

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COGEAE

Jorge Tuffi Pasin Dib Cassab

**A MEDIAÇÃO NO BRASIL:  
NOVO MODELO LEGISLATIVO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS**

São Paulo – SP

2015

Jorge Tuffi Pasin Dib Cassab

**A MEDIAÇÃO NO BRASIL:  
NOVO MODELO LEGISLATIVO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Especialização, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor-Orientador Dr. Paulo Magalhães Nasser.

São Paulo – SP

2015

AVALIAÇÃO:.....

ASSINATURA DO ORIENTADOR:.....

## RESUMO

CASSAB, Jorge Tuffi Pasin Dib. **A Mediação no Brasil: Novo modelo legislativo, perspectivas e desafios**. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE – PUC/SP), São Paulo, 2015.

O presente trabalho busca analisar e definir a mediação enquanto mecanismo processual – positivado pelo novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) - para resolução de conflito de interesses posto em Juízo, bem como a mediação extrajudicial como meio alternativo de acesso à Justiça, com regramento trazido pela nova lei de mediação (Lei n.º 13.140/2015).

Com definições de aplicabilidade, vantagens, objetivos e consequências de seu uso (e não uso), buscar-se-á demonstrar os desafios a serem enfrentados pelos operadores do Direito e de que maneira a ferramenta da mediação endoprocessual e extrajudicial contribui ao direito fundamental de acesso à Justiça no Brasil.

Na tentativa de chegar a esse objetivo, serão abordados, dentre outras questões, a evolução legislativa do tema no Brasil, a mediação no plano internacional, os princípios orientadores do instituto, pontos de distinção com a conciliação e, num âmbito mais pragmático, o procedimento da mediação, o papel do mediador e a importância do franco diálogo nas sessões de mediação.

**Palavras-chave:** 1. *Processo civil*; 2. *Mediação*; 3. *Meios alternativos de solução de controvérsias*; 4. *Novo Código de Processo Civil*; 5. *Nova Lei de mediação*; 6. *Lei n.º 13.105/2015*; 7. *Lei n.º 13.140/2015*

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>1.1 Evolução legislativa</b> .....	5
<b>1.2 Escorço da mediação no plano internacional e a posição do Brasil</b> .....	6
<b>1.3 Breves comentários sobre o cenário do Judiciário Brasileiro</b> .....	6
<b>2. PANORAMA JURÍDICO</b> .....	9
<b>2.1 Conceituação do instituto</b> .....	9
<b>2.2 Objeto da mediação</b> .....	12
<b>2.3 Distinções entre mediação e conciliação</b> .....	14
<b>2.4 Princípios informadores da mediação</b> .....	18
<b>2.5 A positivação da mediação: o novo modelo legislativo</b> .....	20
<b>2.6 O mediador</b> .....	24
<b>2.6.1 A figura</b> .....	24
<b>2.6.2 O papel</b> .....	26
<b>2.6.3 Capacitação do mediador</b> .....	30
<b>2.7 A audiência de mediação</b> .....	31
<b>2.8 A importância da comunicação na mediação</b> .....	33
<b>2.9 Um comparativo internacional</b> .....	35
<b>2.9.1 O modelo canadense</b> .....	35
<b>2.9.2 O modelo francês</b> .....	36
<b>2.9.3 O modelo argentino</b> .....	38
<b>2.10 Perspectivas da mediação na gestão de conflitos em meio ambiente</b> .....	38
<b>3. CONCLUSÃO</b> .....	40
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	42

# 1. INTRODUÇÃO

## 1.1 Evolução legislativa

No Brasil, o instituto da mediação começou a tomar forma legislativa com o Projeto de Lei n.º 4.827/98, originário de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, cujo texto foi apresentado ao Congresso Nacional no ano 2000.

Todavia, tal projeto fora abarcado por outro, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (“IBDP”)<sup>1</sup>. Este trazia um maior nível de detalhamento e buscava apresentar diretrizes para a mediação (endoprocessual, em especial), de forma mais próxima aos modelos norte-americanos e argentina. A tramitação do projeto, contudo, acabou não sendo finalizada.

Foi somente em 2011 que outro projeto<sup>2</sup> fora apresentado no Senado sobre o tema. Embora tenha tramitado, também não fora aprovado. Dois anos depois, o tema voltou ao destaque no Senado e foram criadas duas comissões para apresentar projetos de lei: (i) uma comissão do Senado para mudar a Lei de Arbitragem e abordar a mediação privada; e (ii) uma comissão do Ministério da Justiça para tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado, estabelecendo um “marco regulatório”.

Tais projetos foram somados ao anterior PL n.º 517/2011 e se transformaram no Projeto n.º 7.169/2014 – por sua vez transformado na Lei Ordinária n.º 13.140/2015, que trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Este tema será tratado em capítulo próprio, mais adiante.

---

<sup>1</sup> O grupo de processualistas do IBDP responsável pela elaboração do projeto foi nomeado pela Escola Nacional de Magistratura e contou com a presidência de Ada Pellegrini Grinover e coordenação da Ministra do STJ Fátima Nancy Andrichi.

<sup>2</sup> Projeto de Lei do Senado n.º 517/2011, de iniciativa do senador Ricardo Ferraço.

## 1.2 Esforço da mediação no plano internacional e a posição do Brasil

Adotando-se a premissa de que em alguns países é utilizada a expressão “mediação”, ao passo em que outros o termo “conciliação” é utilizado para se referir aos mecanismos consensuais de solução de conflitos, no presente tópico serão feitas menções a ambas.

O Brasil é signatário de atos internacionais que preveem a adoção de conciliação em disputas sobre certas matérias. O Ministério das Relações Exteriores divulga<sup>3</sup> a existência de atos bilaterais prevendo a tentativa de conciliação entre o Brasil e países como (i) Itália, convencionando a conciliação e solução judiciária para solução amigável das controvérsias que venham a surgir entre os dois países; (ii) França, em casos envolvendo questões de propriedade intelectual; (iii) Peru, em disputas comerciais; (iv) Guiné-Bissau, no contexto de intercâmbio comercial; (v) Cabo Verde, em relação a acordos de comércio.

No âmbito da ONU, a *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral) teve aprovado seu modelo de mediação comercial internacional pela Assembleia Geral em 2002. O Brasil estava presente e aprovou tal modelo, muito embora não possa ser considerado “signatário”, eis que tais normas não são de caráter vinculativo e servem como tentativa de uniformização das normas de comércio internacional.

## 1.3 Breves comentários sobre o cenário do Judiciário Brasileiro

É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça.

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo

---

<sup>3</sup> [dai-mre.serpro.gov.br/](http://dai-mre.serpro.gov.br/) Acesso em 27.9.2015.

leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas.<sup>4</sup>

Por outro lado, o alto grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem ao Judiciário) constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve.<sup>5</sup>

O cenário do Judiciário Brasileiro dos últimos anos é constituído por um aumento gradativo de demandas judiciais ajuizadas e pendentes de julgamento. De acordo com a projeção apresentada no “VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário”, em Florianópolis, o número de processos que tramitam na Justiça brasileira pode alcançar a marca de 114,5 milhões em 2020.

Pela projeção, caso a quantidade de ações que entram na Justiça a cada ano siga superando a capacidade de julgar do Poder Judiciário, 36,37 milhões de novas ações judiciais serão propostas em 2020. Além disso, um estoque composto por outros 78,13 milhões de processos chegará ao início de 2020 sem julgamento. As projeções foram feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com base na tendência de crescimento da carga processual verificada entre 2009 e 2013<sup>6</sup>.

Nesse período, segundo a pesquisa do CNJ, o número de processos novos cresceu 15% e a quantidade de ações não julgadas ao final de cada ano subiu 11,86%. A curva ascendente foi mantida apesar do esforço de magistrados e servidores, que

---

<sup>4</sup> Ada Pellegrini Grinover, Os fundamentos da Justiça conciliativa, Revista de Arbitragem e Mediação n.º 4, Ed. RT, jul.-set./2007.

<sup>5</sup> Idem, ibidem.

<sup>6</sup> "Cultura da litigiosidade pode sobrecarregar Justiça com 114 milhões de processos em 2020", disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62232-qcultura-da-litigiosidadeq-pode-sobrecarregar-justica-com-114-milhoes-de-processos-em-2020>. Acesso em 27.9.2015.

fizeram a quantidade de processos baixados (resolvidos) aumentar 9% durante o mesmo período.

O recente relatório “Justiça em Números”<sup>7</sup>, apresentado em 15.9.2015 pelo CNJ, aponta um aumento de 20,8% de demandas judiciais na Justiça Federal apenas em 2014. O levantamento registrou que, depois de anos de relativa estabilidade, com variação de 3% entre 2009 e 2013, o total de processos novos na Justiça Federal chegou a 4 milhões em 2014, um aumento de 700 mil casos em relação a 2013. O maior índice está na área de conhecimento do 1º grau, com crescimento de 30,2% em um ano.

O relatório também aponta redução de 1,9% dos processos baixados e, conseqüentemente, aumento da taxa de congestionamento para 70,5% em 2014, maior índice da série histórica correspondente ao período de 2009 a 2014. Ou seja, de cada 100 processos em tramitação nesses tribunais, aproximadamente 70 não tiveram solução definitiva.

