferramentas, enquanto habilidades comunicativas desempenhadas diretamente pelo mediador. Em rol exemplificativo (e não taxativo) verificou que ferramentas como – separação das pessoas do problema; foco nos interesses e não nas posições; geração de ganhos mútuos;

trabalho com dados objetivos; escuta ativa; estímulo à empatia; inversão de papéis; teste da realidade, perguntas abertas; recontextualização; paráfrase; resumo; entre outras – apresentam efetividade relevante para desenvolver: o autoconhecimento, a conscientização, o empoderamento, o protagonismo, a definição de papéis e tarefas na relação familiar, a harmonização e pacificação.

A mediação, através das ferramentas, possui a condição de apoiar na construção de diálogo e na forma como os genitores lidam com os conflitos, para prevenir, minimizar ou resolver impactos negativos de conflitos interparentais ou alienação parental, contribuindo para criar relações mais construtivas, saudáveis e pacíficas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 1ª edição março, 2014.

AZEVEDO, A. G. (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** Conselho Nacional de Justiça. Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRAGA N., A.; SAMPAIO, L. R. C. **O que é Mediação de Conflitos.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

BAKER, A. J. L. (2006). **Patterns of parental alienation: A qualitative research study.** American Journal of Family Therapy, 34: 63–78.

BECK, C. J. A., & TANHA, M. (2009). **Mediation, marriage dissolution.** In H. T. Reis & S. Sprecher (Eds.), *Encyclopedia of human relationships* (Vol. 2; pp. 1085–1088). Thousand Oaks, CA: Sage.

BECK, C. J. A., WALSH, M. E., MECHANIC, M. B., & TAYLOR, C. S. (2010). **Mediator assessment, documentation, and disposition of child custody cases involving intimate partner abuse: A naturalistic evaluation of one county's practices.** *Law and Human Behavior*, 34(3), 227–240.

BENETTI, S. P. C. (2006). **Conflito conjugal: impacto no desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente.** *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 19(2), 261-268.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018, 18:34:30.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018, 18:34:30.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código de Processo Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018, 18:34:30.

BRASIL. **Mensagem n.º 513, de 26 de agosto de 2010.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm Acesso em: 01 jul. 2018, 18:34:30.

BUEHLER, C., & WELSH, D. P. (2009). **A process model of adolescents' triangulation into parents' marital conflict: the role of emotional reactivity.** *Journal of family psychology*, 23(2), 167-180.

COATES, C. A., & FIELDSTONE, L. B. (2008). **Defining high-conflict families.** In L. B. FIELDSTONE & C. A. COATES (EDS.), *Innovations in interventions with high conflict families* (pp. 9–15). Madison, WI: Association of Family and Conciliation Courts.

FÉRES-CARNEIRO, T. (2003). **Separação: o doloroso processo de dissolução da conjugalidade.** *Estudos de Psicologia*, 8(3), 367-374.

FÉRES-CARNEIRO, T., & NETO, O. D. (2010). **Construção e dissolução da conjugalidade: padrões relacionais.** *Paidéia*, 20(46), 269-278.

FIDLER, B. J. & BALA, N. (2010). **Children resisting post separation contact with a parent: concepts, controversies and conundrums.** *Family Court Review*, 48(1), 10-47.

FISCHER, R.; PATTON, B.; URY, W. **Como chegar ao sim.** Rio de Janeiro, Editora Imago, 1994

JOHNSTON, J. R. AND KELLY, J. B. 2004. **Rejoinder to Gardner's 'Commentary on Kelly and Johnston's 'The alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome.'.** *Family Court Review*, 42(4), 622–628.

JURAS, M. M. & COSTA, L.F. (2011). **O divórcio destrutivo na perspectiva de filhos com menos de 12 anos**. *Estilos da clínica*, 16(1), 222-245.

LAMELA, D., FIGUEIREDO, B., & BASTOS, A. (2010). **Adaptação ao divórcio e relações coparentais: contributos da teoria da vinculação**. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 23(3), 562-574.

LORANDOS, D., BERNET, W. & SAUBER, R. (2013). **Handbook of Parental Alienation Syndrome**. NY: Charles Thomas Publishing.

MOSMANN, C. P., ZORDAN, E. P., & WAGNER, A. (2011). **A qualidade conjugal como fator de proteção do ambiente familiar**. In A. Wagner (Org.), *Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões* (pp. 58-71). Porto Alegre: Artmed.

PINTO, C. R. N. G.; RIVEROS, I. A.; RODRIGUES, L. A.; OLIVEIRA, M. F. de; MORAES, R. G. de; SILVA, S. C. A.; SOUZA, W. A. S. de. **Síndrome de alienação parental: possibilidades de intervenção a partir de observações e experiências dos Centros de Prevenção à Criminalidade Jardim Leblon e Vespasiano**. In: *Programa Mediação de Conflitos: uma experiência de mediação comunitária no contexto das políticas públicas / Comissão Técnica de Conceitos do Programa Mediação de Conflitos – CTC – PMC*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. 298 p. Disponível em: <http://www.institutoelo.org.br/site/files/publications/732b97393c88308cb2d84dc9c406c1cb.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018, 18:22:00

RAPOSO, H. S., FIGUEIREDO, B. S. C., LAMELA, D. J. P. V., NUNES-COSTA, R. A., CASTRO, M. C. C. & PREGO, J. (2011). **Ajustamento da criança à separação ou divórcio dos pais**. *Revista de Psiquiatria Clínica*, 38(1), 29-33.

SALES, L. M. de M. **Técnicas de mediação de conflitos e técnica da Reformulação – novo paradigma e nova formação para os profissionais do Direito**. In: *Novos Estados Jurídicos*, v. 21, n.º 3, p. 945-958. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9687/5438>>. Acesso em: 01 jul. 2018, 18:22:00

SALES, L. M. de M. **Justiça e Mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2004.

WARAT, L. A. **Ecologia, Psicanálise e Mediação. Em nome do acordo.** Tradução: Julieta Rodrigues. 2. ed. Argentina: Almed, 1999.

WARAT, L. A. **O Ofício do Mediador.** Florianópolis: Ed. Habitus, 2001.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2016.

SBARRA, D. A. & BECK, C. J. A. (2013). **Divorce and close relationships: findings, themes, and future directions.** In: J. Simpson and L. Campbell, *The Oxford Handbook of Close Relationships* Oxford: Oxford University Press.

UM OLHAR DA PSICOLOGIA – BEM ALÉM DA RAZÃO

Marta Echenique, Psicóloga²⁵⁷

FUNDAMENTOS

A evolução da humanidade não teria acontecido se os homens não houvessem sentido, em épocas primitivas, o impulso de estabelecer um clima de cooperação e troca. A convivência pacífica e as condições mínimas de sobrevivência dos primeiros grupos seguramente se deram porque os indivíduos construíram vínculos baseados em sentimentos de proximidade e chegaram a acordos satisfatórios que estabeleceram as bases comuns das divisões de tarefas e compromissos recíprocos.

Todos os seres humanos têm em comum os mesmos valores básicos: sentem necessidade de comunicar-se, de entender-se, de serem aprovados e de conviver em harmonia. Na medida destas tendências naturais, foram desenvolvendo normas facilitadoras para a resolução de conflitos, baseadas no afeto e no senso de equanimidade.

Com a crescente complexificação da sociedade, esta simplicidade ou espontaneidade inicial foi dando lugar à necessidade de maior estruturação normativa com progressiva intervenção do Estado. Durante alguns séculos o Estado Todo-Poderoso cresceu e as

²⁵⁷ Psicóloga e Filósofa, Especialista em Psicologia Clínica e em Psicologia Organizacional e do Trabalho. Psicodramatista, Fundadora e diretora do Instituto de Desenvolvimento Humano, Porto Alegre RS; Co-autora dos livros "Poder e Amor - A Micropolítica das Relações" e "Laços Amorosos"; Participante do Seminário Internacional "New Negotiation Strategies" com o Prof. Roger Fisher, Harvard University – USA.

pessoas se abrigaram à sua sombra, preservando o seu poder negocial e decisório em restritas áreas do domínio privado.

Na época moderna, o Estado tornou-se o garantidor da ordem e dos compromissos do cidadão e, com a industrialização e o progresso tecnológico, as soluções individuais foram ficando cada vez mais difíceis e distantes do dia a dia das pessoas.

A Modernidade foi um período de grande valorização da razão, em detrimento do afeto. Buscava-se o entendimento do universo, da natureza e do próprio homem, com a construção de uma ciência objetiva, pela qual tudo se poderia explicar e organizar. Neste mundo regido pela razão, as escolhas individuais deveriam submeter-se aos preceitos sociais; considerava-se as emoções como desnecessárias e até mesmo como obstáculo à ciência, enfatizava-se o controle, a ordem social e a homogeneidade. Pelo desenvolvimento da razão e da ciência e pelo controle das forças da natureza, atingiríamos o progresso ilimitado, a justiça, a felicidade e a paz.

No entanto, o progresso científico não foi garantia de felicidade e harmonia. Pelo contrário, atrocidades foram cometidas em nome da razão, guerras terríveis aconteceram e, como resultado dos avanços da ciência, corremos o risco de extinção da humanidade.

A racionalidade perdeu prestígio, certezas deram lugar a dúvidas. A subjetividade individual se tornou cada vez mais valorizada e ficou claro que além do entendimento lógico, das regras e procedimentos racionalmente organizados, existem forças imprevisíveis, energias básicas, que buscam satisfação biológica,

emocional e espiritual. Em sua dimensão mais primitiva, tais energias manifestam-se como raiva, cobiça, inveja, dependência, medo, hostilidade, violência, destruição, etc. Adequadamente canalizadas, podem manifestar-se como alegria, anseios, desejos, amor, apreciação, colaboração, autoafirmação, potência pessoal, combustível para grandes realizações de ordem individual e/ou social.

Começamos a viver a Pós-modernidade, com a transformação dos mecanismos de regulação social, envolvendo não só a instituição judiciária, como a família, a escola, a empresa, a comunidade, a vida como um todo. Esse movimento propõe maior validação do indivíduo, com o resgate de relações mais diretas, e se encaminha em direção a um maior pluralismo, a uma sociedade mais flexível e ágil na busca de respostas que levem em conta a complexidade das relações sociais e que possam sintonizar com as aceleradas mudanças dos tempos atuais.

No âmbito da justiça, o formalismo, a lentidão e o custo muitas vezes prejudicam o rendimento e a operacionalização dos benefícios. A frustração por expectativas não concretizadas abre espaço para uma mudança em matéria de resolução de conflitos, com a substituição do modo conflitual pelo modo consensual. É uma mudança qualitativa que aporta um maior leque de possibilidades de solução, no qual se incluem a negociação direta das partes, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Sob o ponto de vista político, tais conquistas representam um retorno a uma maior informalidade e menor interferência das instituições oficiais na vida das pessoas. Escapando da tutela do Estado,

constituem um fator de evolução da sociedade em direção a maior responsabilidade civil e exercício da cidadania.

A globalização está fazendo o mundo ficar cada vez menor e, por isso mesmo, os grupos sociais buscam a diferenciação pela afirmação da própria identidade, fazendo valer seus direitos e expressando claramente seus desejos. A luta pelos direitos civis e a instauração da justiça social deve necessariamente ser acompanhada pela autonomia dos cidadãos, pelo reconhecimento do outro, pela aceitação das diferenças e por uma maior comunicação cultural onde todos possam ser protagonistas no cenário de sua própria vida. E onde possam articular-se de maneira criativa os desejos individuais e as limitações que são necessárias à manutenção do tecido social.

A democracia exige ampla participação em debates e decisões políticas, onde não basta conhecer as regras do jogo, mas é preciso aceitá-las, cumpri-las e até mesmo reelaborá-las segundo padrões interativos e comunitários.

No Brasil contemporâneo, vivemos uma deterioração das relações pessoais e políticas que em grande parte se deve à falta de controle da sociedade sobre os processos normatizadores e sobre a burocratização. Viciados historicamente por uma cultura paternalista, delegamos ao Estado-Pai o poder de gerenciar o nosso cotidiano e esperamos que as soluções para todos os problemas venham de cima.

Na medida em que o Estado se agiganta na condição de mantenedor da harmonia social, reforça a dependência dos cidadãos, que subestimam a sua capacidade de saber o que é melhor para si.