Isso deve-se a fatores sociais objetivos, como o avanço tecnológico (e conseqüente facilidade no acesso à informação) somando ao aumento populacional e também subjetivos, como a noção cada vez mais clara, por parte da sociedade, de que é do Estado o dever de promover a justiça e fomentar a solução de conflitos. Esses fatores possibilitaram que os jurisdicionados obtivessem conhecimento de seus direitos e passassem a buscar formas legítimas de alcançar tais pretensões.

Todavia, tais demandas judiciais por vezes deixam de observar os princípios constitucionais de “acesso à Justiça” e “razoável duração do processo”, tramitando por anos e sem qualquer aparente expectativa de solução por parte dos jurisdicionados. Tal demora, ressalte-se, não resulta de negligência ou ineficiência dos representantes do Judiciário, mas em razão da escassez de recurso humano e apoio técnico específico em larga escala para atender a contento e com celeridade as demandas postas em Juízo.

Veja-se, o Poder Judiciário clássico, tradicional e orientado pelas codificações penal, civil, constitucional, e seus respectivos procedimentos – é indispensável, porque tem como objetivo a sólida garantia de tutela do cidadão que tenha ameaçado ou lesado

---

<sup>7</sup> “Litigiosidade na Justiça Federal aumenta em 2014, principalmente no 1º grau”, disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80428-litigiosidade-na-justica-federal-aumenta-em-2014-principalmente-no-1-grau>. Acesso em 27.9.2015

um direito subjetivo. Porém, é possível, diante de uma violação ou ameaça de lesão a direito, que haja outro caminho que pode ser trilhado, não com os olhos postos na técnica ortodoxa do processo, mas com novo olhar sobre o conflito, genuflecto a um axioma universal – não fazer ao próximo o que não queres que te façam – e que se sintoniza com o princípio imperativo e categórico de Kant – age de tal forma que a norma na tua ação possa ser tomada como lei universal.<sup>8</sup>

É nesse contexto que passa a existir no cenário jurídico brasileiro a necessidade de positivar meios alternativos para resolução de conflitos, a exemplo da mediação, objeto do presente estudo, a conciliação e arbitragem, na louvável tentativa de fazer prevalecer o direito constitucional de acesso à Justiça por meio da prestação jurisdicional em um tempo justo e razoável.

## 2. PANORAMA JURÍDICO

### 2.1 Conceituação do instituto

Nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei n.º 13.140/2015, “*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.*”

Para o jurista RODRIGUES JÚNIOR<sup>9</sup>:

*“A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.”*

---

<sup>8</sup> Fátima Nancy Andrichi, Novas Perspectivas para a Mediação no Brasil, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34, jul.-set./2012.

<sup>9</sup> Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50.

A conceituação trazida pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>10</sup> define mediação como:

*“(...)uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.*

O *Uniform Mediation Act*<sup>11</sup> dispõe: “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute.*”

O Artigo 1 do Modelo de Mediação Comercial Internacional criado pela *United Nations Commission on International Trade Law* e aprovado pela ONU em 2002 não faz a distinção entre os termos “conciliação” e “mediação” e define:

*“Para os propósitos desta lei, ‘conciliação’ significa um procedimento, referido pela expressão conciliação, mediação ou uma expressão de significado semelhante, pelo qual as partes interessadas solicitam a um terceiro ou terceiros (“conciliador”) para auxiliá-los em sua tentativa de chegar a um acordo amigável em seu litígio decorrente ou relacionada a uma relação jurídica. O conciliador não tem a autoridade de impor às partes a solução de sua contenda.”<sup>12</sup>*

Num plano mais pragmático, o jurista norte americano e professor da Northwestern Law, STEPHEN B. GOLDBERG<sup>13</sup>, define a mediação como uma negociação entre partes conduzida com a assistência de um terceiro.

A expressão mediar significa, em sentido amplo da palavra, atender a pessoas e não a casos. Há que se destacar uma das características mais marcantes neste método alternativo de resolução de disputas. Nele é imprescindível o emprego da negociação,

<sup>10</sup> <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>

<sup>11</sup> Norma aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>

<sup>12</sup> Tradução livre do artigo 1º da UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002): “*For the purposes of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.*”

<sup>13</sup> GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

instrumento primeiro e natural da resolução de conflitos que é buscado às vezes inconscientemente pelas pessoas quando algo se faz incômodo na inter-relação existente, quer seja ela de ordem afetiva, profissional ou mesmo comercial. Ao fazê-lo por intermédio de um diálogo, se busca atender ao reclamo de uma parte para com a outra ou vice-versa. Em outras palavras, só é possível a implementação deste método quando há interesse efetivo das partes em negociar.<sup>14</sup>

A mediação utiliza negociação, cujo eixo de referência é baseado na premissa de que o conflito ocorrido faz parte do passado. E como tal não há como modificá-lo, porém constitui-se em um problema a ser enfrentado por ambas as partes e não somente por uma delas. Com isso, se implementa a cooperação entre elas, oferecendo o pensar sobre o futuro, para promover ideias ou possibilidades que levarão a se vislumbrar soluções que atendam não as posições iniciais, mas sim aos interesses ou necessidades envolvidas no conflito, os quais são as efetivas motivações que impulsionam as inter-relações. A mediação utiliza a negociação cooperativa baseada em princípios sustentados pelo Projeto de Negociação da *Harvard Law School*, buscando com isso demandar o repensar sobre inter-relação existente, ou como destaca LÍLIA MAIA DE MORAIS SALES<sup>15</sup>, é o pensar coletivo em vez do pensar individual.<sup>16</sup>

A mediação revela o seu fundamento social, que consiste na sua função de pacificação social, objetivo este que raras vezes é atingido pela sentença. A decisão judicial terminativa de um litígio limita-se a ditar autoritativamente a regra de solução ao caso concreto que, na maioria das vezes, não é aceita de bom grado pelo vencido, que geralmente questiona a decisão na via recursal, impossibilitando a pacificação da lide sociológica, em geral mais ampla. Nesse aspecto, salienta-se que a Justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.<sup>17</sup>

Resulta daí que o método contencioso de solução das controvérsias não é o mais apropriado para certos tipo de conflito, em que se faz necessário atentar para os

---

<sup>14</sup> Adolfo Braga Neto. Aspectos Relevantes sobre a mediação de conflitos, Revista de Arbitragem e Mediação, n. 15, out.-dez./2007.

<sup>15</sup> Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 *apud* Adolfo Braga Neto. Op. cit.

<sup>16</sup> Adolfo Braga Neto, Op. cit.

<sup>17</sup> Ada Pellegrini Grinover, Op. cit.

problemas de relacionamento que estão à base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas.<sup>18</sup>

## 2.2 Objeto da mediação

Deixa claro o art. 3º da Lei n.º 13.140/2015 que o objeto da mediação pode ser “o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.” Por apego à ciência processual, analisemos a exata abrangência do regramento posto.

A conceituação clássica do direito disponível é como aquele que pode ou não ser exercido pelo seu titular, inexistindo norma cogente a impor o cumprimento do preceito sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.<sup>19</sup>

De forma genérica, aponta MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES<sup>20</sup> que todos os direitos podem ser considerados suscetíveis de transação, quer quanto às suas modalidades, quer quanto à sua validade ou à sua extensão; tudo o que se requer é que se trate de um objeto física e juridicamente apto a constituir objeto de contrato, devendo ainda ser certo, determinado e preciso.

Em que pese essa ampla noção, parte da doutrina nacional resiste em considerar a possibilidade de transação em causas que versem sobre relações jurídicas cujo objeto seja considerado personalíssimo ou de significativo relevo público. Desse modo, tradicionalmente, se considerou que temas afeitos aos direitos de personalidade (envolvidos, p.ex, em ações de estado), coisas fora do comércio e muitos temas relativos ao direito de família não pudessem ser objeto de transação.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>19</sup> Alcides Mendonça Lima. Dicionário do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1986, p. 225 *apud* Fernanda Tartuce, *Mediação nos Conflitos Cíveis*, ed. Método, São Paulo, 2008, p. 48.

<sup>20</sup> Curso de Direito Civil. Obrigações em geral, p. 305 *apud* Fernanda Tartuce, *Op. cit.*

<sup>21</sup> Fernanda Tartuce, *Op. cit.*

Para LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA WAMBIER<sup>22</sup>:

*“A indisponibilidade dos direitos é tema controvertido e intrincado, podendo gerar grandes dificuldades em sua delimitação. Afinal, há situações em que é totalmente plausível a realização de acordos em relações jurídicas de cunho indisponível, assim como pode ocorrer que, por meio da transação, direitos absolutamente indisponíveis venham a ser relativizados. Tal se justifica pelo fato de que há diferentes graus de disponibilidade de direitos.”*

O novo regramento sobre o objeto da mediação pareceu ter observado os anseios das partes que buscavam tutela pela autocomposição e viam-se impedidos de prosseguir em razão da obscuridade acerca do que poderia ou não ser objeto de transação. Aproveitando-se dos exemplos trazidos por FERNANDA TARTUCE<sup>23</sup>:

*“Também nas ações de estado (como a separação) e nas causas relativas a interesses de incapazes (como a guarda de filhos) é possível que as partes se conscientizem sobre direitos e obrigações recíprocos e celebrem acordos válidos. Exemplo disso é que, mesmo na relação de paternidade (de índole personalíssima), o pai pode reconhecer o vínculo de filiação em ato de autocomposição unilateral. Percebe-se, assim, que também no direito de família é possível conceber a autocomposição, seja esta unilateral (em certos casos), seja bilateral pela realização de acordos.*

*Tampouco se deve considerar que nas causas que versam interesse fazendário a autocomposição é vedada. Embora possa haver alguma indisponibilidade no direito envolvido, interesses nele contidos podem vir a ser objeto de transação; tudo dependerá da posição que o ente público ocupar no processo. Como exemplo, destacamos a desapropriação amigável que pode ser realizada pelo Poder Público.”*

A nosso ver, a positivação delimitando o objeto da mediação foi de extrema importância e acabou por ampliar o escopo de possibilidades de relações jurídicas que poderão ser submetidas à mediação, em sintonia com uma das normas fundamentais do processo civil que apregoa a promoção, pelo Estado, da solução consensual dos conflitos.

---

<sup>22</sup> Breves comentários à 2.<sup>a</sup> fase da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2002, p. 88 *apud* Fernanda Tartuce, Op. cit.

<sup>23</sup> Op. cit.

### 2.3 Distinções entre mediação e conciliação

Em todos os países de língua latina é notória a existência do paradigma de que justiça ou acesso à justiça é sinônimo de que o cidadão necessita utilizar o Poder Judiciário para que este delibere sobre suas questões. Tal fato leva ao ilusório de que o sistema judicial atende a todos os interesses e necessidades dos cidadãos. Com isto, no Brasil, é patente a falta de tradição de soluções negociadas para os conflitos, o que leva a leituras equivocadas dos institutos da mediação e da conciliação.<sup>24</sup>

A diferenciação de ambas ferramentas costuma gerar confusão aos operadores do Direito. Prova disso, no plano internacional, em vigor na Itália o Decreto Legislativo 28, de 4.3.2010, que versa sobre a mediação civil e comercial. Do ponto de vista teórico, a Lei mistura os conceitos de mediação e conciliação. Assim, o art. 1º define: “*conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione*” (conciliação: a resolução de um litígio após o curso da mediação). E no art. 2º estabelece que: “*Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto*” (qualquer um pode utilizar a mediação para a conciliação de uma controversia civil ou comercial versando sobre direitos disponíveis, segundo as disposições do presente decreto). Nesta linha, a conciliação figura como parte do processo de mediação, consistindo a própria proposta de acordo.<sup>25</sup>

Confundem-se ambos os instrumentos, que muitas vezes são considerados sinônimos, pois ainda existe muito desconhecimento de que cada um deles possui características próprias. A diferenciação entre ambos passa, inicialmente, pela abordagem do conflito.<sup>26</sup>

A conciliação é um procedimento mais célere. Na maioria dos casos se restringe a apenas uma reunião entre as partes e conciliador. É muito eficaz para conflitos onde não existe relacionamento passado ou contínuo entre as partes, que preferem buscar um acordo de forma imediata para por fim a controversia ou ao processo judicial.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles. Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 33, abr.-jun./2012.

<sup>25</sup> Idem, ibidem.

<sup>26</sup> Idem, ibidem.

<sup>27</sup> Idem, ibidem.

A mediação difere da conciliação em diversos aspectos. Nela o que está em jogo constitui-se meses, anos ou décadas de relacionamento. Ela demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro no que tange a inter-relação existente entre as partes. O mediador, para que possa melhor auxiliá-las nas questões controversas, deve ter mais tempo para investigar e conhecer toda a complexidade daquela inter-relação. Cabe ressaltar, por isso, que a mediação não visa pura e simplesmente ao acordo, visa sim atingir a satisfação dos interesses e necessidades das pessoas envolvidas no conflito.<sup>28</sup>

Em outras palavras, mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. O objetivo deste terceiro, o mediador, entre outros, é o de estimular o diálogo cooperativo entre elas, para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. Neste método pacífico se busca propiciar momentos de criatividade para que as partes possam analisar qual seria a melhor opção face à relação existente, geradora da controvérsia. Assim é que o acordo passa a ser a consequência lógica, resultante de um bom trabalho no qual a cooperação reverteu toda a litigiosidade do conflito.<sup>29</sup>

Assim pode-se dizer que o acordo entre as partes é o objetivo da conciliação, ao passo em que traduz-se como consequência lógica na mediação, buscado por meio do diálogo.<sup>30</sup>

Importante distinção entre conciliação e mediação fora feita na exposição de motivos do projeto de lei que buscava institucionalizar a mediação endoprocessual: *“conciliação e mediação distinguem-se porque, na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si só, à solução da controvérsia.”*

Para JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ<sup>31</sup>, tanto a mediação como a conciliação permitem o intercâmbio comunicativo entre as partes e abrem caminho para um possível

---

<sup>28</sup> Idem, ibidem.

<sup>29</sup> Idem, ibidem.

<sup>30</sup> Idem, ibidem.

<sup>31</sup> Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3 apud Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles, Op. cit.

acordo, constituindo, na verdade, “*táticas psicológicas destinadas e minimizar conflitos desnecessários ao corrigir percepções unilaterais e desproporcionais em relação ao conflito*”. Mas o autor observa que a conciliação, na realidade, representa “*um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado*”.<sup>32</sup>

O professor HUMBERTO DALLA<sup>33</sup> busca estabelecer critérios diferenciadores para facilitar a distinção entre tais institutos: (i) quanto ao **método**, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando a este respeito, ao passo em que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo satisfatório às partes envolvidas; (ii) quanto à **finalidade**, a mediação visa resolver – da forma mais abrangente possível – o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelas partes; (iii) quanto aos **vínculos**, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por alguém que exerça a função específica de conciliador, ou mesmo por juiz togado. Por outro lado, a mediação também pode ser considerada como atividade privada (nem sempre endoprocessual, portanto), livre de qualquer vínculo.

LUIS ALBERTO WARAT<sup>34</sup> separa bem os conceitos. A mediação é por ele concebida como um “ato de amor”. O autor assevera que:

*“A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignoram-no, e, portanto, não o transformam como faz a mediação. O conciliador exerce a função de ‘negociador do litígio’, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria, o termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas”.*

---

<sup>32</sup> Idem, p. 54, *apud* Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles, Op. cit.

<sup>33</sup> A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9685&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21)>. Acesso em 23.8.2015.

<sup>34</sup> Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 60 *apud* Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles. Op. cit.

Nessa linha, TÂNIA ALMEIDA<sup>35</sup> sustenta que a mediação mira a desconstrução do conflito e a restauração da convivência pacífica entre as pessoas, o que significa examinar a demanda de todos.

Na conciliação, ao revés, as partes sentam-se à mesa procurando satisfazer, exclusivamente, as suas demandas pessoais (postura adversarial). A autora esclarece que, como o objetivo principal da conciliação é o acordo, o diálogo tende a ser monodisciplinar – na maioria dos casos com profissionais da área jurídica; já a mediação apregoa uma olhar multidisciplinar sobre o conflito, de modo que profissionais de outras áreas (psicologia, antropologia, sociologia, etc.) podem ajudar na identificação de fatores sociais e emocionais do conflito.<sup>36</sup>

Outra diferença importante entre os institutos diz respeito à natureza do relacionamento. É corrente a opinião de que a mediação é a técnica adequada para resolver conflitos envolvendo relações continuadas, enquanto a conciliação melhor se presta a solucionar contendas marcadas por um vínculo circunstancial. Pelo fato de inexistir nesta uma relação contínua entre as partes, não há que existir maiores esclarecimentos sobre o conflito. A discussão deve girar diretamente em torno da solução do problema (por exemplo, acidente de trânsito), e não sobre o relacionamento interpessoal (por exemplo, relação de vizinhança). Por esta razão, entende-se que os conflitos a serem mediados são, em regra, de maior complexidade, porque envolve aspectos psicológicos.<sup>37</sup>

Nesta linha de raciocínio, percebe-se que o objeto imediato da mediação não é - como na conciliação – o acordo, mas a relação humana, o que faz das partes protagonistas de seu próprio destino. Na mediação, os advogados devem trocar a posição de defensores para a de assessores, de modo a recuperar o diálogo e sugerir uma solução que traga benefícios mútuos<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: Casella, Paulo Borba; Souza, Luciane M. De (coords.). *Mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94-95 apud Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles, Op. cit.

<sup>36</sup> Idem, p. 96-97 apud Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles, Op. cit.

<sup>37</sup> No sentido do texto: Demarchi, Juliana. *Técnicas de mediação e de conciliação*. In: Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo; Lagrasta Neto, Caetano (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54 apud Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles, Op. cit.

<sup>38</sup> Tânia Almeida, op. cit., p. 100 apud Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles, Op. cit.

A diferenciação entre o conciliador e mediador é feita no novo Código de Processo Civil, que assim define nos parágrafos 2º e 3º do art. 165: “O **conciliador**, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. O **mediador**, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

Há ainda que se fazer uma diferenciação entre o conceito de disputa e o conceito de conflito, considerando-se relações unidimensionais e multidimensionais. As relações unidimensionais são aquelas que envolvem interesses pontuais das partes e, salvo a questão litigiosa, elas não terão nenhuma relação envolvendo carga emocional menos acentuada. Já as relações multidimensionais envolvem interesses e valores inter-relacionados, sendo necessária uma verificação das decorrências futuras de eventuais decisões tomadas. “É diferente deixar de pagar uma dívida frente a um banco e deixar de pagar uma dívida a um irmão ou colega de trabalho”<sup>39</sup>. Para situações diferentes, devem ser aplicados métodos de solução de conflitos também diferentes, embora espécies de um mesmo gênero.<sup>40</sup>

É nesse aspecto que a conciliação se relaciona mais com conflitos unidimensionais e a mediação com conflitos multidimensionais. Vale dizer, foco no acordo e foco na relação para conciliação e mediação, respectivamente. Tal diferenciação pode ser realizada *a priori*, de acordo com o caso, objetivando-se a determinação daquilo que é mediação e daquilo que é conciliação.<sup>41</sup>

## 2.4 Princípios informadores da mediação

Os princípios são normas que fornecem coerência e ordem a um conjunto de elementos, sistematizando-o. Pela doutrina, são normas basilares do sistema jurídico como um todo. São os princípios que, a rigor, fazem com que de fato exista um sistema.