Ao resgatar o poder de decisão em assuntos que se referem à normatização de suas necessidades, os indivíduos exercitam a liberdade e aperfeiçoam as instituições democráticas. A pedra angular dos processos extrajudiciais é justamente a preservação do poder das pessoas, que são estimuladas a assumir suas responsabilidades e consequências, mantendo o controle sobre suas vidas e decidindo segundo seus valores e crenças.

No entanto, as mudanças exigem adaptações e malabarismos em todos os setores e é bastante difícil manter a coerência na busca de respostas diferentes quando referências e tradições estão sendo revisadas e substituídas.

Queremos novos caminhos, mas fomos educados no molde antigo. Milhares de anos de uma cultura competitiva, baseada em rígidas estruturas de poder e em disputas entre fortes e fracos e onde cada um está constantemente buscando os pontos vulneráveis do outro para seu maior benefício, deixaram a sua marca.

Na hora de tomar decisões, desenvolver ou implementar estratégias, tendemos a valorizar mais a atividade racional, seguindo esquemas e modelos pré-fabricados na procura de soluções, do que exercitar a sensibilidade e a empatia, estabelecendo uma interação de presença no aqui e agora. Priorizamos o poder de impor a própria vontade ou a de dar a última palavra, ao invés de buscar resultados, amenizando e transformando os conflitos para estabelecer uma rede relacional mais saudável, com o menor desgaste possível nas relações.

Até mesmo, algumas vezes, negociar está associado com fraqueza e as pessoas pensam que negociar é uma alternativa menor, quando não podem simplesmente impor o seu desejo. E ficam contrafeitas, quando dizem “Tive que negociar”, como se tivessem sido derrotadas e preparam-se para a negociação “armando-se” como se fossem para uma batalha.

As novas propostas, a partir de uma visão mais completa do homem, convocam ao diálogo e a dar atenção às experiências, às emoções, fantasias, dinâmicas relacionais e desejos ocultos. Estes pontos, geralmente postos de lado e ignorados, não são negativos ou disfuncionais, mas, ao contrário, sua negação e repressão é que podem levar à disfunção.

Se não considerarmos a expressiva realidade das emoções, permaneceremos na superfície dos processos relacionais. Mas, se ampliarmos o foco e aprofundarmos o campo de ação, abarcando todos os aspectos da presença humana no mundo – físico, mental, emocional e espiritual – poderemos, sem contradizer a razão, ultrapassá-la, indo muito além na busca da transformação.

A MEDIAÇÃO E O MEDIADOR

Para entender um problema de relacionamento entre indivíduos, grupos ou comunidades, temos que buscar o que está além da situação imediata, ultrapassar a esfera do conflito explícito e atingir o nível do implícito, onde as energias vitais pulsam e as emoções imperam. Aí aparecerão diferentes mapas de representação da realidade, sistemas de

valores e crenças, estilos de comunicação, sentimentos e comportamentos em constante fluxo e em permanente transformação.

Portanto, para não correr o risco de permanecer na superfície das questões apresentadas, o mediador deve se preparar para compreender o campo do conflito e desvendar a rede oculta de motivações, desejos e expectativas que caracterizam as interações em seu nível mais profundo, desenvolvendo a percepção e a valorização dos espaços possíveis de ação transformadora.

Indivíduos com estruturas psíquicas diferentes oferecem respostas diferentes e ainda que submetidos às mesmas circunstâncias, podem ter reações bastante distintas, mais ou menos intensas, com diferentes graus de adequação. Quer esteja na posição de parte em uma negociação, quer esteja mediando circunstâncias de terceiros, o desempenho de uma pessoa diante do conflito vai depender de sua personalidade, a qual, por sua vez, é resultado de sua história e dos registros das experiências vividas, bem como do significado dado às mesmas.

Temos dificuldade em perceber todas as implicações que refletem ao mesmo tempo camadas superficiais e camadas profundas da realidade psíquica e, também, em perceber o mundo físico e o mundo das relações humanas como um sistema integrado, porque nem sempre são claros os efeitos das influências recíprocas. Com isso deixamos de compreender que as atividades humanas são amarradas por fios invisíveis de ações inter-relacionadas e que fenômenos que parecem

separados no tempo e no espaço estão na realidade vinculados de uma maneira extremamente dinâmica.

O raciocínio sistêmico nos leva a essa percepção do todo.

Dá-se o nome de sistema a um conjunto de unidades relacionadas de maneira funcional, em que as partes reagem como um todo, buscando sempre um estado de melhor equilíbrio. A soma do todo é maior do que as partes que o compõe e nada existe isoladamente, tudo está integrado.

A teoria sistêmica possibilita uma visão do universo que vai desde micro-sistemas até macro-sistemas. Nela o homem pode ser visto como um sistema composto por subsistemas (como o sistema ósseo, muscular, circulatório, etc.) e que, por sua vez, faz parte de sistemas maiores como a família, seu local de trabalho, a comunidade, o país e outros. Nossas mentes e corpos, as sociedades e o universo formam uma ecologia de sistemas e subsistemas em constante fluxo de influências. E as interações humanas ocorrem em circuito circular interativo, ultrapassando as cadeias lineares de estímulo-resposta (causa e efeito).

Os elementos componentes de um sistema são subsistemas ou supersistemas, conforme o ponto de vista que se olhe.

Os sistemas e os subsistemas separam-se por fronteiras ou limites que variam da extrema rigidez à flexibilidade, isto é, de pouca ou quase nenhuma permeabilidade e péssima comunicação a uma boa permeabilidade e comunicação excelente.

A parte do sistema que possui maior flexibilidade será o elemento controlador ou catalisador do sistema na direção da mudança. Se o que você está fazendo não leva ao resultado desejado, varie seu comportamento até que consiga evocar a resposta desejada. Se fizer o que sempre fez, conseguirá o que sempre conseguiu.

Quando falamos em flexibilidade nos relacionamentos interpessoais, não estamos propondo abrir mão de princípios, mas, a partir da consciência clara dos interesses maiores, superar a lógica da dualidade, do certo e/ou errado. Ao ampliar o foco para um outro nível sistêmico, ou seja, ao incluir o discurso do outro, para compreender seus argumentos, cria-se o clima de entendimento e colaboração na busca de como satisfazer a todos os envolvidos.

Segundo o princípio de auto-regulação, os sistemas estão em constante movimento, regulando-se para manter a identidade e atingir o seu melhor equilíbrio. É de sua natureza a tendência para buscar soluções; quando tal não acontece, isso se deve não à falta de motivação para solucionar, mas à dificuldade de encontrar caminhos.

As pessoas fazem as melhores escolhas disponíveis, entre as possibilidades e as capacidades que são percebidas como possíveis a partir de sua representação da realidade. Qualquer comportamento, por mais incoerente, louco ou bizarro que pareça no nível superficial, se for analisado mais profundamente, poderá ser visto como a melhor escolha disponível para a pessoa em dado momento, de acordo com seu modelo de mundo - se lhe fosse dada uma escolha mais apropriada (dentro do contexto de seu próprio modelo de mundo), ela automaticamente o

escolheria. Um determinado comportamento pode ser bastante negativo em um nível do sistema, mas, ao mesmo tempo, ser positivo em outro nível, por estar buscando um equilíbrio nessa específica dimensão. Por exemplo, uma pessoa ao vomitar no meio de uma reunião profissional estará sendo muitíssimo inadequada neste nível social, mas a nível individual e/ou biológico seu organismo estará buscando o equilíbrio necessário ao expelir substâncias que o estão intoxicando...

Os sistemas encontram seu ponto de equilíbrio pela harmonização da interdependência de seus subsistemas. O conflito representa uma divergência interna do sistema, onde um subsistema busca seu melhor equilíbrio ignorando a interdependência dos elementos do sistema maior. Como exemplo, podemos pensar em um filho que quer receber maior atenção dos pais ou apropriar-se de uma parte maior da herança, sem atentar para o equilíbrio da família ou do conjunto dos irmãos.

Os conflitos põem o sistema em um estado de disponibilidade para a mudança, na busca da reposição do equilíbrio. Logo, os conflitos podem ser muito positivos no aperfeiçoamento das sociedades e culturas. Sua presença é estímulo ao crescimento e promove a liberdade do homem para buscar alternativas criativas aos impasses. Mas, também podem ser desencadeadores de efeitos negativos, conforme os contextos sociais onde ocorrem e os recursos utilizados na sua abordagem.

A complexidade das relações humanas se reflete na complexidade dos conflitos e o jogo de forças emocionais presente nas

relações pode ir de simples diferenças, a discordância, oposição, confronto, frustração, até incompatibilidade, podendo atingir agressão e violência.

Ao ocupar uma posição mais distante em relação ao problema, o mediador pode ter uma percepção global que lhe permitirá ajudar as partes a trabalhar com diferentes níveis sistêmicos, estimulando-as a discernir o que é importante e o que é irrelevante e a organizar prioridades, definindo assim os interesses com menor contaminação emocional e, portanto, com maior clareza e eficácia.

As dificuldades que surgem geralmente são relacionadas às **emoções**, à **percepção** ou à **comunicação**.

As **emoções** das partes estão ligadas a insegurança, medo de ser prejudicado, competitividade, desejo de vingança e castigo, senso de injustiça, necessidade de aprovação, etc... Sua presença pode endurecer posições e criar impasses, prejudicando a visão clara dos objetivos.

Para diminuir a tensão e desarmar os ânimos, o mediador deve encorajar ambos os lados a contar a sua versão do problema, com espaço para manifestar interesses, necessidades, desejos, objetivos, sonhos e receios. Ouvindo com genuíno interesse, ele está demonstrando às partes que diferentes pontos de vista e valores são (e devem ser) compreendidos e respeitados. Ao perceberem o reconhecimento de suas preocupações, sentimentos e motivações, as partes se sentem aceitas e qualificadas, dispendo-se a confiar.

Esse reconhecimento das subjetividades reforça a identidade dos participantes, ao mesmo tempo que exige do mediador a habilidade de criar um clima de aceitação recíproca para preservar-lhes a dignidade. O acesso às camadas mais profundas do eu, de onde brotam as ideias criativas e as soluções potentes, se dá em campo relaxado, quando as pessoas baixam a guarda, ao se sentirem aceitas e valorizadas.

Sentimentos e emoções são referência para a interpretação do mundo e para o significado dado às experiências e fenômenos à luz dos quais o homem constrói sua subjetividade e as relações que estabelece com outras pessoas da comunidade humana. As emoções servem de guias internos para as escolhas, as quais depois são organizadas, explicadas e processadas pela razão. As pessoas se iludem, pensando que suas decisões são baseadas em raciocínios lógicos e racionais...

Muitas vezes, um dos lados, ou os dois, manifestam a vontade consciente de encontrar soluções, mas percebe-se, ao mesmo tempo, a presença de entraves inconscientes que os impedem de consegui-lo. Cabe ao mediador desvelar as contradições, os mecanismos de defesa e os bloqueios, ajudando-os a reconhecer e aceitar os sentimentos não percebidos.

Para fazer frente à intensidade emocional das partes, o mediador precisa manter o próprio equilíbrio, sem se deixar envolver ou tomar partido, sabendo lidar com ataques pessoais e tentativas de manipulação, com flexibilidade e tolerância à frustração. A distância emocional adequada envolve empatia, solidariedade e compreensão do

que está acontecendo e, ao mesmo tempo, neutralidade e distanciamento, para não cair na tentação de apressar o processo trazendo soluções que servem apenas para diminuir a sua ansiedade, mas não correspondem às necessidades dos envolvidos.

Importante, também, é ter uma boa dose de autoconhecimento, para não cair na armadilha de se enredar nas próprias fantasias, motivações, temas não resolvidos, preconceitos e valores, mas, ao contrário, permanecer centrado no seu papel, calmo e seguro, e estar aberto para, sem contaminação, sintonizar respeitosamente com a realidade emocional das partes, com suas demandas, seus sentimentos, seus desejos, por mais surpreendentes, contraditórios e inexplicáveis que possam parecer.