---

<sup>39</sup> Alexandre Araújo Costa, Cartografia dos métodos de composição de conflitos. Estudos em arbitragem, mediação e negociação, vol. III, p. 169-170 apud Luis Fernando Guerrero, Conciliação e Mediação – Novo CPC e leis específicas, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41, abr.-jun./2014.

<sup>40</sup> Luis Fernando Guerrero, Op. cit.

<sup>41</sup> Idem, ibidem.

Os princípios jurídicos são também normas jurídicas. Mesmo quando não explícitos, os princípios são obrigatórios, vinculam, impõem deveres tanto quanto qualquer regra jurídica.

A grande diferença observada entre os princípios e as demais normas do ordenamento reside em que aqueles têm um âmbito de incidência ilimitado, ao passo que essas contêm em si mesmas as hipóteses específicas em que vão incidir. Ademais, a aplicação do princípio envolve um prévio juízo de valor. Não se tem uma aplicação direta e objetiva do princípio.

Quanto aos princípios que regerão a mediação (e a conciliação), dispõe o art. 166 do novo Código de Processo Civil que tais institutos são informados pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Na parte dispositiva, a nova lei de mediação (Lei n.º 13.140/2015) elenca os princípios orientadores da mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Sobre a definição de imparcialidade, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>42</sup> exemplifica que “*o terceiro imparcial estaria completamente indiferente ao resultado do processo, sendo neutro.*”

A neutralidade diz respeito às valorações e opiniões pessoais do mediador. O mediador que zela pelo equilíbrio de poder entre as partes não permite que os seus preconceitos interfiram na condução do processo da mediação. Isto inclui qualquer tipo de expressão verbal ou não-verbal, como, por exemplo, um simples gesto de desaprovação facial.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. Temas de direito processual civil, p. 19-30 *apud* Luis Fernando Guerrero, Op. cit.

<sup>43</sup> Luis Fernando Guerrero, Op. cit.

## 2.5 A positivação da mediação: o novo modelo legislativo

Inicialmente, há de se pontuar que não identificamos registro de que as comissões que participaram da redação do novo CPC (Lei n.º 13.105/2015) e da nova lei de mediação (Lei n.º 13.140/2015) tenham interagido. Forte indício disso é a ausência de referência expressa no texto legislativo de uma a respeito da outra, restando claro que a nova lei de mediação, publicada em 29.6.2015, não considerou o regramento da mediação que já havia sido positivado meses antes, em 17.3.2015, pela publicação do novo CPC.

Como reflexo, esse novo modelo legislativo fez surgir alguns questionamentos e aparentes antinomias entre as normas, que serão tratados mais adiante neste mesmo tópico.

O estímulo à mediação é positivada pelo novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) como uma das normas fundamentais do processo civil. Nos termos do art. 3º, §3º da Lei n.º 13.105/2015, “*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*”

Serão criados centros judiciários de solução consensual de conflitos, que serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Foi possibilitado às partes definir regras procedimentais, de maneira que a mediação será regida conforme a livre autonomia dos interessados. As partes poderão, inclusive, escolher de comum acordo o mediador (que poderá estar ou não cadastrado no Tribunal) ou a câmara privada de mediação.

Nos termos do art. 174, a Administração Pública deverá criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como (i) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; (ii) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos,

por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; e (iii) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Tamanha a importância dada pelo legislador à mediação que passou a integrar o rol de requisitos da petição inicial o necessário indicativo da opção do autor da ação pela realização de audiência de mediação.

Por sua vez, a Lei n.º 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, foi publicada no D.O.U. em 29.6.2015 e entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a publicação oficial.

Para o ministro Luis Felipe Salomão, que presidiu a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o projeto da lei de mediação e atualização da lei de arbitragem, *“as soluções extrajudiciais representam o avanço do processo civilizatório da humanidade”*.<sup>44</sup>

Na parte dispositiva, a nova lei elenca os princípios orientadores da mediação e delimita o objeto da mediação: o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Em especial, a mediação endoprocessual é regada pelos arts. 24 e seguintes da Lei n.º 13.140/2015. É fixada a responsabilidade dos tribunais de criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

No que toca à mediação extrajudicial, importante regra é estabelecida nessa nova lei: Nos termos do art. 22, §2º, IV, o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de 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.

---

<sup>44</sup> Referência extraída de notícia do site Migalhas, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI222572,41046Lei+sobre+mediacao+e+sancionada>> Acesso em 29.6.2015

Sobre o tema do custeio da mediação, breves anotações fazem-se necessárias. De acordo com o art. 13 da Lei n.º 13.140/2015, a remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observados os casos de gratuidade judicial, que trataremos mais adiante.

Dispõe o art. 29 da Lei n.º 13.140/2015: “*Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais*”. Pelo novo CPC, em havendo transação e nada tendo as partes convencionado quanto às despesas, estas serão divididas igualmente (art. 90, §2º).

Parece-nos claro, portanto, que os custos com a mediação (os honorários do mediador, em especial), podem ser avençados entre as partes na própria mediação ou então, havendo a transação na mediação e nada tenham as partes dialogado a respeito, os custos serão repartidos de maneira equânime. Mas o que acontece diante do insucesso da mediação?

O art. 82, *caput* do novo CPC impõe às partes a incumbência de prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final. Para atos cuja realização o juiz determinar de ofício, o §1º do mesmo dispositivo impõe ao autor a incumbência de adiantar as despesas daí decorrentes.

Entretanto, como não há previsão específica sobre as despesas da mediação, é também possível fazer uma interpretação por analogia sobre as disposições de remuneração do perito judicial, que é um auxiliar da justiça assim como o mediador. De acordo com o art. 95, *caput* do novo CPC, a parte que houver requerido a perícia deverá adiantar a remuneração do perito e, quando a perícia for determinada de ofício, dispõe o mesmo dispositivo que o custeio com a perícia será rateado entre as partes. Assim, parece-nos surgir questionamento a respeito do custeio da mediação quando determinada de ofício: seria um ônus exclusivo do autor, de acordo com o art. 82, §1º do novo CPC ou deveria ser rateado entre as partes, em interpretação analógica ao art. 95, *caput* do mesmo diploma?

Com o novo modelo legislativo, surge também dúvida a respeito da obrigatoriedade da mediação, especialmente diante da antinomia aparente existente, que será demonstrada a seguir.

Nos termos do art. 334 da Lei n.º 13.105/2015, preenchidos os requisitos essenciais pela petição inicial, e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Pela interpretação do novo CPC, a realização da audiência de conciliação ou de mediação passa a ser a regra no rito ordinário, cuja exceção pode ser vista em apenas dois momentos: (i) quando as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual (art. 334, §4º, I da Lei n.º 13.105/2015); ou (ii) quando não se admitir a autocomposição (art. 334, §4º, II da Lei n.º 13.105/2015).

Entretanto, o art. 27 da Lei n.º 13.140/2015 determina: *“Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”*. Veja-se que o interesse das partes em realizar ou não a audiência perde relevância pela nova lei de mediação.

Parece-nos que a obrigatoriedade da audiência de mediação em processo judicial é um dos pontos que mais merece debate entre os operadores do Direito. Mantida a situação legislativa de hoje, pelo critério da especialidade<sup>45</sup> para solução da antinomia aparente, a parte do novo CPC sobre mediação estará automaticamente revogada pela lei de mediação, na parte em que conflitarem.

Outro ponto de aparente conflito entre as leis diz respeito à gratuidade da mediação. Seguindo a linha da interpretação por analogia, o art. 95, §3º do novo CPC dispõe que quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser (i) custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; ou (ii) paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

---

<sup>45</sup> “Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza *em parte a geral a anterior*, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997. p. 360/361 apud Zulmar Duarte, *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*: [http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao#\\_ftn7](http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao#_ftn7) acesso em 25.10.2015)

Assim, por analogia, parece-nos que o mesmo regramento seria aplicável à mediação. Entretanto, ao passo que o art. 4º, §2º da Lei n.º 13.140/2015 (nova lei da mediação) determina que aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação, o novo CPC (Lei n.º 13.105/2015) não elenca as despesas com a mediação no rol de custas compreendidas pela gratuidade da justiça (art. 98).

De todo modo, superado esse desafio inicial a respeito dos aparentes conflitos entre as duas leis novas (que há de ser superado, mesmo que por meio da edição de nova lei), vê-se que o novo modelo legislativo - o novo CPC, em especial - tem como uma de suas metas primordiais a diminuição da quantidade e o tempo de duração de processos. Nesse aspecto, passa a ser uma obrigação e prioridade do Estado, no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance de suas finalidades.

Parece-nos evidente que a solução consensual dos litígios – pela mediação, em especial – é a um só tempo a melhor forma de pacificação social e o melhor meio de acesso à Justiça, porquanto assegura uma rápida solução do conflito posto em juízo (ou na iminência da judicialização), com o menor custo (se comparado ao custo do trâmite de uma ação judicial) e satisfação para as partes envolvidas, somando-se também ao fato de que eventuais obrigações futuras advindas de um acordo pela mediação poderão ser debatidas, antevistas e fixadas de maneira a atender o interesse e a necessidade de ambas as partes.

## **2.6 O mediador**

### **2.6.1 A figura**

O mediador é um novo personagem na cena do conflito e o seu trabalho é conduzir com habilidade as partes, para elas mesmas encontrarem a solução para o conflito que elas criaram. Nunca interfere, o mediador ensina as pessoas em conflito a pensar e expressarem efetivamente o que estão sentindo e os ensina a não cometer ilusórias escolhas na vida.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Fátima Nancy Andriighi, Op. cit.

Nos termos do art. 11 da Lei n.º 13.140/2015, poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Os tribunais deverão criar e manter cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes (muito embora o novo CPC admitir a mediação como trabalho voluntário).

Efetivado tal registro, que poderá ser precedido de concurso público, o foro da comarca, seção ou subseção judiciária disponibilizará os dados necessários do mediador, para que seu nome passe a constar da lista de distribuição alternada e aleatória de processos judiciais em que será sorteado para atuar.

O novo CPC prevê duas hipóteses em que o mediador, mediante apuração em processo administrativo próprio, poderá ser excluído desse cadastro: (i) quando agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres de confidencialidade; ou (ii) atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido ou suspeito.

Para a mediação extrajudicial, o mediador poderá ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Incluído pelo novo Código de Processo Civil como um dos auxiliares da Justiça (art. 149 da Lei n.º 13.105/2015), o mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes, ficando impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. De igual forma, o mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador. Na hipótese do mediador também ser advogado, estará impedido de exercer a advocacia nos juízos em que já desempenha a função de mediador ou conciliador.

Em razão do princípio da confidencialidade que rege a mediação, o dever de sigilo é inerente à função do mediador, de maneira que não poderá divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Esse dever estende-se aos eventuais membros de equipe do mediador.

Dessa forma, em que pese o dever de estímulo para mediação previsto no art. 3º, §3º da Lei n.º 13.105/2015, parece-nos claro que ao juiz não é permitido fazer as vezes de mediador. Contrário fosse, a figura do mediador, no importante papel de auxiliar da Justiça, deixaria de fazer sentido. Dentre os deveres do juiz, elencados no art. 139 do novo Código de Processo Civil, está o de promover a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Quer a nós parecer que o intuito do legislador de empregar o termo “preferencialmente”, foi o de estabelecer a incumbência do juiz de incentivar as partes, a qualquer tempo, a buscarem a composição amigável e, para tal objetivo, utilizar preferencialmente os mecanismos da conciliação e mediação judicial.

Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Desse modo, no caso de impedimento, o mediador deverá comunicar imediatamente o tribunal, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

### **2.6.2 O papel**

Para o mediador e advogado ADEMIR BUITONI<sup>47</sup>, sobre o papel do mediador: “a mediação vem desenvolvendo a chamada *Escuta Ativa*, como uma das técnicas mais importantes do ofício do mediador. Porém, é preciso ir um pouco mais além desse tipo de *Escuta Ativa* e praticar a *Escuta Criativa* (...)”.

O articulista propõe a chamada *Escuta Criativa* como método de participação do mediador, aplicável na mediação endoprocessual e extrajudicial.

---

<sup>47</sup> A Mediação de Conflitos e a Escuta Criativa, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 31, out.-dez./2011.

A Escuta Ativa tem suas limitações, mas, sem dúvida, é uma ferramenta básica para a mediação; deve ser praticada e pode ser aperfeiçoada adotando a perspectiva da criatividade. A proposta da Escuta Criativa é diferente da Escuta Ativa, pois reconhece um único campo sonoro, uma unidade entre o que fala e o que ouve, tudo se entrelaçando sem separação. O mediador que ouve está implicado no ato da escuta, que diz respeito a ele também, ressoa dentro dele, na sua fala interior silenciosa, enquanto está ouvindo.<sup>48</sup>

Não há como separar os sons falados e escutados. No mundo em que vivemos tudo é som, tudo vibra. Enquanto falamos estamos também nos ouvindo internamente e ouvindo o que se passa ao nosso redor. Há uma linguagem interior que nunca cessa dentro de nós. A linguagem humana tem como primeira função a comunicação interior, uma fala do indivíduo consigo mesmo. Pensamos e sentimos, independentemente de expressar exteriormente a fala. Falar, então, é também falar consigo mesmo, não é só falar para o outro. É apenas como um recurso didático que distinguimos aquele que fala daquele que ouve. A fala e a escuta, as duas, estão o tempo todo presentes na fala e na escuta.<sup>49</sup>

Assim a Escuta Criativa, partindo dessa situação, da fala e da escuta entrelaçadas, aprofunda a escuta e ajuda a criar alternativas antes não percebidas no contexto do conflito, fazendo aparecer a possibilidade de criatividade pela mediação, no momento mesmo da escuta. Fica rompida, assim, a existência de duas fases distintas onde a criação de eventuais soluções só aconteceria no final, depois da escuta. Pode ocorrer a criatividade, simultaneamente no ato de escutar e no ato de falar se escutando.<sup>50</sup>

Na Escuta Criativa, o mediador sendo escutado e se escutando, estará em contato consigo mesmo e poderá encontrar em si mesmo aquilo que precisa para criar algo que transforme a sua percepção do conflito. O mediador também se ouve, ouvindo o outro. Cria-se um único espaço comum de escuta recíproca, há uma coescuta, um ato criativo de nascimento, de conhecimento. O emissor também é receptor e vice-versa.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>51</sup> Idem, *ibidem*.

O mediador promove a escuta dos conflitantes em prol da comunicação adequada, visando à recuperação da responsabilidade por suas escolhas e pela qualidade de convivência para a realização da relação jurídica que os vincula.<sup>52</sup>

Ao mediador cabe o acolhimento das partes e seus advogados, prestar os esclarecimentos necessários de forma clara, objetiva e correta relativos ao procedimento, administrar a participação de todos os envolvidos, assegurando o bom andamento dos trabalhos, a manutenção da ordem, o respeito à integridade física e emocional, a livre expressão, formular perguntas de modo construtivo e agregador, buscar a clareza de todas as ideias, assegurar o equilíbrio de poder, neutralizar comportamentos repetitivos, facilitar o diálogo, oferecer reflexões relativas ao futuro a partir do presente, tendo respeito para com o passado, promover a decisão aos protagonistas e, sobretudo, se assegurar das condições do cumprimento da solução, quando alcançada.<sup>53</sup>

A habilidade do mediador em utilizar técnicas que promovam o desenvolvimento ou a manifestação de criatividade, por parte dos mediados, é de grande importância para o bom andamento do processo, porque as pessoas envolvidas em conflitos, geralmente, encontram-se submetidas a fatores emocionais que contribuem para cercear o nascimento de ideias, possibilidades, opções ou futuras soluções. Em resumo, como enfatiza MARINES SUARES<sup>54</sup>, as partes atribuem ao mediador uma série de responsabilidades, tais como: bom senso, competência técnica, equidistância, experiência, habilidade para compreender os vários pontos de vista, imparcialidade, integridade, sensibilidade.<sup>55</sup>

Além disso, deve-se assinalar que o mediador deve proceder, no desempenho de suas funções, de maneira imparcial, independente, competente, discreta e diligente. Dele exige-se conhecimento e treinamento específico de técnicas próprias, devendo qualificar-se e aperfeiçoar-se, melhorando continuamente suas atitudes e suas habilidades

---

<sup>52</sup> Águia Arruda Barbosa. Formação do mediador familiar interdisciplinar. In: CUNHA Rodrigo Pereira da (coord.). Família: entre o público e o privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, p. 13, 2012, *apud* Fabiana Marion Spengler e Roberta Marcantônio, Considerações sobre a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas e a mediação como forma de promover a comunicação para o tratamento de conflitos, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41, abr.-jun./2014.

<sup>53</sup> Adolfo Braga Neto, Op. cit.

<sup>54</sup> Marines Suares. *Mediación. Conduccion de disputas, comunicación y técnicas. 2. Ed. Buenos Aires: Paidós, 2001*, *apud* Adolfo Braga Neto, Op. cit.