As dificuldades relacionadas à **percepção** têm a ver com filtros e bloqueios perceptivos, com estreitamento do foco, onde cada um só percebe seu lado da questão e tem dificuldade em aceitar os argumentos do interlocutor. Ainda que legitimando os princípios e as necessidades que sustentam as posições das partes, é necessário levá-las a se darem conta de seus limites perceptivos e a ampliar seu enfoque parcial para uma visão global e sistêmica que inclua o ponto de vista do outro e enfatize a interdependência de seus interesses.

Cabe ao mediador ajudar na busca deste caminho. Como? - Estimulando maior quantidade e qualidade de informações, para aumentar as alternativas possíveis de solução, e facilitando e dando tempo às partes para que elas encontrem as respostas apropriadas.

Fácil de dizer, difícil de fazer, pois as pessoas são condicionadas por filtros perceptivos que as levam a selecionar e organizar as informações, priorizando as que confirmam e validam suas crenças e pontos de vista e desqualificando e até mesmo bloqueando as que não favorecem sua visão de mundo. Esse é um processo inconsciente de estruturação de modelos internos e mapas representacionais segundo os quais cada ser humano desenvolve interesses, hábitos, gostos e regras de comportamento únicos. As ações e respostas, que pensamos estar escolhendo livremente, geralmente refletem apenas o aprendizado adquirido como resultado de experiências prévias e de filtros de diferentes ordens.

Nossos órgãos sensoriais são filtros, na medida em que têm uma capacidade limitada para recolher informações. Somente percebemos uma porção do mundo, determinada pelas nossas limitações genéticas e neurológicas. O fato de não se poder ver as ondas magnéticas que passam pelo espaço que nos cerca, em um determinado momento, não significa que não estejam presentes. O que acontece é que não temos dispositivos que permitam verificar este fenômeno.

Nossas percepções também são filtradas através de restrições sociais tais como preconceitos, ideais, valores e crenças. Estas restrições são transferidas para os indivíduos, através das famílias, grupos de referência, sociedades e culturas, com tanta facilidade como os fatores genéticos. Estes filtros são elementos de um sistema social que inclui o idioma, as maneiras de perceber aceitas pela sociedade e todos os acordos sociais subjacentes às relações.

Utilizamos a linguagem para organizar nossas experiências. As palavras desenvolvem-se de acordo com a sua utilização. O número de palavras que um esquimó utiliza para descrever o fenômeno “neve” é muito mais amplo do que o de uma pessoa nascida no Brasil e a variedade de termos e expressões que temos em nosso idioma para descrever variações e tons de verde são desconhecidas para eles. Frequentemente, verificamos que conceitos que são expressos em um idioma não podem ser traduzidos para outra língua. Falar um determinado idioma cria um estado mental definido. Pessoas que falam mais de um idioma se sentem diferentes quando falam um ou outro. Como utilizamos a linguagem para estruturar e compreender o mundo, ao mudar o idioma, mudamos os filtros e alteramos a compreensão.

Os filtros culturais influenciam onde colocamos a nossa atenção, como descrevemos a realidade, os padrões e relações que aprendemos e o que enfatiza a nossa cultura/subcultura. A política, a religião, o masculino/feminino, por exemplo, são filtros. Se, nos mantivermos dentro de um certo filtro e não tivermos a capacidade de mudar a atenção para fora do mesmo, a experiência será limitada e a visão de conjunto será comprometida, com prejuízo das possibilidades criativas de lidar com os conflitos.

Uma estratégia bastante simples e que costuma trazer bons resultados é propor que os lados invertam posições para perceber a realidade de um ângulo diferente.

Também é interessante ampliar o foco de uma disputa, fazendo ver às partes que, se por um lado têm posições opostas em relação ao

conflito, por outro são aliadas na busca de uma solução, a qual ambos têm interesse em atingir. Com isso alteramos a forma como percebem um ao outro – de adversários ou opositores, passam a ser aliados.

Para diluir as dificuldades emocionais e perceptivas, estimula-se a boa comunicação.

A **comunicação** envolve troca de informação e relacionamento. Só há realmente comunicação, quando o receptor aceita a informação que recebe, o que depende do relacionamento e envolve reconhecimento das diferenças pessoais e culturais do interlocutor. Portanto, toda comunicação tem um aspecto de conteúdo e um aspecto relacional/emocional, o segundo clarifica o primeiro e é considerado, por isso, uma meta-comunicação.

Relacionamento envolve reciprocidade, presença, inteireza. Envolve ideias, sentimentos e autenticidade. Envolve aspectos cognitivos e afetivos.

Uma comunicação efetiva depende de diálogo e de exposição pessoal, não só das partes, como do mediador, cada um aceitando-se e aceitando e respeitando o outro para responder aos desafios da situação.

A comunicação é muito mais do que as palavras que emitimos; estas formam apenas uma pequena parte de nossa expressividade. Investigações demonstram que o impacto da comunicação é determinado pela linguagem corporal, pelo tom de voz e pela forma da verbalização, que dão veracidade e confiabilidade ao conteúdo e fazem enorme diferença na qualidade da comunicação. É nesse nível e na

sintonia obtida que se define o tipo de relação estabelecido por duas pessoas, independentemente dos conteúdos tratados.

Na maior parte do tempo, as informações assim trocadas são emitidas e recebidas sem o conhecimento dos interlocutores. Na verdade, comunicamos muito mais do que temos consciência e, em larga medida, é a nível inconsciente que se estabelecem as atitudes de confiança e o sentimento de ser compreendido, bases necessárias às relações positivas e aos compromissos.

O mediador dá o exemplo, permanecendo atento à comunicação verbal e à não-verbal, ao que está sendo comunicado explicitamente e ao que fica nas “entrelinhas”, desvelando o implícito, ouvindo atentamente os argumentos, “traduzindo” a comunicação de um lado para o outro e salientando os elementos integradores.

Cabe a ele desenvolver a compreensão e facilitar a interação pela escuta ativa e utilização apropriada de comentários e perguntas, que possam ajudar a esclarecer propósitos, ressignificar condutas e relativizar as certezas.

O bom uso de perguntas manifesta a vontade de conhecer o outro e de encontrar pontos de acordo, estimulando a boa vontade. As pessoas gostam de perceber o genuíno interesse do outro por seus pontos de vista e argumentos. Formuladas corretamente, as perguntas favorecem o entendimento e reforçam o potencial das partes em sua busca de opções.

CONCLUSÕES

A figura do mediador poderá ser uma grande ajuda na solução ou transformação dos conflitos. Seu papel é construir as condições facilitadoras para as partes criarem suas melhores opções num contexto de segurança e sua efetividade passa pela ampliação da consciência de si mesmo, pelo conhecimento das próprias fantasias e entraves emocionais, por uma visão sistêmica do contexto onde ocorre o conflito e pela forte convicção no potencial das partes de encontrarem o caminho desejado.

A resposta não é definitiva ou permanente, é apenas a solução do momento, para uma questão do momento. Novas informações poderão enriquecer os registros, dilatar limites e alterar significados de experiências, permitindo novas respostas mais adequadas. Os indivíduos, como os grupos, estão em constante vir-a-ser - com mais alternativas (mais informação e maior capacidade de flexibilização de conduta), estarão constantemente aperfeiçoando suas formas de ser no mundo.

Esquemas intelectuais e competências e habilidades operacionais são muito importantes e necessários nas mediações, mas o elemento essencial do sucesso passa pelo reconhecimento das dimensões profundas do psiquismo humano, com um olhar voltado para as demandas emocionais, desejos, crenças e valores das partes envolvidas e do próprio mediador.

REFERÊNCIAS

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Petrópolis, Ed. [Vozes](#), 2009

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. S. Paulo, Ed. Cultrix, 2006.

WATZLAWICK, P.e outros, *Pragmática da comunicação humana*. São Paulo, Ed. Cultrix, 1993.

A MEDIAÇÃO COMO UM PROPÓSITO DE VIDA - UMA REFLEXÃO SOBRE OS VALORES NUCLEARES DO MEDIADOR

*Maria Paula Nogueira Ávila*²⁵⁸

Resumo: O fenômeno da mundialização provoca a complexificação dos conflitos. Diante desse cenário, as formas tradicionais de soluções de controvérsias não mais atendem às demandas dos cidadãos, que necessitam de ferramentas que considerem de forma humanizada e individualizada os conflitos. Nesse contexto, o Estado brasileiro, no intuito de diminuir os custos e a morosidade dos processos e atender de forma mais efetiva e econômica os cidadãos propõe a adoção da mediação enquanto meio adequado de solução de conflito, incentivando a formação de profissionais para atuarem enquanto mediadores. O presente estudo baseia-se em pesquisa bibliográfica acerca da mediação de conflitos e na vivência profissional e pessoal da autora. Aborda o despertar da sensibilidade, a ética, a boa fé enquanto princípio legal, a busca da coerência e dos valores humanos por parte do mediador, o caráter interdisciplinar da mediação, o ensino da mediação e o desafio de guiar o aprendiz na construção de um conhecimento complexo.

Palavras-Chave: Mediação. Ética. Humanização. Cidadania. Boa fé.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As relações do mundo de hoje exigem que a solução de conflitos seja célere, econômica e pacífica, mas ainda é um desafio para a

²⁵⁸ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador. Advogada, Mediadora. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social, Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires. Professora da Escola Superior da Advocacia da OAB-BA, Vice-presidente da Câmara de Mediação da OAB-BA, Vice-presidente da Comissão de Mediação e Conciliação da OAB-BA E-mail: mpaulaavila@yahoo.com.br.

humanidade reduzir a dureza, a discórdia, os transtornos que acompanham inevitavelmente os períodos de grandes mudanças sociais.

Segundo Edgar Morin, os conflitos atuais acontecem em uma dimensão global, devendo os indivíduos mobilizarem-se no intuito de contextualizá-los e buscar soluções considerando uma dimensão complexa.

Compreender a unidade e a diversidade é muito importante hoje, visto estarmos num processo de mundialização que leva a reconhecer a unidade dos problemas para todos os seres humanos onde quer que estejam; ao mesmo tempo, é preciso preservar a riqueza da humanidade, ou seja, a diversidade cultural; vemos, por exemplo, que as diversidades não são só as das nações, mas estão também no interior destas; cada província, cada região, tem a sua singularidade cultural, a qual deve guardar ciosamente.²⁵⁹

No Brasil, país de grande diversidade cultural e desigualdades sociais intensas o poder judiciário enfrenta, atualmente, um momento de crise. Diante da crescente demanda, do alto custo processual e da morosidade de sua atuação acaba por não suprir as necessidades sociais, a cada dia mais complexas, dos jurisdicionados.²⁶⁰ Nesse contexto, a mediação apresenta-se enquanto forma célere e econômica de solução

²⁵⁹MORIN, Edgar. A necessidade de um pensamento complexo. **Representação e complexidade. Rio de Janeiro: Garamond**, p. 69-77, 2003.

²⁶⁰Segundo o relatório "Justiça em Números", elaborado pelo CNJ, em 2014 chegaram à Justiça brasileira 28,8 milhões de processos, nesse período taxa de congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4%. BRASIL. **Justiça em Números**. Conselho Nacional de Justiça. 2015.

de conflitos, sendo levada ao poder judiciário por políticas públicas que visam o desafogamento da justiça.²⁶¹

Diante desse cenário, torna-se necessária a existência de profissionais treinados para mediar controvérsias. A política pública de tratamento adequado dos conflitos instituída através da Resolução nº125/2010, que confere atribuições ao CNJ e aos tribunais, cria núcleos permanentes e centros judiciários para a implementação da mediação dentro e fora do processo.

Os tribunais de justiça de todo o país, portanto, passaram a formar mediadores e conciliadores por meio de cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento. O CNJ estabelece, enquanto requisitos obrigatórios na formação, conteúdo programático com exercícios simulados, seguido de estágio supervisionado, independentemente disso, o mediador deve possuir competências, a exemplo da sensibilidade e da ética, no intuito de sustentar a mediação a partir de premissas essenciais, do instituto, independentemente da corrente ou estilo de mediação a ser escolhido, quais sejam: a autodeterminação das partes, significando a devolução para os mediados da autonomia que precisam diante de suas próprias questões e o poder humanizador do conflito, significando o aumento da aptidão para a interação com o meio envolvente, a compaixão, aquisição de hábitos sociais polidos.²⁶²

²⁶¹BRASIL. Manual de mediação judicial. 4.ed. Conselho Nacional de Justiça. 2014.

²⁶²BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. The promise of mediation: The transformative approach to conflict. John Wiley & Sons, 2004.

O professor argentino Luis Alberto Warat afirma que a mediação "... não é uma ciência que pode ser explicitada, ela é uma arte que tem que ser experimentada." Uma afirmação surge o questionamento norteador da presente investigação "O que o indivíduo necessita para se perceber mediador?"

Este trabalho tem o intuito de ajudar as pessoas a encontrarem uma sensibilidade acima de qualquer padrão convencionalmente adotado.

O primeiro item trata do despertar da sensibilidade e da valorização da interdisciplinariedade no encontro com a mediação, o segundo fala sobre a ética, a busca da coerência e dos valores humanos por parte do mediador, o terceiro sobre o ensino da mediação e o desafio de guiar o aprendiz na construção de um conhecimento complexo.

1-O encontro com a mediação: o despertar da sensibilidade e a valorização da interdisciplinariedade

O perfil do profissional do direito sempre foi associado ao de um guerreiro, em disputa para ter sucesso garantido, defendendo uma posição em favor do cliente com unhas e dentes afiados. Atualmente, em muitas situações esse perfil se tornou obsoleto, e até inadequado.

Ademais, para a mediação o arcabouço teórico adquirido na faculdade de Direito não é ferramenta apropriada de trabalho. O advogado, certamente, deve utilizar-se de fontes de conhecimento externas às Ciências Jurídicas, advindas da Filosofia, da Psicologia, da

Comunicação, da Assistência Social, dentre outras áreas, porém na mediação essas informações serão secundárias.

Nesse contexto, a prática do profissional do direito, deve renunciar ao lugar do embate e da argumentação competitiva para aprofundar o questionamento de certezas intangíveis, compreendendo e negociando questões e encontrando o lugar do saber dialogado, a partir da interação e da afirmação de valores éticos.

A postura combativa e autosuficiente dos operadores do direito formados para lidar com conflitos de interesses, enxergando-os sob o ponto de vista jurídico apenas, essa postura belicosa dos advogados é entendida, como um perfil que se utiliza de um "poder" para ter acesso aos tribunais e foruns, num contexto positivista e formalista.

O perfil dos operadores do direito inviabiliza uma abertura dos jurisdicionados na construção do consenso sob uma perspectiva colaborativa e satisfatória, atualizada e condizente com a contemporaneidade das soluções dialógicas, menos ortodoxas e que abrace as diferenças.

A mediação quebra paradigmas, desconstrói os símbolos e os padrões seculares do sistema na tentativa de se aproximar e acolher os jurisdicionados insatisfeitos trabalhando com a emoção, com os interesses, com os segredos e o mediador tem a função de estimular as partes à interação e ao diálogo.

Em outras palavras, o mediador deve chamar os mediandos para a transferência de um para com o outro, a fim de possibilitá-los a interpretação e elaboração do conflito:

O mediador [...] chama para o lugar das transferências, o outro ou outros envolvidos no conflito, tentando que cada um, olhando-se a partir do olhar do outro, possa transformar-se reencontrando-se em suas pulsões de vida.²⁶³

A mediação de conflitos trabalha então com as pulsões da vida e da morte, com as raízes do conflito, com a resignificação, com a transferência entre as partes, com a emoção. Todos esses aspectos são analisados na psicanálise, que tem como objetivo a investigação e compreensão de comportamentos e sentimentos e maneja o conflito, resignificando-o através da repetição, recordação e elaboração, conforme preconizado na obra freudiana.²⁶⁴

A teoria psicanalítica como um suporte teórico e prático para a mediação, fica evidenciada na obra da professora Tânia Almeida, Caixa de Ferramentas em Mediação²⁶⁵, quando a autora trata da ferramenta de "visitar o lugar do outro", que significa entender o ponto de vista, incluindo, genuinamente, sua perspectiva em relação ao ocorrido e sua visão de mundo".

Esta natureza de intervenção constitui-se base de algumas espécies de abordagens em mediação, como é o caso do modelo Transformativo, o qual utiliza perguntas

²⁶³WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício mediador. Boiteux, 2004.

²⁶⁴FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Editora Companhia das Letras, 2012.

²⁶⁵ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos**. Dash Mediação, 2015.

que auxiliam na identificação dos sentimentos, das preocupações, dos interesses, das necessidades, dos valores e das possibilidades de cada um (recognition). As respostas de cada participante constituem-se em dados a serem convertidos em informação pelo outro. As intervenções com esse objetivo estimulam a visitação ao lugar do outro como uma atividade em mão dupla. Por vezes, a compreensão da percepção do outro já é cenário suficiente para mediadores oferecerem reflexões que conduzam ao entendimento.²⁶⁶

A conjugação desse método psicanalítico aplicado no campo da mediação, denominado pela autora como "ferramenta em mediação", permite um bom resultado na resolução de conflitos, porque, diz a autora:

[...] com essa natureza de intervenção, os mediandos podem conhecer, entrar em contato, compreender os sentimentos, as preocupações, os interesses, as necessidades, os valores e as possibilidades do outro, com vistas a: ampliar o entendimento a respeito que motiva o outro a agir, a se expressar ou a reagir de uma determinada maneira; gerar receptividade à legitimação das preocupações, interesses, necessidades, valores e pontos de vista do outro; desconstruir interpretações negativas relativas ao outro, impeditivas de posturas de colaboração e de solidariedade; viabilizar a criação de soluções de benefício mútuo; vislumbrar cenários futuros passíveis de serem administrados por ambos, inclusive na vigência da inversão da posições/condições atuais.²⁶⁷

Trata-se, portanto, de um método que viabiliza o acesso à justiça, o direito a uma autonomia, que gera uma cidadania efetiva e que

²⁶⁶ALMEIDA, Tânia. Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos. Dash Mediação, 2015.

²⁶⁷ALMEIDA, Tânia. Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos. Dash Mediação, 2015.

é construída numa perspectiva subjetiva dos mediandos e por eles experimentada.

A mediação não exclui a tradição da Justiça, e sim agrega a essa tradição outras possibilidades mais efetivas e razoáveis para acolher as diferenças em conflitos de interesses adequados para tanto, tem sido útil em muitos segmentos, tem entrado nos diversos países e regiões, conseguindo exercer uma função questionadora pós-moderna em prol dos valores democráticos e das garantias fundamentais do ser humano.

Esse método autocompositivo de solução de conflitos traz um novo conceito na prática do Direito por optar pelo diálogo e pelo entendimento entre as partes, conduzido por um profissional neutro devidamente treinado e que renuncia o perfil tradicionalmente belicoso direcionado ao requinte no litígio.

É necessário aprender a gerir os conflitos colaborativamente, pois estamos atravessando a sexta crise civilizacional mais importante da história ocidental. (CAPRA,1998)

Capra se refere ao profundo impacto da crise mundial, envolvendo dimensões políticas, intelectuais, morais, espirituais diante dos conflitos, que torna necessária a mudança de paradigma na gestão das disputas como medida civilizatória de sobrevivência da humanidade em tempos onde surgem novas doenças, aumento de criminalidade, conflitos que desaguam nos genocídios, mortes, crueldades humanas.

2- O papel do mediador: a busca da coerência e dos valores humanos

Mais que buscar a realização de um acordo, o papel do mediador engloba empreender uma mudança interior que fará com que as partes desenvolvam autonomia diante da vida e dos conflitos a ela inerentes. Para tanto é necessária a coerência e a ética pessoal. As atitudes do mediador devem estar em consonância com seu discurso - para mediar é necessária uma constante autoavaliação e uma perspectiva filosoficamente feliz diante da vida.

A mediação nos moldes atuais surgiu a partir da técnica de negociação assistida adotada em Havard. No Brasil, atualmente, a política pública de mediação de conflitos faz uma mistura de diferentes modelos e técnicas.

A escola de Haward, precursora do modelo hoje considerado tradicional de mediação, cujo foco é a facilitação do acordo através da negociação considera os perfis propostos por Riskin para caracterizar os mediadores: o perfil facilitativo e o perfil avaliativo. O primeiro estabelece limites em sua atuação não opinando sobre o conflito, o segundo assume, em virtude de sua experiência e objetividade, o direcionamento ao acordo, posicionando-se como o que considera-se na realidade brasileira um conciliador.

A escola narrativa, fundada por John Winslade e Gerald Monk, baseia-se em três crenças: a linguagem - que estrutura a realidade, a inexistência de uma realidade objetiva- tendo em vista que os fatos são

sempre uma perspectiva subjetiva; a identidade individual como um produto de múltiplos mitos - tradições aceitas por uma cultura. O mediador, nesse contexto tem a finalidade de desconstruir a história, expor ideias e ajudar as partes a trabalharem um discurso mais positivo.

O modelo "transformador" de mediação, de Luís Alberto Warat, assemelha-se ao narrativo, trabalha a terapia do reencontro amoroso, propõe uma reconstrução através da ecologia do desejo, onde o mediador está livre de recursos legislativos, ou receitas - modelos prescritos pela razão ou pela norma.

Na mediação sistêmica, que tem como expoente Marínes Soares, o mediador trabalha com conflitos na área de família, buscando produzir uma mudança nas relações familiares.

A Escola Transformativa, proposta por Bush e Folger, preocupa-se mais com a melhoria da qualidade da interação entre as partes que com a obtenção do acordo, assemelhando-se ao modelo facilitativo. O mediador atua enquanto um facilitador que propicia a interação entre as partes.

Existem, para os mediadores, em seus distintos papéis, diversos códigos que direcionam suas condutas profissionais em nível nacional, internacional, ou propostas por instituições privadas. Ainda assim, os valores éticos subjacentes do mediador devem transcender regras positivadas pré-fabricadas.

3- A boa-fé enquanto valor essencial na mediação

Segundo a lei de mediação, o mediador deve orientar sua conduta pelos seguintes princípios: imparcialidade, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

"A virtude da boa-fé consiste em acreditar no que se diz e dizer aquilo em que se acredita, naturalmente, quem está de má-fé, deliberadamente mente, mas nem todos que mentem estão necessariamente de má-fé." ²⁶⁸

Cumpre-nos refletir sobre a apropriação do princípio da boa-fé pelo art.2º, inciso VIII da lei 12.140/2015. Trata-se de um princípio geral, implícito na Constituição, aplicado em qualquer ramo do Direito Privado, que traz em sua essência uma perspectiva ética, sobre a qual a doutrina considera duas concepções: uma subjetiva e a outra objetiva.

Orlando Gomes afirma que "o princípio da boa-fé foi consagrado pela primeira vez no art. 157 do Código Civil alemão nestes termos: 'os contratos devem ser interpretados tal como exijam a confiança e a lealdade recíprocas em correlação com os usos do comércio'". ²⁶⁹

²⁶⁸ LEITE, Gisele. Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7293>. Acesso em: 15/nov/2015.

²⁶⁹ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.475.

Conforme Humberto Theodoro Jr., o código civil de 2002,

[...] fiel ao projeto de seus arquitetos de assentá-lo sobre o princípio da eticidade, invoca a conduta ética dos contratantes, no art. 422 do Código Civil, a obrigação acessória de agir segundo princípios da probidade e boa fé, independentemente de previsão dessa conduta nas cláusulas do contrato, das negociações preliminares ou dos termos ajustados para a execução e para a responsabilidade pela prestação realizada.²⁷⁰

Segundo o autor "o princípio da boa-fé visa, ordinariamente, a completar a convenção, estatuidando no claro das declarações das partes, regras complementares (obrigações acessórias)."²⁷¹

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva integrar e interpretar a relação contratual, atentando para as práticas que não de ser observadas no negócio jurídico, enquanto o princípio da boa fé subjetiva refere-se à intenção das partes em relação ao vínculo jurídico.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o princípio da eticidade funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os outros valores, priorizando a boa-fé, a equidade e demais critérios éticos²⁷².

Os indivíduos ao participarem de uma sessão de mediação devem ter o princípio da boa-fé enquanto norte para sua atuação, manifestando-o através das palavras e atitudes²⁷³. Quem busca utilizar-

²⁷⁰THEODORO JR, Humberto. Contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁷¹THEODORO JR, Humberto. Contrato e sua função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁷²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol1. SãoPaulo: Saraiva, 2006, p.25.