<sup>55</sup> Adolfo Braga Neto, Op. cit.

profissionais. Ao mesmo tempo, ele deve preservar a ética e a credibilidade do instituto da mediação por meio de sua conduta.<sup>56</sup>

Fundamental é que o mediador ajude as partes a retomar o diálogo e possam decidir por elas mesmas como pôr fim ao conflito. Isto exige, em primeiro lugar, a própria desconstrução do conflito pelo mediador (o acordo é consequência). Tal conduta pode exigir mais de uma reunião ou sessão de mediação – o que é uma prática usual para que as pessoas possam refletir e avaliar melhor a decisão que devem tomar.<sup>57</sup>

Em resumo, o mediador deve ser imparcial, no sentido de evitar qualquer privilégio a uma das partes em detrimento da outra durante todo o processo; independente, entendendo-se não estar vinculado a qualquer das partes envolvidas no conflito antes e durante o processo; competente, no sentido de conhecer profundamente o processo de mediação para bem coordená-lo e com isso saber os parâmetros ditados pelas partes para auxiliá-los a decidir; confidente, guardando toda e qualquer informação, trazida, oferecida ou produzida no processo para com as partes; e diligente, pressupondo-se que não poupará esforços para proceder da melhor maneira possível quanto à investigação dos fatos relacionados à controvérsia.<sup>58</sup>

Com conhecimento aprofundado sobre a comunicação humana, técnicas de negociação e visão sistêmica da controvérsia, o mediador deve promover a facilitação de diálogos em situações que envolvem conflitos. Sua competência resulta do seu domínio sobre os temas acima citados, aliados à condução do processo. Ele deverá estar permanentemente atento a vários tipos de comunicação verbal, para-verbal e não-verbal existente, as narrativas que auxiliam a identificar e buscar interesses comuns, divergentes e convergentes, ao desequilíbrio de qualquer natureza entre os participantes do processo. Por outro lado, não poderá oferecer seus conhecimentos de profissão de origem para assessorar as partes em suas decisões, e não sugerir ou aconselhar quanto a decisões a serem tomadas.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>57</sup> Tânia Almeida, *Op. cit.*, p. 96 apud Fernando Gama de Miranda Netto e Delton Ricardo Soares Meirelles, *Op. cit.*

<sup>58</sup> Adolfo Braga Neto, *Op. cit.*

<sup>59</sup> Idem, *ibidem*.

Esta atuação centraliza-se em princípios diferentes daqueles que a sociedade está habituada em seu cotidiano e se obtém com o nascimento da cooperação baseada na conscientização de que o conflito é inerente a toda e qualquer inter-relação e deverá ser enfrentado. Para isso, o profissional que irá atuar neste atividade deverá buscar sua capacitação que lhe propicie a partir dessas premissas fundamentais, romper com a lógica binária do ganhar para não perder, do certo ou errado, do culpado ou inocente, ou mesmo das concessões mútuas. E com isso alcançar o reenquadramento da inter-relação entre os mediados para permitir uma gestão do conflito mais pacífica e posteriormente todos ganharem com a sua resolução ou transformação.<sup>60</sup>

### 2.6.3 Capacitação do mediador

Para a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, FÁTIMA NANCY ANDRIGHI<sup>61</sup>, *“Não se pode improvisar como se tem feito até agora para realizar as conciliações, desviando funcionários e buscando caridosos profissionais que se dispõem a prestar este serviço, muitas vezes, sem remuneração adequada e com pouco ou rápido treinamento, fazendo com que se desprestige e coloque em risco o instituto da conciliação. É preciso profissionalizar a mediação. Nenhum ato temporário ou improvisado nos moldes em que os tribunais de justiça têm feito irá dar os frutos que o instituto da mediação tem condições de proporcionar.”*

De maneira a contribuir com a discussão, o mediador, advogado de origem e também consultor da ONU e do Banco Mundial, ADOLFO BRAGA NETO<sup>62</sup>, propõe um formato de ensino para capacitação de profissionais que atuarão como mediadores:

*“Consciente destas premissas e baseados na experiência prática adquirida com mais de 12 anos de atividade na capacitação de mediadores no Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, México, Portugal, Alemanha, Angola e Cabo Verde, recomenda-se um programa que estabeleça 120 horas mínimas de aprendizado teórico e posterior aprendizado prático de no mínimo 50 horas na vivência de casos reais, sempre acompanhado de um monitoramento pela supervisão dos trabalhos desenvolvidos, após as reuniões de mediação de casos concretos, bem como relatórios específicos para uma reflexão acerca daquilo que foi objeto de análise e estudo na reunião de mediação e o estabelecimento de estratégias para as reuniões futuras.”*

---

<sup>60</sup> Idem, ibidem.

<sup>61</sup> Op. cit.

<sup>62</sup> Op. cit.

O art. 11 da Lei n.º 13.140/2015 determina que o mediador, antes da sua efetiva atuação, deverá obter capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais. Nesse aspecto, surgem dúvidas a respeito do custeio para capacitação dos mediadores. Deverá o mediador arcar com os custos da própria capacitação, é do Estado tal incumbência ou seria das partes interessadas na mediação a obrigação de buscar capacitação adequada desses profissionais? A resposta e a aparente solução já existem.

A Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM<sup>63</sup>, criada no âmbito da Secretaria de Reforma do Judiciário em 2012, tem por finalidade oferecer capacitações e cursos presenciais e à distância em técnicas de mediação, conciliação, negociação e outras formas consensuais de solução de conflitos. De modo a possibilitar a gratuidade dos cursos, a ENAM trabalha em parceria com os principais atores da Justiça: Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública, Advocacia Privada, Faculdades de Direito etc. Os cursos são divididos em módulos e costumam durar de 4 a 7 semanas.

Portanto, para fazer frente ao desafio do custeio da capacitação de mediadores, parece-nos extremamente relevante e necessária a alternativa do estabelecimento de parcerias entre as entidades interessadas, a exemplo do que vem sendo feito pela ENAM.

## **2.7 A audiência de mediação**

O novo Código de Processo Civil positivou a obrigatoriedade da realização de audiência de mediação ou conciliação para o rito ordinário, em semelhança ao que já é feito hoje com a conciliação no rito sumaríssimo dos juizados especiais.

Nos termos do art. 334 da Lei n.º 13.105/2015, preenchidos os requisitos essenciais pela petição inicial, e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30

---

<sup>63</sup> <http://moodle.cead.unb.br/enam/> Acesso em 25.10.2015.

(trinta) dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, facultada a constituição de representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

Pelo novo CPC, a audiência de mediação ou conciliação não terá lugar (i) se as partes expressamente manifestarem o desinteresse na composição amigável; ou (ii) quando não se admitir a autocomposição. Para a hipótese “i”, o desinteresse na autocomposição deve ser indicado na petição inicial, pelo autor, ou, no caso do réu, apresentada em petição simples com 10 (dez) dias antes da audiência. Em caso de litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. Sobre esse ponto do interesse das partes na mediação, fazemos referência ao tópico 2.5 do presente trabalho, em que são apresentados os conflitos existentes entre o novo CPC e a nova lei de mediação.

De modo a incentivar a participação das partes e traduzir a importância da audiência de mediação ou conciliação, o novo Código de Processo Civil prevê a imposição de sanção de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, na hipótese de não comparecimento injustificado pelo autor ou pelo réu, caracterizado como ato atentatório à dignidade da Justiça. Em que pese o novo CPC não fazer referência expressa à aplicação dessa multa pelo não comparecimento injustificado na audiência de mediação (apenas na de conciliação), é possível fazer a interpretação analógica para se considerar aplicável também à mediação, vez que a imposição da multa é tratada em artigo singular (art. 334) inserido no capítulo V: “da audiência de conciliação ou de mediação.”

O novo Código de Processo Civil permite a realização de mais de uma sessão de audiência de mediação ou conciliação, desde que necessárias à autocomposição. O lapso de tempo entre as sessões não poderá exceder a 2 (dois) meses. Sobre esse ponto, a Lei n.º 13.140/2015 dispõe que o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até 60 (sessenta) dias, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem a prorrogação.

Costuma-se dizer que o procedimento de mediação é célere. É na verdade extremamente rápido se forem feitas comparações com os demais procedimentos extrajudiciais como a arbitragem ou mesmo os processos judiciais, mas mais lento que o

da conciliação, pois a mediação demanda mais do que uma única reunião. A determinante com relação ao tempo é decorrente das partes. A elas cabe determinar suas disponibilidades, possibilidades e interesses, pois são elas a matéria-prima básica da atividade. Nesse sentido, o procedimento leva no mínimo três reuniões do mediador com as partes e se dá por etapas, fases, técnicas ou movimentos, como ensina J. P. FOLGER e R. A. BARUCH BUSH.<sup>64</sup>

Obtida a autocomposição, esta será reduzida a termo e homologada por sentença. Caso as partes não cheguem a um consenso na audiência de mediação ou conciliação, o processo seguirá o seu regular trâmite e o termo inicial para resposta do réu será a data da última sessão da audiência de mediação ou conciliação.

## **2.8 A importância da comunicação na mediação**

A mediação é uma forma de promover o diálogo entre as partes, para que possam superar o conflito e juntas consigam chegar a um consenso. Para que o procedimento de mediação seja eficaz, por meio da comunicação, faz-se necessária a *“formação de um consenso inicial entre os participantes de um diálogo, acerca do ponto de partida ou do pressuposto pragmático que embasa a sua comunicação, para que possa acontecer um entendimento verdadeiro entre eles, o que só ocorrerá se a comunicação for compreendida por ambas as partes.”*<sup>65</sup>

Na audiência de mediação, é necessário que as pessoas estejam dispostas a buscar o diálogo, sendo que o consenso alcançado pelos participantes é genuíno, não é imposto, pois não resulta de uma obrigação imposta por um terceiro ou pelo Poder Judiciário (ainda que dentro do ambiente litigioso, na mediação endoprocessual), mas resulta, na verdade, da comunicação buscada e reconstruída pelos participantes da mediação. São as próprias partes que se comprometem a cumprir, entre elas, o que resultou estabelecido em razão das conversas ocorridas na mediação.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> *La promes de mediación, 2001*, apud Adolfo Braga Neto, Op. cit.

<sup>65</sup> Fabiana Marion Spengler e Roberta Marcantônio, Op. cit.

<sup>66</sup> Idem, ibidem.

Citando HABERMAS, “a expressão ‘agir comunicativo’ indica aquelas interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado para o entendimento ultrapassa um papel coordenador da ação.”<sup>67</sup>

Assim, é possível dizer que a mediação é uma ação comunicativa, na qual ‘a força consensual dos processos linguísticos de se obter entendimento, ou seja, as energias vinculativas da própria linguagem – torna-se eficaz para a coordenação das ações’.<sup>68</sup>

LUIZ ROBERTO GOMES<sup>69</sup>, sobre a teoria da ação comunicativa, expõe que “o consenso é entendido como um acordo que recorre à luz do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade de um discurso.”

Em outras palavras, trata-se de um consenso estabelecido em que são pressupostas a compreensão, a verdade, a sinceridade e a justiça em seu processo comunicativo, não coercitivo.<sup>70</sup>

A mediação, como forma de tratamento de conflitos, por meio da figura do mediador e com base em uma linguagem e um agir voltados para o consenso, se apresenta como um importante método que permite às partes dialogarem sobre as causas que ensejaram o litígio, para que, no seu tempo, lhes seja possível buscar uma composição sobre a situação controvertida.<sup>71</sup>

Tamanha a importância, vê-se que o diálogo está diretamente ligado ao sucesso da mediação. Um bom diálogo entre as partes sobre o conflito de interesse, com a franqueza e abrangência que o assunto requer, pavimentam o caminho para a realização da autocomposição como uma das formas (a melhor, talvez) de acesso à Justiça.

---

<sup>67</sup> Jurgen Habermas. *Agir Comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 72, 2002, *apud* Fabiana Marion Spengler e Roberta Marcantônio, op. cit.

<sup>68</sup> Fabiana Marion Spengler e Roberta Marcantônio, op. cit.

<sup>69</sup> Educação, consenso e emancipação na teoria da ação comunicativa de Habermas. *Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Ciências Sociais e Aplicadas, Linguística, Letras e Artes*. Vol. 15 n. 2 p. 53-63. Esp. P. 57. Ponta Grossa, dez. 2007 *apud* Fabiana Marion Spengler e Roberta Marcantônio, op. cit.

<sup>70</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>71</sup> Fabiana Marion Spengler e Roberta Marcantônio, op. cit.

## 2.9 Um comparativo internacional

### 2.9.1 O modelo canadense

No Canadá, especialmente na província de Quebec, em setembro de 1997, entrou em vigor uma lei instituindo no Código de Procedimento Civil a mediação preliminar em matéria familiar (L.Q. 1997, c. 42). A lei prevê que os casais com filhos, casados ou não, em instância de separação, de divórcio ou de revisão de julgamento e divergindo sobre guarda de filhos, pensão alimentícia ou divisão de bens, inicialmente são obrigados a assistir pelo menos uma sessão de informação sobre o que é a mediação familiar. Apenas essa primeira sessão é obrigatória, respeitando um dos princípios éticos desse novo modo de gestão de conflitos interpessoais, que é a voluntariedade. Após a primeira sessão de informação, caso haja concordância entre o casal, a mediação é subvencionada pelo Estado, garantindo seis sessões gratuitas. Todavia, o tribunal pode igualmente exigir ou recomendar a mediação às partes, durante ou depois do processo em trâmite.<sup>72</sup>

Observa-se que o modelo de Quebec privilegiou esse modo de resolução de conflitos anterior à entrada de um processo judicial, denominada “*mediation préalable*”, que acontece antes dos procedimentos ordinários, ou da audiência do juiz da demanda. Trata-se de um modelo incitativo para que as pessoas usem essa nova prática social.

Embora a legislação canadense favoreça a mediação extrajudicial, a legalização dos acordos é de responsabilidade do magistrado, que assegura a sua conformidade com as normas jurídicas em vigor.

Em matéria de separação e de divórcio, a mediação de Quebec atua na perspectiva de humanizá-los, numa mudança de paradigma de formas não contestatórias e adversárias de resolução de conflitos. Privilegia o princípio do agir comunicativo (Habermas, 1987) e da responsabilização dos conflitantes na tomada de decisões. As pessoas são levadas a inicialmente trabalhar a contenda por meio do diálogo,

---

<sup>72</sup> Elédite Ávila. *Médiation familiale: um regard sur les expériences françaises, canadiennes et brésiliennes. Revue de Prévention et de Règlement des Différends. Vol. 6. n. 3. p. 3-22. Automne. Canada: Éditions Yvon Blais, 2008* apud Elédite Ávila. Mediação Judicial e Extrajudicial: Aspectos Sociais e Jurídicos, Revista dos Tribunais, vol. 916, fevereiro 2012.

considerando primeiro as dimensões emocionais, sociais e relacionais do conflito familiar e num segundo momento os aspectos jurídicos da separação conjugal.<sup>73</sup>

### 2.9.2 O modelo francês

Na França, a Lei 95-125, de 8.2.1995, e o Dec.-lei de 23.7.1996, relativo à organização das jurisdições e procedimento civil, penal e administrativo, determinam as condições de exercício das modalidades de prática da conciliação e da mediação judicial.

Por meio dessa legislação, o juiz pode recorrer legalmente a um mediador e prever a mediação de modo geral, sem especificar o domínio da atuação. O art. 21 estabelece que o magistrado pode, depois de obter o consentimento das partes, designar uma terceira pessoa para tentar compor o acordo e a mediação pode ser proposta em todas as etapas do processo.<sup>74</sup>

Essa lei prevê a remuneração do mediador e a confidencialidade do procedimento de mediação, e um decreto especifica as modalidades de sua aplicação. De maneira geral, esse decreto diferencia a conciliação da mediação. No que tange à mediação, o decreto indica a missão e a formação do mediador, o prazo e as condições de homologação do acordo. A mediação pode ser confiada a pessoa física ou a uma associação que atua neste domínio.<sup>75</sup>

Embora essa lei admita a possibilidade de o magistrado confiar a uma pessoa exterior ao Judiciário para resolver o conflito, ela apresenta limitações específicas em matéria familiar. Foi então, por meio das leis sobre a autoridade parental em 2002 e da reforma do divórcio em 2004, que esse novo modo de gestão de conflitos foi efetivamente legalizado e institucionalizado. Essas medidas legais introduziram o recurso à mediação familiar com o objetivo não apenas de auxiliar a administrar as relações familiares no momento de separação, mas especialmente como tentativa de apaziguar os conflitos relativos à educação dos filhos.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Elédite Ávila. Mediação Judicial e Extrajudicial: Aspectos Sociais e Jurídicos, Revista dos Tribunais, vol. 916, fevereiro 2012.

<sup>74</sup> Elédite Ávila, Op. cit.

<sup>75</sup> Idem, ibidem.

<sup>76</sup> Marie Anaut. *Soigner la famille*. Paris: Ed. Armand Colin, 2005 apud Elédite Ávila, Op. cit.

Essas novas normas jurídicas privilegiam os acordos consensuais, e a mediação é prevista em lei sujeita a decisão do magistrado. A obrigação de passar pelo mediador familiar só existe após a demanda judicial, com o processo já em andamento.<sup>77</sup>

Fazendo uma analogia entre o modelo canadense e o francês relativo à inserção da mediação familiar em seus ordenamentos jurídicos, podemos observar que, contrariamente ao modelo canadense, a legislação francesa privilegiou a mediação quando o litígio já foi instaurado e o juiz detém certo controle da situação. Por outro lado, o legislador canadense acentuou preponderantemente a desjudicialização dos conflitos familiares. Essa constatação corrobora as análises de MATTEI<sup>78</sup>, quando o autor afirma que o sistema *civil law*, a exemplo da França, privilegia um modelo mais centralizado e controlado pelo Judiciário, enquanto o sistema de *common law*, como na Inglaterra e no Canadá, prioriza um modelo menos centralizado.<sup>79</sup>

Na Inglaterra, por exemplo, a *Family Law Act* (1996), optou pela mediação paraprocessual, mas apenas em caso de assistência judiciária. Uma pessoa não pode ingressar com ação em juízo em matéria familiar sem ter tido inicialmente um encontro com um mediador. A lei se aplica aos conflitos familiares em geral, não se restringindo a casos de separação e de divórcio. No entanto, essa lei não se aplica a casos de violência familiar, proteção da infância, e quando a outra parte já entrou com processo na justiça.<sup>80</sup>

Observa-se que os modelos canadenses e inglês optaram pela descentralização e pela não judicialização dos conflitos privados. Contudo, se no Canadá a prática da mediação é subvencionada pelo Estado, contemplando todos os cidadãos, na Inglaterra ela é disponível gratuitamente apenas para aqueles com direito a assistência judiciária. Embora louvável, essa medida pode conduzir ao entendimento errôneo de que a mediação de conflitos é privativa das classes menos favorecidas.<sup>81</sup>

Em suma, as escolhas de inserção da mediação nos textos legais variam de um país para outro e dependem notadamente dos objetivos estabelecidos pelo legislador. De um lado, numa perspectiva de desjudicialização dos conflitos, é priorizada a mediação

---

<sup>77</sup> Eliedite Ávila, Op. cit.

<sup>78</sup> Gaël Mattei. *Fonction du juge et médiation familiale. Étude des systèmes Français et Anglo Saxons. Médiations et sociétés. n. 13. Paris: Médiations et Sociétés, 2007* apud Eliedite Ávila, Op. cit.

<sup>79</sup> Eliedite Ávila, Op. cit.