²⁷³FIORATI, Jete Jane. Os direitos dos homens e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. Disponível

se da mediação de má fé, no intuito de obter vantagens, deve sofrer as consequências processuais assentadas no ordenamento jurídico que, em se tratando de mediação judicial, implicará na litigância de má-fé e, em se tratando de mediação extrajudicial com implicações concernentes à responsabilidade civil e penal em razão do dever de lealdade.

4- O ensino da mediação: o desafio na construção de um conhecimento complexo

Além de promover a satisfação das partes pela interpretação do conflito, a mediação implica num crescimento interior, ela acontece de dentro para fora, pelo desenvolvimento de habilidades para gerir as questões que possam ocorrer no futuro.

O autoconhecimento opera uma consciência da própria conduta, das reações ante as emoções, uma consciência sobre os interesses em jogo, implica no reconhecimento de pontos fracos e fortes, preconceitos, crenças, valores etc.

Pode-se perceber que a mediação está além de ser um simples método, ela constitui um processo de mudança interior. Compreendendo o humano enquanto ser complexo.

Esses múltiplos aspectos de uma realidade humana complexa só podem adquirir sentido se, em vez de ignorarem esta realidade, forem religados a ela. Com certeza não é possível criar uma ciência do homem que

anule por si só a complexa multiplicidade do que é humano.²⁷⁴

Considerando esse aspecto, entende-se que o ensino da mediação, muito além da compreensão das dinâmicas do conflito, das bases teóricas e das técnicas empregadas no procedimento visa provocar o aluno a desenvolver sua sensibilidade perante o conflito, seu senso ético enquanto ser humano e mediador.

Ensinar a mediar não é pura e simplesmente repassar uma lista de procedimentos, um método, uma técnica, um aporte teórico. Independentemente da corrente de mediação que se professe, esse ensino consiste na construção de um saber complexo que envolve o desenvolvimento de uma práxis coerente e humanizadora.

Luís Alberto Warat dá enfoque à importância do amor e da sensibilidade enquanto valores inerentes ao mediador, reforçando a necessidade do autoconhecimento e de uma eficiente gestão dos conflitos internos por parte de quem media, afirmando que “as pessoas têm que estar com seus conflitos internos resolvidos. Quem não resolve seus conflitos internos, não pode ficar aberto para o amor, não pode amar, não pode inscrever o amor no meio do conflito.”

Há que se reconhecer com humildade as limitações do papel do mestre em um ofício tão complexo e multifacetado quanto o ensino da mediação, admitindo que o aluno realmente aprende a mediar

²⁷⁴MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

mediando. O professor atua apenas como um facilitador do aprendiz.

5. O facilitador na resolução do conflito

Guiar o aprendiz na construção de um conhecimento complexo é também transferir ou doar uma experiência vivida pela observação da prática da mediação com pessoas de diferentes idades e condições socio-culturais, não tendo, no entanto, a intenção de esgotar as possibilidades de vivência enquanto mediador.

Capacitado e atualizado no seu ofício, o facilitador não pode abrir mão de acolher as vivências, compreender que experiências, emoções e descobertas são únicas, e estarão sempre produzindo algum efeito nas pessoas, devendo saber utilizar seu conhecimento de maneira contemporânea.

5.1 Como intervir e utilizar as ferramentas da mediação?

Os instrumentos da mediação não são receitas prontas e para traduzirem todo o conhecimento vivido, eles oferecem importantes dicas e devem ser apropriados e adequados pelo mediador a cada caso.

Tania Almeida em seu livro *“Caixa de Ferramentas”* faz um passo a passo, apresentando etapas do processo de mediação a partir de princípios do Projeto de Negociação de Harvard (Harvard Negotiation Project), como norteador central para a estruturação da mediação

enquanto processo dialógico e de negociação de diferenças voltados aos interesses e ganhos mútuos.²⁷⁵

Na Escola Transformativa de J. Folger, o facilitador opta por conduzir o diálogo assistido acompanhando o discurso dos mediandos e buscando neles uma brecha que permita o empoderamento de ambos, o aumento de sua autoestima e o reconhecimento mútuo. Já na Escola Narrativa, os mediadores podem encontrar no discurso dos mediandos, um fio condutor de suas intervenções.

Afirma Tânia Almeida (2014):

Discriminar as pautas objetiva e subjetiva existentes, diferenciar os interesses manifestos dos reais interesses e identificar valores e necessidades desatendidos são norteadores de escuta e intervenção dos mediadores. A ferramenta que constrói um cenário positivo para as narrativas dos participantes é o acolhimento (rapport) do mediador - uma qualidade de linguagem não verbal e de escuta que não demonstre interesse, validando as falas e sentimentos trazidos, uma qualidade de linguagem verbal e de perguntas que amplie informações.

Refletindo sobre o comportamento humano, porém, o facilitador deve compreender previamente sobre a centralidade da experiência vivida, e que os conflitos nas relações interpessoais, de trato sucessivo, não apagam o conhecimento intransferível que se tinha do outro.

Perguntar-se-ia: Para onde vai tudo que se vive? Para onde vão a parceria, os conhecimentos pessoais e intransferíveis que se tinha do

²⁷⁵ ALMEIDA, Tânia. Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos. Dash Mediação, 2014.

outro? Do que nos serve negar ou bloquear, tornar inacessíveis as lembranças, impossibilitar o resgate saudável do vivido?

Se tudo está em algum lugar interior, como uma espécie de nuvem onde fica armazenado o que vivemos, como um *iCloud* que guarda o essencial, o que ficou depois do conflito, da tempestade? Nesse lugar, ficam o sumo, o substrato, o registro das intenções sinceras, da vontade de acertar...

As relações pedem tempo, e se depois de um tempo, as dores passam é possível fazer as pazes com a própria história. Caberia questionar para que ter rombos na linha do tempo? Negar, bloquear, impossibilitar o resgate saudável do vivido!?!

Em Poesia Completa, Mário Quintana (2005):

As coisas que não conseguem ser olvidadas/ continuam acontecendo/ Sentimo-las /como da primeira vez, /sentimo-las fora do tempo,/ nesse mundo do sempre / onde as datas não datam./ Só no mundo do nunca existem lápides.../ Que importa se - depois de/ tudo - tenha "ela" partido/ casado, mudado, sumido, esquecido, enganado,/ ou que quer que te haja feito, em suma?/ Tiveste uma parte da sua vida que foi só tua e, esta,/ ela jamais a poderá passar de ti para ninguém./ Há bens inalienáveis, há certos momentos /que, ao contrário do que pensas,/ fazem parte de tua vida presente/ e não do teu passado./ E abrem-se no teu sorriso mesmo quando,/ deslembrado deles, estiveres sorrindo a outras coisas./ Ah, nem queiras saber o quanto deves à ingrata criatura.../ A thing of beauty is a joy for ever/ - disse, há cento e muitos anos,/ um poeta inglês que não conseguiu morrer.

Mário Quintana, no poema “Uma alegria para sempre” trata das relações interpessoais com lirismo, em uma perspectiva positiva, enaltecendo a memória enquanto significativo elemento da convivência

humana, nesse aspecto, o papel do facilitador na mediação é fazer com que as partes ressignifiquem positivamente o que foi vivido.

6- Considerações finais

Vivenciamos uma realidade mundial complexa na qual os conflitos tornam-se a cada dia mais numerosos e fragmentados. O aumento do anseio por solução de lides gera sobrecarga no Judiciário, que há muito já demonstra sinais de insustentabilidade advindos da inadequação temporal do seu modelo de atuação.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico vem se adequando às novas demandas e recebe a Lei de Mediação (Lei nº13.140/2015) para regulamentar a atuação desses profissionais, cujos valores norteadores de sua atividade devem ser pautados pelos princípios contidos no art.2º e incisos, dentre eles, o princípio da boa fé, que além de regra implicitamente constitucionalizada, relaciona-se a valores como a generosidade, a humildade, a justiça, a coragem, funcionando como uma expressão de sinceridade e de franqueza.

Para a implementação dessas políticas, e para a solução de conflitos via mediação na esfera privada, torna-se necessária a capacitação de um considerável número de mediadores, cuja formação, além de um aporte teórico e competências técnicas, exige o despertar de uma sensibilidade, coerência e ética para o exercício de uma atividade humanizadora e cidadã.

Ensinar a mediar consiste em uma atividade complexa, na qual o professor deve funcionar como um provocador, repassando o conhecimento teórico, técnico e instigando o aluno ao exercício do autoconhecimento, da ética e da sensibilidade.

Para se perceber mediador há que se buscar uma melhoria na gestão dos conflitos internos, a coerência entre a prática e o discurso e a valorização da interdisciplinariedade, que permite uma maior compreensão das questões humanas demasiadamente humanas.

Referências

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas na mediação: Aportes práticos e teóricos**. Dash Mediação, 2015.

BRASIL. **Justiça em Números**. Conselho Nacional de Justiça. 2015.

BRASIL. **Manual de mediação judicial**. 4. ed. Conselho Nacional de Justiça. 2014.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: The transformative approach to conflict**. John Wiley & Sons, 2004.

FIORATI, Jete Jane. Os direitos dos homens e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/475/r142-07.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 15/nov/2015.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Editora Companhia das Letras, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.475.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol1. SãoPaulo: Saraiva, 2006, p.25.

LEITE, Gisele. Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7293>. Acesso em: 15/nov/2015.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MORIN, Edgar. A necessidade de um pensamento complexo. **Representação e complexidade**. Rio de Janeiro: Garamond, p. 69-77, 2003.

QUINTANA, Mário. Uma alegria para sempre. In: **Poesia completa**. Rio de Janeiro-RJ. Editora Nova Aguilar, 2005.

THEODORO JR, Humberto. **Contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

ESTUDO SOBRE A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO MEDIADOR/ADVOGADO

*Marilene Marodin*²⁷⁶

“Educação não transforma o mundo. Educação muda as pessoas. As pessoas mudam o mundo.” Paulo Freire

Resumo: Este estudo teve como objetivo identificar o processo dinâmico que ocorre durante a construção do sentimento de identidade de mediador no profissional do direito, a partir da escuta das verbalizações dos advogados, durante diferentes momentos no transcorrer de cursos de capacitação em mediação de conflitos. A pesquisa realizada abarca todo o período do curso, no início registrando as expectativas dos alunos quando chegam, posteriormente durante o acompanhamento do desenrolar da aprendizagem vivencial e, no final onde é possível se testemunhar a construção desta nova identidade. Participaram deste estudo alunos de curso de capacitação em mediação de Porto Alegre/RS, com atuação na área do Direito. As reflexões foram baseadas nos conceitos de identidade e de identificação propostos pela teoria psicanalítica e os conceitos de configurações vinculares postulados por Bion e Zimerman. São registrados depoimentos de advogados em formação durante diferentes momentos do curso, assim como de advogado já capacitado como mediador, para exemplificar as vivências gestadas.

Palavras-chave: Mediador, capacitação do mediador, sentimento de identidade de mediador, self do mediador, mudança de paradigmas culturais do advogado.

²⁷⁶ Mediadora de Conflitos, Psicóloga Clínica, Psicoterapeuta de Casal e Família, Capacitação em Práticas Colaborativas, Integrante do Núcleo de Estudos de Mediação da Escola Superior da Magistratura AJURIS, Diretora da Clínica de Psicoterapia e Instituto de Mediação (CLIP), Coordenadora e Supervisora do Curso “Mediação de Conflitos: novo paradigma à construção da paz”, Coordenadora da CLIP na Parceria do Projeto Mediação da Defensoria Pública do Estado do RS, Superintendente Regional do CONIMA-Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem.

Sumário: 1. Introdução; 2. Visão psicanalítica da construção do sentimento de identidade; 3. Mudança na Cultura: da lógica determinista binária do litígio à cultura da autocomposição; 4. A construção da identidade de mediador / advogado 5. Conclusões Finais: 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

“Pés, para que te quero, se tenho asas para voar?”

Frida Kahlo

O presente trabalho baseia-se na análise de mais de 40 cursos de capacitação em mediação de instituição sediada nesta capital, com um público de profissionais da área do Direito de aproximadamente 400 profissionais.