<sup>80</sup> L. Parkinson. *La médiation familiale em europe: Divisées ou unis? Actes du colloque médiation em europeu: etats des lieux et perspectives. Du 28 au 30 d'octobre. Suisse, 2004* apud Eliedite Ávila, Op. cit.

<sup>81</sup> Eliedite Ávila, Op. cit.

extrajudicial; de outro, exaltando a mediação judicial, é deixada ao magistrado a decisão e a pertinência ou não de determinar a mediação.<sup>82</sup>

### 2.9.3 O modelo argentino

Em Buenos Aires, a mediação dos casos judiciais de natureza cível pode se dar da forma pública ou privada. A mediação pública é realizada pelos centros públicos de mediação, que, na capital federal, são, principalmente a *Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos*, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo Federal, e o Consultório Jurídico Gratuito, vinculado à Faculdade de Direito da *Universidad de Buenos Aires* (UBA). A mediação privada, por sua vez, ocorre nos escritórios de advocacia particulares.

Nota-se que as mediações chegam a esses centros por meio de três vias básicas: (i) por solicitação das partes, conhecidas como “mediações voluntárias”; (ii) por força de lei, em determinados casos, chamadas de “mediações prévias e obrigatórias”; e (iii) por impulso oficial, quando, durante o trâmite da ação judicial, o juiz determina submeter o caso a uma mediação, suspendendo o processo judicial e encaminhando-o a um centro público ou privado.<sup>83</sup>

A distinção entre mediação e processo é bastante evidenciada durante as sessões de mediação na Argentina, a fim de deixar bastante claro às partes que o ambiente não é de litígio – mas de franco diálogo - e que não estão litigando por meio de ação judicial.

## 2.10 Perspectivas da mediação na gestão de conflitos em meio ambiente

Neste ano de 2015, a Secretaria Estadual do Meio Ambiente (SMA) e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estão finalizando entendimentos para, por intermédio da Escola Paulista da Magistratura, promover a capacitação de agentes para atuarem

---

<sup>82</sup> Idem, ibidem.

<sup>83</sup> “Nossos *hermanos porteños* têm muito a ensinar sobre mediação de conflitos”, por Bárbara Lupetti < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-29/barbara-lupetti-portenos-ensinar-mediacao-conflitos> > Acesso em 31.8.2015.

como conciliadores e mediadores na resolução de processos instaurados por danos ambientais.

Pela proposta em estudo, os 35 Centros Técnicos Regionais de Fiscalização, da Coordenadoria de Fiscalização Ambiental, que processam os Autos de Infração Ambiental (AIAs), passariam a atuar como postos avançados dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, vinculados ao Tribunal de Justiça, nos quais os técnicos e os policiais ambientais devidamente capacitados atenderiam os infratores buscando a conciliação ou a mediação.

Segundo informações extraídas do *site*<sup>84</sup> do Governo do Estado de São Paulo, o objetivo dessa proposta é fazer com que os quase 15 mil AIAs lavrados pela Polícia Militar Ambiental, todos os anos, sejam tratados administrativamente de forma adequada e ágil, conduzindo sempre à reparação dos danos e ao pagamento das multas estipuladas e evitando processos que, às vezes, se arrastam por vários anos.

Esses procedimentos estão previstos no Programa Estadual de Conciliação Ambiental, criado pela Secretaria do Meio Ambiente em 2014, cujo objetivo é oferecer um espaço ao infrator para, num prazo de 10 a 40 dias da lavratura do AIA, tomar conhecimento dos dispositivos legais e normas ambientais e concluir o processo administrativo, negociando o pagamento da multa e a recuperação dos danos causados.

Vemos essa proposta com bons olhos, especialmente porque abre caminho para novas vias de solução de litígios envolvendo o meio ambiente, demonstrando ser possível buscar a conciliação ou a mediação sobre direito indisponível (meio ambiente) em que se admite transação. Com isso, tornar-se-ia possível, por exemplo, a realização de audiência de mediação em ação civil pública de natureza ambiental, para que o suposto causador de um dano ambiental possa, no âmbito judicial, dialogar com o autor da ação (Ministério Público, na maioria das vezes) para buscar alternativas de recomposição e/ou compensação, sem que seja necessário aguardar o regular e moroso trâmite da ação judicial. Nesse aspecto, a solução pela mediação parece-nos a medida mais adequada, pois garante (i) ao causador do dano ambiental: a possibilidade de antever e negociar as medidas e cronograma para a recomposição do dano; (ii) ao Ministério Público: a efetiva tutela do direito difuso; e (iii) ao meio ambiente: a sua proteção de maneira mais célere e eficaz.

---

<sup>84</sup> <http://www.ambiente.sp.gov.br/blog/2015/08/17/sma-quer-formar-conciliadores-e-mediadores-de-conflitos-ambientais/> acesso em 25.10.2015.

### 3. CONCLUSÃO

Viu-se que a cultura da litigiosidade do Brasil nos últimos anos contribuiu significativamente para o aumento vertiginoso das demandas judiciais, dificultando o atendimento pelo Judiciário do princípio da justa e razoável duração do processo.

É sob esse contexto que ganha força a busca por métodos alternativos de solução de controvérsia. Dentre eles, a mediação, revelando o seu fundamento social consistente na sua função de pacificação social, objetivo este que raras vezes é atingido pela sentença. Viu-se que a mediação não visa pura e simplesmente ao acordo, mas sim a atingir a satisfação dos interesses e necessidades das pessoas envolvidas no conflito, de modo que é possível concluir que o acordo entre as partes é o objetivo da conciliação, ao passo em que traduz-se como consequência lógica na mediação, buscado por meio do diálogo.

O novo modelo legislativo traz também alguns desafios a serem enfrentados pelos operadores do Direito, notadamente em razão de antinomias existentes entre o novo CPC e a nova lei de mediação, cuja solução, ao menos por ora, deverá ser buscada por meio da hermenêutica sistemática e teleológica do novo regramento, observando a função social pretendida com a mediação.

No comparativo com modelos internacionais, chegou-se à conclusão de que os países que adotam o sistema de *common law*, como Inglaterra e Canadá, privilegiam um modelo de mediação menos centralizado e controlado pelo Judiciário (mediação extrajudicial), ao passo que os países de *civil law*, como o Brasil e a França, dão prioridade a um modelo mais centralizado (mediação endoprocessual).

O advogado, ao incentivar estes novos paradigmas na resolução de conflitos de seus clientes, estará efetivamente exercendo seu mais nobre ofício que é o de promover o acesso à Justiça, auxiliando-os na procura de seus reais interesses. E ao mesmo tempo estará também atendendo ao que dispõe o art. 2º, par. ún., inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB, que estabelece o dever de o advogado incentivar possíveis composições entre as partes, prevenindo, se for possível, a instauração de litígios.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Adolfo Braga Neto. Op. cit.

Conclui-se, por fim, que a mediação não deve ser vista como solução definitiva para desatolar as prateleiras do Judiciário, mas como ferramenta para incrementar as políticas públicas de acesso à Justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Novas Perspectivas para a Mediação no Brasil**, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34, jul.-set./2012.

ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação Judicial e Extrajudicial: Aspectos Sociais e Jurídicos**, Revista dos Tribunais, vol. 916, fevereiro 2012

BRAGA NETO, Adolfo. **Aspectos Relevantes sobre a mediação de conflitos**, Revista de Arbitragem e Mediação, n. 15, out.-dez./2007.

BUITONI, Ademir. **A Mediação de Conflitos e a Escuta Criativa**, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 31, out.-dez./2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Litigiosidade na Justiça Federal aumenta em 2014, principalmente no 1º grau**, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80428-litigiosidade-na-justica-federal-aumenta-em-2014-principalmente-no-1-grau>> Acesso em 27.9.2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cultura da litigiosidade pode sobrecarregar Justiça com 114 milhões de processos em 2020**, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62232-gcultura-da-litigiosidadeq-pode-sobrecarregar-justica-com-114-milhoes-de-processos-em-2020>> Acesso em 27.9.2015.

DUARTE, Zulmar. **A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação**. Disponível em: <[http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao#\\_ftn7](http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao#_ftn7)> Acesso em 25.10.2015.

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. **Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes**, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **SMA quer formar conciliadores e mediadores de conflitos ambientais**, disponível em <<http://www.ambiente.sp.gov.br/blog/2015/08/17/sma-quer-formar-conciliadores-e-mediadores-de-conflitos-ambientais/>> acesso em 25.10.2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça conciliativa**, Revista de Arbitragem e Mediação n.º 4, Ed. RT, jul.-set./2007.

GUERRERO, Luis Fernando. **Conciliação e Mediação – Novo CPC e leis específicas**, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41, abr.-jun./2014.

LUPETTI, Bárbara. **Nossos hermanos porteños têm muito a ensinar sobre mediação de conflitos**, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-29/barbara-lupetti-portenos-ensinar-mediacao-conflitos>> Acesso em 31.8.2015.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado – Sistema de Atos Internacionais**, disponível em <[dai-mre.serpro.gov.br](http://dai-mre.serpro.gov.br)> Acesso em 27.9.2015.

MIRANDA Netto, Fernando Gama de e MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. **Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010)**, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 33, abr.-jun./2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9685&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21) >. Acesso em 23.8.2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion e MARCANTÔNIO, Roberta. **Considerações sobre a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas e a mediação como forma de promover a comunicação para o tratamento de conflitos**, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41, abr.-jun./2014

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, ed. Método, São Paulo, 2008.