Desde o ano de 1994, quando foi organizado em Porto Alegre o primeiro Curso de “Formação em Mediação Familiar”, ministrado pelo Juiz argentino Dr. Eduardo J. Cárdenas, contando com a participação de vários advogados, oriundos de diversos Estados do Brasil, pudemos acompanhar, até os dias de hoje a grande demanda destes profissionais na busca de uma capacitação nesta abordagem. O acompanhamento destes profissionais permitiu testemunhar a aquisição da identidade de mediador que os advogados adquiriam quando dispunham-se a, como alunos, aprenderem a arte de mediar.

Para Zimerman (2001) “devemos ter presente o quanto é inerente ao sentimento de identidade o constante questionamento do sujeito quanto *a quem* ele realmente é, como se *auto-representa*, quais

são os *papéis* e os *lugares* que ele ocupa nos vínculos grupais e sociais, e o *que* e *quem* ele quer vir a *ser* e de como se sente *visto pelos demais*.”

Transpondo estas reflexões para o sentimento de identidade de mediador pode-se afirmar que há o constante questionamento de *quem* ele é enquanto mediador, como *se auto-representa* nesta função, quais os *papéis e lugares* que ocupa nos vínculos com outros colegas mediadores, e o *que e quem ele aspira* ser em sua prática mediadora, assim como qual a *imagem que tem de como é visto* pelos colegas e pela sociedade enquanto mediador.

Acredita-se que as ponderações a seguir possam ser utilizadas pelos advogados que estão realizando a capacitação na abordagem mediadora de conflitos, assim como para os que já a completaram, visando o aperfeiçoamento em sua prática através do exercício de autorreflexão de suas trajetórias, na construção de seu sentimento de identidade enquanto mediadores.

2. Construção do sentimento de identidade

“Porque eu sou do tamanho do que eu vejo – e não do tamanho da minha altura”.

Fernando Pessoa

Ao nos reportarmos a etimologia da palavra identidade, *idem+entidade*, nos deparamos com a constituição de uma “entidade” que se mantém basicamente a mesma - *idem*- apesar das variações temporais, espaciais e sociais. (Zimmerman, (2001).

Para compreendermos a formação de uma identidade própria do mediador, entendemos ser importante transitarmos em alguns conceitos

da Psicologia, que irão auxiliar na compreensão desta transformação interna.

De acordo com Zimerman, (2001) “a aquisição de um sentimento de identidade coeso e harmônico resulta do reconhecimento e da elaboração das distintas identificações parciais, que, desde os primórdios de seu desenvolvimento, foram se incorporando ao sujeito pela introjeção de códigos de valores dos pais e da sociedade.”

Já a identificação é um conceito de especial importância na psicanálise, que designa uma operação psicológica responsável pela constituição do indivíduo, na consolidação da estrutura básica de personalidade, a partir do modelo de seus objetos anteriores, tais como pais ou pessoas de seu meio social, que neste trabalho se refere aos grupos formados nos cursos de capacitação em mediação.

Para S. Freud “a identificação não é apenas imitação, mas, apropriação, assimilação das propriedades, qualidades, funções e posições existentes em outrem.”

(Jacques Miermont, 1994)

Para Laplanche e Pontalis a identificação é um “processo psicológico pelo qual um indivíduo assimila um aspecto, uma propriedade, um atributo do outro e se transforma, total ou parcialmente, segundo o modelo desta pessoa.” (Laplanche; Pontalis, 1975).

De acordo com Saffer (2017) em Psicologia das Massas e Análise do Ego, Freud afirma que “a identificação é conhecida pela

psicanálise como a expressão mais primitiva de uma ligação emocional com outra pessoa” sendo o processo de identificação estruturante da mente.

O sujeito se constitui e se transforma, assimilando ou se apropriando, parcial ou totalmente, dos aspectos, atributos ou traços das pessoas mais íntimas que o cercam como está explícito na morfologia da palavra onde identificar é o mesmo que *tornar idem*, ou seja *igual*. Está diretamente ligada à formação do ego, ideal de ego, superego, caráter e identidade de acordo com Grinberg. (1976)²⁷⁷

A identificação significa na linguagem corrente uma série de conceitos psicológicos, tais como imitação, empatia, simpatia, projeção entre outros. Encontramos três níveis formadores de identidade, que são inseparáveis, a identidade individual, a grupal e a social.

Assim, a personalidade se constitui e se diferencia por uma série de identificações, nas suas mais variadas formas, sendo que uma delas é através do desejo de ter algo em comum com o outro, que é justamente

²⁷⁷ Para Freud as três instâncias psíquicas- id, ego e superego- estão em íntima inter-relação, e em relação com a realidade externa. O Id constitui o polo pulsional da personalidade; os seus conteúdos são a expressão psíquica das pulsões, sendo inconscientes, em parte hereditários e inatos e em parte recalçados e adquiridos. O ego é a parte do id que foi modificada pela influência direta do mundo exterior através do sistema perceptivo-consciente, tendo as mais diversas funções como, controle da motilidade e da percepção, prova de realidade, ordenação temporal dos processos mentais, pensamento racional. O ideal de ego é a instância da personalidade resultante da convergência da idealização do ego e das identificações com os pais, com os substitutos e com os ideais coletivos e enquanto instância diferenciada, o ideal de ego constitui um modelo a que o indivíduo procura identificar-se. O superego é o herdeiro do Complexo de Édipo constituindo-se por interiorização das exigências e das interdições parentais, sendo uma instância que se constitui pela lei e proíbe a sua transgressão.

a dinâmica que encontramos nos processos de aprendizagem por nós referidos. Através da introjeção o aluno incorpora qualidades inerentes aos seus professores, passando a identificar-se com estas qualidades. ²⁷⁸Destacamos a importância da capacitação dos professores mediadores para que esta dinâmica seja construtora de contextos autocompositivos, assim como da formação dos supervisores, com cursos específicos que lhes tragam esta habilidade.

Observamos entre membros de um grupo que, por um lado, há o vínculo com o líder que ocupa o lugar do ideal de ego, mas por outro lado também encontramos as identificações entre os pares que auxiliam na construção do sentimento de identidade, na medida que dão o retorno de como estão vendo o profissional enquanto este assume determinado papel, podendo a imitação ser o início do sentimento que encaminha para a identificação.

A noção de “vínculo” também é de fundamental importância para entendermos esta dinâmica relacional que é responsável pelo desenvolvimento da personalidade na medida que sabemos o quanto o ser humano constitui-se sempre a partir de um outro.

O termo vínculo origina-se de “*vinculum*”, que significa união, simbolizando uma forma de ligação entre as pessoas que estão unidas e inseparáveis, embora possam permanecer delimitadas entre si. O

²⁷⁸ A *introjeção* é um processo que na teoria psicanalítica está estreitamente relacionado com a identificação, processo pelo qual as pessoas incorporam os valores dos pais e da sociedade, transformando-os em seus. A introjeção desempenha um importante papel na formação do superego

primeiro vínculo a se formar na existência de qualquer ser humano ocorre na inter-relação do bebê recém-nascido com a figura materna.

Porém à medida que a criança vai crescendo, as configurações vinculares vão se expandindo e se modificando, na convivência com outros grupos, alguns de formação espontânea, outros de estudos, mais adiante na evolução, com amigos de jogos, esportes, ou namoros e casamentos, grupos de faculdades, de trabalho assim como os grupos, formados nos cursos de capacitação em mediação de conflitos.

É fundamental a qualidade dos vínculos que vão se estabelecendo, pois se têm uma predominância benigna, resultará numa configuração vincular de cooperação [“co”= junto de +”operação” = operar juntos] numa tarefa comum, construtiva, ou poderá apresentar uma predominância maligna, onde vingará uma vigência de destrutiva competição [“com = junto + ”petição”=demanda insaciável de pedidos]. (Zimerman, 2010)

A Teoria dos Vínculos foi sistematizada por W. Bion definindo as múltiplas facetas dos vínculos e das respectivas configurações vinculares a partir da compreensão de que “vínculos são elos de ligação – emocional e relacional – que unem duas ou mais pessoas, ou duas ou mais partes dentro de uma mesma pessoa”. (Zimerman, 2010)

Repensando a definição de Bion, Zimerman destaca três aspectos, sendo o primeiro a utilização do termo “*relacional*”, indicando que sempre existem relações entre todas as pessoas envolvidas nos contextos, ocorrendo então uma teia de interações onde uns influenciam os outros e são manifestas no mundo exterior, ao

mesmo tempo que constroem o mundo interior de cada sujeito. A segunda observação baseia-se na palavra “*emocional*”, e que realça a significação de existir algum tipo de emoção nos elos de ligação entre duas ou mais pessoas, dentro ou fora do sujeito. O terceiro aspecto reside na utilização do termo “vínculo” para designar as *relações humanas exteriores*, tais como as configurações vinculares encontradas entre casais, famílias e também em grupos institucionais, em especial grupos de estudos, de formações e de trabalho. Porém, vale lembrar que os vínculos podem ser de natureza *intersubjetiva*, quando se constituem entre duas ou mais pessoas, ou de natureza intrassubjetiva, as diferentes partes dentro de uma mesma pessoa, ou ainda *transsubjetiva*, quando o vínculo se amplia no social, atravessando fronteiras como no litígio entre nações.

Bion destacou três vínculos, o do Amor, o do Ódio e o do Conhecimento. A estes Zimerman agregou o vínculo do Reconhecimento e a ideia é que os quatro vínculos estarão sempre presentes e interagindo entre si.

A partir destas considerações podemos afirmar que a qualidade dos vínculos que as pessoas estabelecem em seus relacionamentos será determinante para a qualidade de vida que esta pessoa construirá no seu cotidiano.

Ao transitarmos por esses conceitos, é oportuno considerarmos o quanto os vínculos, com todas as suas peculiaridades, se fazem presentes desde o momento que o aluno ingressa no curso de formação em Mediação, ou até antes disso, considerando o desejo que eles

demonstram para buscar esta formação. Uma vez inseridos neste novo contexto, iniciam-se os movimentos identificatórios com os professores-mediadores, e a internalização de conceitos próprios da mediação, que implicam em um repensar os conceitos anteriores de litigância, que orientava o modo como o advogado se posicionava frente aos conflitos de seus clientes. Com o transcorrer do curso, somam-se as vivências com os colegas, as novas formas de vinculação e de como compreender os conflitos, bem como uma importante reflexão sobre o “ser” e “estar” em contextos conflituos. Em todos esses momentos, podemos testemunhar a construção de uma nova identidade profissional- de mediador- naquele aluno que ao ingressar no curso se dispõe a passar por esta transformação.

3. Mudança de paradigma: da lógica binária do litígio à cultura da autocomposição

O estudo sobre a formação da identidade profissional do Mediador, que é de natureza intrínseca, necessita partir de algumas reflexões sobre a mudança de paradigma proposta pela Mediação, e o quanto essa mudança de cultura não só auxilia na formação desta nova identidade, mas como também é determinante na aquisição da postura colaborativa.

A prática da autocomposição propõe a busca de consenso e a possibilidade de um olhar sistêmico do conflito. Esta abordagem ainda soa como estranha ao advogado que está mais aparelhado, pelo ensino universitário do direito e pela prática observada na sociedade de pares,

a valorizar uma abordagem adversarial, litigante, com uma mensagem de que é através do enfrentamento ao outro, visto como adversário de seu cliente, que o advogado vai trilhar o caminho do sucesso. Este procedimento, que tem como modelo uma lógica determinista binária do litígio, onde resulta um ganhador e um perdedor, traz como consequência uma cultura empobrecedora das relações interpessoais e estimuladora de relações hostis e agressivas.

A cultura da autocomposição, e em especial a mediação de conflitos, tem uma proposta que implicará que o advogado, formado naquele paradigma tradicional, possa fazer uma desconstrução em suas crenças, abrindo mão de que só há esta possibilidade para sua atuação profissional. Ao inserir em suas possibilidades de trabalho o contexto de mediação, com um olhar que inclui o outro, numa visão sistêmica de contexto e valorização dos interesses e das necessidades das pessoas envolvidas nos conflitos, abre mão de ser o profissional mais atuante no encaminhamento de seu fazer profissional, criando espaços para que os clientes sejam os autores de suas decisões.

Esta mudança paradigmática vai sendo construída à medida que o aluno cursa os módulos do curso de capacitação que deve ser montado para que, gradativamente, o advogado vá se sentindo instigado a repensar seus conceitos e se sinta enriquecido com este novo pensar. Deve haver constantemente, um convite a reflexão de crenças e posturas frente aos conflitos, pois de acordo com Bruner (2001), Faz-se necessário enfatizar poderes da consciência, da atividade de reflexão, da amplitude de diálogo e da negociação no contexto educacional

levados pela necessidade de equiparar mentes com habilidades para compreender, sentir e agir no mundo cultural.

Neste caminho o advogado passa a perceber que justiça não ocorre somente através do judiciário, mas que ela pode ocorrer e ser acionada pelas próprias pessoas ligadas aos conflitos, auxiliadas pelo profissional do direito e em um contexto privado, e que ele, enquanto mediador, desempenha um papel de agente de saúde da sociedade na medida em que participa na construção de um mundo de paz social.

Podemos aqui lembrar as palavras de Einstein: “Eu não sou apenas um pacifista, sou um pacifista militante e estou disposto a lutar pela paz”.

Quem dera que os advogados, capacitados como mediadores e desempenhando este papel, possam abraçar esta filosofia de Einstein. Do mesmo modo é a esperança que os advogados que representam seus clientes, através do conhecimento das propostas da mediação e do que acontece em uma mesa de negociação, identificando com clareza qual *o papel do advogado* em uma mediação, possam também se colocar buscando soluções colaborativas e conseqüentemente trabalhem em prol da paz social.

4. A construção do sentimento de identidade de mediador / advogado

“o caminho se faz ao caminhar...”

Antonio Machado

Considera-se que os objetivos básicos de uma capacitação em mediação de conflitos é possibilitar aquisição de conhecimentos teóricos e práticos sobre esta abordagem autocompositiva, proporcionar o desenvolvimento de habilidades para intervenções em mediação e instrumentalizar o mediador no uso dos próprios recursos de self para trabalhar mediando conflitos em diferentes contextos. (Marodin, Molinari, 2016)

Partindo destes objetivos, uma boa capacitação deve abarcar três pilares, onde no primeiro situam-se os aportes teóricos para a construção do conhecimento, englobando exercícios de prática simulada com uma carga horária em torno de 110 h. O segundo pilar refere-se ao módulo da prática supervisionada de casos reais com um mínimo de 80 horas de atendimento supervisionado, que não podem ser substituídas pela prática simulada, onde o aluno inicia observando mediações realizadas por mediadores, e depois de um período passa a co-mediador para posteriormente assumir a posição de mediador.

O terceiro pilar é o trabalho a ser desenvolvido em relação ao *self* do mediador, que pressupõe a identificação de sentimentos vivenciados pelo mediador em decorrência dos temas que emergem nos contextos das mediações e que poderão ser determinantes nas

abordagens utilizadas pelo profissional e conseqüentemente terem uma significativa influencia na evolução do procedimento.

Em relação a formação do sentimento de identidade como mediador, vivenciado pelo advogado que busca desta qualificação, este estudo identificou também três diferentes etapas que são estruturantes e construtoras e se destacam pelas peculiaridades nelas identificadas no transcorrer da capacitação.

Em uma primeira etapa, nos encontros iniciais do curso, deve-se trabalhar os objetivos e os interesses que levaram os advogados a buscar um curso de capacitação em mediação de conflitos, com perguntas como “O que os trouxe até aqui”? “Quais as expectativas de cada um”? “O que esperam alcançar com este curso?”

Evidencia-se, da análise do grupo objeto deste estudo, que as respostas dos mesmos apresentam verbalizações que registram duas grandes questões, por um lado o descontentamento pelo paradigma belicoso que aprenderam na academia e na prática advocatícia e que utilizam até então. Por outro lado, assinalam a expectativa de aprendizagem de algo novo, diferente do lugar comum do até então aprendido. Tem-se assim a constatação que prevalecem dois sentimentos bem diferentes: a frustração pela abordagem do trabalho até então desenvolvido, assim como a esperança de conquistar outras abordagens que lhes tragam maior satisfação, tanto a nível pessoal como também para seus clientes. Muitos advogados chegam a referir o quanto já pensaram em abandonar a profissão devido ao desgaste

emocional que, inúmeras vezes, vivenciaram na postura litigante durante o exercício de sua prática.

Vale referir o fenômeno chamado em psicanálise de transferência, que se refere a um processo no qual são projetados nos mediadores os desejos inconscientes dos mediandos que ao se atualizarem nos relacionamentos durante a Mediação exigem do mediador a capacidade de identificar e absorver os impactos destas projeções maciças. Quando o mediador adquiriu um bom nível de autoconhecimento, poderá identificar seus sentimentos - que se denomina em psicanálise de contratransferência, e em teoria dos sistemas de ressonância - reorganizando a comunicação e clarificando as questões levadas à mediação, sem tratá-las, com a meta de manter as negociações, assumindo uma postura denominada *equidistante*.

E de conhecimento que a formação acadêmica prévia do mediador, assim como o nível de seu autoconhecimento, vai influenciar no quanto ele terá a compreensão destas vivências inconscientes/emocionais.

O mediador com formação em Direito, poderá ter dificuldades em decifrar os fenômenos projetivos e introjetivos advindos do nível inconsciente do funcionamento dos mediandos. Para tanto, o treinamento em Mediação deve ensinar este mediador a lidar com a própria contratransferência, mantendo a equidistância já citada, e que repercutirá na sua capacidade de manter-se imparcial e continente. Com este conhecimento evita-se a ocorrência do *estresse secundário*, vivenciado por profissionais que lidam sistematicamente com situações

de ansiedade, e que podem apresentar uma sintomatologia decorrente desta carga emocional.

Pesquisas indicam que os juízes são mais sujeitos ao impacto dessas cargas emocionais, uma vez que lhes é delegado julgar e decidir o futuro das pessoas em meio a um cenário de situações de extrema violência e que em decorrência da repetição continuada – *princípio de constância ou de homeostase* – são sujeitos a vivenciarem esta situação de modo traumático. Os sintomas aparecem principalmente através de distúrbios do sono e podem ocasionar, em casos extremos, mortes prematuras.

Poderá ocorrer quadros de neurose traumática que iniciam no sistema dos clientes e repercutem no sistema judiciário – juízes e advogados - retornando aos clientes, através da morosidade dos processos, das incertezas das decisões, da ansiedade pelo descumprimento das mesmas. Forma-se um *circuito recursivo* que se auto-alimenta, desembocando em litígios intermináveis.

Quando o mediador em formação se apropria do conhecimento destes fatos passa a ter consciência que poderá se libertar deste contexto estressante e intoxicante através da abordagem da mediação de conflitos.

Os docentes dos cursos de mediação devem, constantemente buscar a construção da identidade de mediador, trabalhando no sentido de referendar a expectativa desta nova modalidade de intervir, realçando o desejo de mudança de paradigma, mas, ao mesmo tempo, referindo o quanto esta será obtida à medida que o caminho for trilhado

e que exigirá de todos uma transformação. Deve dar ênfase que o querer é o primeiro passo, mas que o continuar exigirá que o desconforto, originado na dissonância e na insatisfação, seja propulsor na busca da consonância cognitiva e desta nova identidade.

Este estudo evidenciou que nesta primeira etapa, o advogado demonstra extrema satisfação ao lhe ser apresentada a filosofia da mediação, onde se prioriza a construção de uma cultura de paz social. Forma-se um sentimento grupal de valores e há a identificação entre alunos e equipe docente assim como entre os pares, de crenças e objetivos comuns que se tornam o embrião dos vínculos que serão construídos entre os integrantes, oriundos de diferentes profissões, como psicologia, sociologia, educação por exemplo, onde a reflexão dos diferentes aportes forma uma teia de trocas enriquecedoras e encaminha para a valorização do trabalho multidisciplinar, proposto pela mediação.

Quando o advogado trabalha teoricamente temas que buscarão sedimentar o conhecimento do mediador em formação, tais como mudança paradigmática da cultura, a visão da mediação através do olhar do Direito, com destaque à Resolução 125/10 CNJ, o CPC e Lei da Mediação, assim como a visão da psicologia e as repercussões na saúde mental do ser humano a partir da utilização da mediação, pôde-se observar as primeiras mudanças no olhar do profissional do direito, em direção a uma conscientização da importância da interdisciplinaridade e da humanização do direito.

Percebeu-se que o conhecimento da epistemologia sistêmica e da moderna teoria do conflito, visto como possibilidade de novas construções relacionais, assim como dos aportes da teoria da comunicação humana, que traz a noção da linguagem como construtora da realidade, vai paulatinamente, ampliando as crenças do advogado, que passa a ter um olhar amplo, positivo e diferenciado ao invés do olhar parcial construído na proposta litigante.

Como forma de exemplificar esse caminho percorrido pelos alunos cita-se dois depoimentos que demonstram com clareza os sentimentos vivenciados pelo aluno nesta mudança de identidade profissional:

“O sentimento, após transcrito a metade do curso de mediação é de estar em uma travessia em meio a uma ponte entre dois pontos; atrás o ponto de onde parti e onde encontro conforto; adiante o novo, o desbravar como novo paradigma para abordagem da “lide”, amplo horizonte que gera insegurança e necessidade de integrar os dois pontos.” (Paulo Ricardo D’Oliveira)

“No decorrer do curso de mediação desde a capacitação na Casa de Mediação da OAB, tenho percebido de uma forma mais clara minhas dificuldades de comunicação. Sempre me considerei uma boa ouvinte, mas agora percebo como ouvia com ouvidos de confronto, pensando em como rebater ou pinçar apenas o que me interessava. Não tentava ouvir o que estavam querendo me dizer, não conseguia entender o que tinha de subliminar, o que de fato estava sendo dito.

Percebo também uma tendência a reação e não a recepção do que está sendo dito. A percepção disto está me fazendo refletir sobre a necessidade de mudar esta postura e isto reduz o nível de ansiedade e o estado de alerta que a postura mais bélica impõe.” (Ana Luisa de Carvalho)

Este estudo identificou verbalizações como: “um dia eu quero poder falar assim...” ou “como eu gostaria de ter esta compreensão já de início da minha prática...” ou “ eu não me dava conta desta questão..” numa clara manifestação do desejo de conquistar habilidades que identifica em seus professores, principalmente dos que vem da área jurídica, por considerá-los como modelos. E este será o caminho para o desejo da busca da aquisição do que admira no profissional, isto é, do que *aspira ser*.

Quando conhece a teoria da negociação de Harvard, depara-se o advogado com o que se observa ser uma das suas grandes dificuldades que é *escutar* os mediandos, isto é, ouvir as verbalizações e perceber o conteúdo que se encontra mais profundamente no que está sendo dito. A construção da identidade do mediador passa pela aquisição da habilidade de identificar os interesses, os desejos e as necessidades dos mediandos, podendo deslocar-se do diálogo das posições. Constata-se que é o poder transitar neste espaço de novos conhecimentos que transforma e imprime ao advogado em formação a capacidade para auxiliar os mediandos na negociação.

Após os conteúdos teóricos, devem ocorrer, conforme sugerido pelo *CONIMA- Conselho Nacional de Instituições de Mediação e*

Arbitragem- as simulações de atendimentos. Estas servem como parâmetro para dar a ideia da aprendizagem prática que se inicia nestas simulações, mas que visam o acompanhamento de situações reais de mediação. É o momento onde o desempenho de papéis fica marcado pela diferenciação da postura de advogado, defensor de seu cliente, e a do mediador, com visualização de todo o sistema mediador, isto é, os mediados, os advogados presentes, os técnicos necessários assim como também os próprios mediadores. Este exercício entre estes dois papéis é fundamental na construção do sentimento de identidade do profissional enquanto mediador. Identificar de que lugar fala – de advogado ou de mediador -, o que fala para os mediados é extremamente esclarecedor desta transformação na identidade com a aquisição deste novo papel de mediador, que requer um outro olhar, um outro saber, um outro fazer.

Destacamos alguns depoimentos de alunos, advogados, que estão em formação ao longo do corrente ano:

“Preparar-me para ser mediador está sendo muito desafiador. Desafiador no sentido de quebrar paradigmas profissionais há tempos sedimentados. Sinto-me pessoalmente satisfeita com o curso pois estou apreendendo conteúdos novos que auxiliam na compreensão do outro e da compreensão da minha vida. Saber ouvir, reproduzir falas, auxiliar o diálogo, compreender limites, não dar opiniões, distanciar-se e estar presente das questões trazidas são aspectos apreendidos e absorvidos por mim. A experiência é sempre válida e gosto de desafios para melhorar, sempre!” (Andréa Maria da Silva Corrêa)

“Até o momento notei algumas mudanças internas, uma delas é descobrir estar fazendo o curso certo. O saber “ouvir o outro” sempre esteve presente em meu comportamento, contudo hoje está mais acentuado. A insegurança, portanto, não está neste ponto. Minhas dúvidas são quanto à escolha do método que seguirei para realizar as sessões e se ao mesclá-los não me perderei saindo do foco. E em qual momento vou ter que optar pelo método a ser adotado.” (Leila Bastos Medeiros)

“Desde o início do curso ou até mesmo anterior a ele, quando despertei para o tema e entrei em contato com profissionais da área venho observando uma mudança e uma necessidade de modificação comportamental em mim. A necessidade maior que verifico é a de que não há como não haver uma busca pelo auto-conhecimento. A maior dificuldade que vislumbro quando me imagino mediadora é a dificuldade da escuta.” (Claudia Padaratz).

Através da leitura destes depoimentos, é possível verificar a necessidade que os alunos trazem de sair de um “caminho conhecido”, para abrir-se à novas possibilidades de ser, estar e atuar em Mediação. Essa travessia de questionamentos, dúvidas, certezas, experiências, reflexão e mudanças no pensar e sentir, são as bases estruturantes para a nova identidade profissional enquanto mediador. Aqui, é importante considerar que mesmo após a formação, e durante toda a trajetória profissional, esses questionamentos e reflexões se farão presentes, pois é o que constituirá o *self* do mediador.

Após a conclusão do módulo teórico-prático da capacitação o aluno deve realizar a prática supervisionada atendendo a casos reais,

passando por diferentes papéis, de observador, co-mediador e mediador, como e também preconizado pelo CONIMA.

Ao iniciar esta prática, o aluno deve ocupar o papel de observador nos atendimentos em mediação, momento em que irá se deparar com algumas vivências e reflexões que são acompanhados nas supervisões que devem ser realizadas por profissionais com larga experiência prática e em Supervisão. Nesta etapa tem o aluno-advogado a oportunidade de ver colegas já formados ou em formação atuarem no papel de mediadores e o objetivo desta etapa é checar seus conhecimentos fazendo um exercício mental de como se encaixa nas abordagens que presencia tendo especial atenção para identificar estratégias empregadas e colocando-se no lugar do que faria se estivesse na cadeira de mediador. Este exercício é construtor da identidade de mediador na medida em que propõe ao aluno ir se colocando no papel e se olhando em suas facilidades, que precisariam ser reforçadas, assim como em suas dificuldades, que precisariam ser trabalhadas. Na medida em que traz para a supervisão estas vivências vão se costurando suas habilidades em direção à eficiência.

Após o período de observação de mediações, realizadas por colegas e/ou professores, o aluno-advogado irá entrar em campo, no papel de co-mediador e de mediador. É o momento em que irá se deparar com a realidade de sua prática e que os sentimentos de insegurança e temor frente ao seu desempenho são expressados nas reuniões de supervisão. Evidencia-se que alguns alunos chegam a protelar este momento propondo ficar mais horas observando as

mediações, outros sentem-se capazes para enfrentar este desafio e lançam-se a campo. É importante aqui que o supervisor respeite o tempo de cada um levando em consideração que o sentimento de *estar maduro* é indicador de sua identificação no papel de mediador.

Na segunda etapa vivenciada pelo advogado, percebe-se que durante as práticas nos atendimentos dos casos reais, assim como nas horas de supervisões, evidenciam-se as dificuldades para assimilar este novo enfoque de administrar os conflitos. É o estar frente a situações onde o pensamento exige um novo marco de referência, diferente do até então aprendido, e os mediandos estão, muitas vezes, a solicitar o velho paradigma. Fazemos uma analogia com uma escadaria, com inúmeros degraus, onde no primeiro partimos da abordagem litigante até chegar ao topo da escada onde o advogado chega ao patamar da abordagem autocompositiva. Mas, vale lembrar, cada aluno precisará subir a sua escada individual, personalizada, que levará tempos, também diversos, dependendo das características pessoais de cada um. Muitas vezes é um ir e vir neste espaço de aprendizagem, mas o caminho segue e o advogado em formação que busca ser também mediador vai identificando os passos que dá se dando conta que a cada mudança de paradigma no seu agir enquanto aprendiz significa uma conquista para alcançar seu propósito na busca de se tornar um mediador.

Constatamos neste estudo que a subida não é sempre ascendente, há inúmeras vezes que se observa um certo retrocesso, outras vezes uma parada em determinado degrau, mas o olhar para o topo e o não esmorecer é fundamental.

Identificamos que apareceram resistências ao prosseguimento da subida, onde o medo do novo, do desconhecido, ocasionou manifestações de dificuldades de horários, de atrasos na entrega dos materiais solicitados, de mal-entendimentos das colocações feitas, de interrupções por motivos “justificados” ou de “queixas” aos professores, por exemplo.

A terceira e última etapa que analisamos é quando o advogado, já tendo introjetado o novo modelo, surgiu com uma nova identidade, a de mediador, com todas as conquistas festejadas.

Observou-se a expressão de intensa satisfação dos advogados ao se depararem com a conquista desta nova habilidade. Muitos referiram as mudanças que ocorreram em suas vidas e inclusive em sua prática enquanto advogado, mesmo que na defesa de seus clientes.

Testemunhamos neste estudo como foi transformador quando o advogado que está concluindo sua formação comenta “*que sessão maravilhosa tivemos, os mediandos chegaram e estavam altamente conflituados e no final da mediação conseguiram chegar a um consenso e saíram nos agradecendo...*” ou “*me senti muito bem hoje porque consegui auxiliar uns mediandos que no início nem se olhavam, e no final conseguiram acordar questões importantes para eles.*” Frases como estas remetem a análise de como elas transmitem a vivência de um profissional que está se sentindo desempenhando um papel de mediador e que nos informa de como pode construir um sentimento de identidade genuinamente.

A advogada Ana Gluger, que finalizou sua capacitação em mediação de conflitos no ano de 2017, em seu depoimento expressa a construção do seu sentimento de identidade como mediadora, assim como a valorização dos modelos de identificação e a transformação que ocorreu em sua pessoa ao trilhar esta formação:

“O curso de Mediação ... me proporcionou uma nova visão da vida, das relações pessoais e dos conflitos. Mediar nos faz encarar a vida com mais otimismo, mediar é acreditar nas pessoas. Durante o curso fui aprendendo a encarar os conflitos de uma forma mais positiva, entendendo que cada pessoa tem a sua “verdade” sobre a situação que está vivendo. Saber respeitar o tempo de cada um, saber ouvir e entender sua opinião, ter uma visão mais ampla das relações e encontrar os reais interesses que cada pessoa traz, foram ensinamentos que trouxe do curso para minha vida. Sempre acreditei na força do diálogo e da empatia na busca de soluções positivas para os conflitos que vivemos. Agradeço de coração a todas as professoras e professores que me acompanharam nessa jornada, tenho a certeza de que me tornei uma pessoa melhor e que seguirei semeando a semente dessa cultura da paz”.

5. Conclusões Finais

O percurso que o advogado realiza na busca de sua capacitação para trabalhar em mediação de conflitos implica em uma intensa mudança de seu pensar e de seu agir quando tem que transpor seu conhecimento baseado em abordagens litigantes e absorver a

proposta da autocomposição. Para que ocorra uma verdadeira aprendizagem, com assimilação e internalização destes novos conceitos, o sentimento de identidade do profissional será enriquecido e ele passará a se olhar também como mediador, a se sentir como mediador, a perceber que o meio o considera mediador, isto tudo desencadeando no assumir uma nova postura com um novo papel e identidade: de mediador.

Esta aquisição será construída durante seu estudo, dedicação, prática e principalmente na busca da identificação com os personagens que elegerá como modelos – professores e supervisores – com quem conviveu. Estes vínculos irão se formando e ao mesmo tempo formando este novo fazer do advogado, certamente baseados no desejo de ser *igual* aos mediadores que olhava com admiração ao compartilhar momentos de trocas. Porém, respeitando as suas peculiaridades assim como vivenciando um autorrespeito por suas escolhas.

Pela intensidade das mudanças e pelas diferenças de abordagens, assim como pela profundidade da modificação na pessoa do advogado e utilizando as observações realizadas neste estudo constatamos que este movimento precisa ser feito de modo lento e com os passos e as reflexões que o tornará firme e perene. Como diz Nelson Mandela “*Uma das coisas mais difíceis não é mudar a sociedade, é mudar a si mesmo*”. Por isso afirmamos que nenhuma formação de poucas horas será efetiva para acionar toda esta dinâmica! Do mesmo modo afirmamos que uma capacitação inicial representa a base

necessária ao mediador, mas que será fundamental a *educação continuada* e cada vez mais aprofundada na *arte de mediar*.

Neste aspecto e nesta caminhada, se transformam os alunos, e reciprocamente se transformam - docentes e supervisores- pois todas essas relações de construção são feitas através de vínculos não somente de ensino, mas de profunda confiança. Faz-se necessário que os professores tenham clareza da dimensão que seu papel não é somente de ensinar, mas de dar ferramentas para que essa mudança de identidade tão delicada, quanto profunda, possa ocorrer.

Uma capacitação considerada excelente passa pela preparação da terra para ficar fértil, no semear a semente, no regar regularmente para a árvore germinar frondosa e dar frutos saudáveis. E não vamos esquecer que a hora da colheita também é significativa, assim como relevante o armazenamento para que se desfrute o sabor do produto final!

Que sejam exitosos mediadores que tiveram no direito sua profissão de base!!

Referências Bibliográficas

GRINBERG, L. **Teoria de la identificacion.** Buenos Aires: Paidós, 1979.

GRINBERG, L.; GRINBERG, R. **Identidad y cambio.** Buenos Aires: Ediciones Kargieman, 1971.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*: Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.B. **Vocabulário da Psicanalise**, Santos: Martins Fontes, 1975.

MANFREDI, D.; MARODIN, M. In: MARODIN, M. e MOLINARI, F (orgs). **Mediação de Conflitos: Paradigmas Contemporâneos e Fundamentos para a Prática**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

MARODIN, Marilene. A arte de supervisionar em mediação de conflitos. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Orgs.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador/Bahia: Juspodivm, 2016. p. 919-944.

MARODIN, M. **Os desafios na capacitação do mediador**. In: NASCIMBENI, A.F., BERTASI, M.O.D.e RANZOLIN, R.B.(Orgs.) “Temas de Mediação e Arbitragem”, vol.2, São Paulo: Lex Editora, 2018.

MARODIN, M. e MOLINARI, F (orgs). **Mediação de Conflitos: Paradigmas Contemporâneos e Fundamentos para a Prática**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

MARODIN, M. e MOLINARI, F. **Para além da advocacia: atuações do advogado para a cultura da Mediação**. IX Congresso do Mercosul Direito de Família, in: IBDFAM Temas do dia a dia no Direito de Família e sucessões. Editora RJR, 2017.

MIERMONT, J.; **Dicionário de Terapias familiares- Teoria e Prática**, Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

SAFFER, P.L. **Identidade: uma breve revisão do conceito na obra de Freud**. Anais do XI Simpósio Interno Integrado- AC/IP-SPPA, v.11, p 35-44, março 2017.

WOLF, A, L. Identidade: uma breve revisão do conceito na obra de Freud: comentário. Anais do XI Simpósio Interno Integrado - AC/IP-SPPA, v.11, p 45-48, março 2017.

ZIMERMAN, D. Os quatro Vínculos: amor, ódio, conhecimento, reconhecimento na psicanálise e em nossas vidas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

ZIMERMAN, D. Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise, Porto Alegre: ARTMED Editora, 2001.