

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL
COMO CONDICIONANTE LEGÍTIMA PARA A
DESJURISDICIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

CLAUBER COSTA ABREU

Mestrado em Direito - Ciências Jurídicas

Dissertação de Mestrado

Lisboa, outubro - 2016.

**A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL
COMO CONDICIONANTE LEGÍTIMA PARA A
DESJURISDIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

DISSERTAÇÃO FINAL APRESENTADA
NO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
- CIÊNCIAS JURÍDICAS, DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE
LISBOA - FDUL, EM OUTUBRO DE 2016,
SOB REGÊNCIA DO **PROFESSOR
DOUTOR JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO
RAMOS**

Lisboa, outubro - 2016.

TERMO DE COMPROMISSO

O aluno CLAUBER COSTA ABREU, abaixo-assinado, do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa, realizado nas dependências da instituição conveniada ESMAPE – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em Recife-Pernambuco-Brasil, declara que o conteúdo desta dissertação intitulada **A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO CONDICIONANTE LEGÍTIMA PARA A DESJURISDIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**, é autêntica, original e foi por ele especialmente elaborada para este fim, destacando que identifica devidamente todos os contributos de outros autores.

Declara, ainda, ter consciência que a cópia ou o plágio, além de poderem gerar responsabilidade civil, criminal e disciplinar, bem como reprovação ou a retirada do grau, constituem uma grave violação da ética acadêmica.

Lisboa, outubro de 2016.

CLAUBER COSTA ABREU

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

BIBLIOTECA

TERMO DE AUTORIZAÇÃO

Dou a minha autorização para que possam ser efetuadas fotocópias pela biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, para fins de estudo e/ou investigação, da **totalidade** da obra **A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO CONDICIONANTE LEGÍTIMA PARA A DESJURISDICIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**.

Lisboa, outubro de 2016.

CLAUBER COSTA ABREU

Nome: CLAUBER COSTA ABREU

Morada: Praça T-23, nº 40, apt. 1202, Setor Bueno. Goiânia – Goiás –
Brasil. CEP: 74.280-150

E-mail: clauberabreu@uol.com.br ou mag.ccabreu@tjgo.jus.br

RESUMO

O presente trabalho de Dissertação em Curso de Mestrado analisa o impacto da institucionalização da mediação judicial, desde a proposição da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu, a transposição desta pela Lei portuguesa da Mediação (Lei nº 29/2013), até o estabelecimento do *microssistema* da mediação no Brasil, instituído pela análise sistêmica do conjunto de normas e princípios formado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, pela Lei brasileira da Mediação (Lei nº 13.140/2015), somados ao novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105/2015), e a sua incorporação pelos Tribunais, analisando qual é a sua relação com a solução adjudicada do conflito.

Palavras-chave: *Institucionalização, mediação judicial, Directiva 2008/52/CE, Resolução CNJ 125/2010, Lei da Mediação*

RESUME

This Master's work analyzes the impact of institutionalization of judicial mediation, since the proposition of Directive 2008/52 / EC of the European Parliament, its transposition by the portuguese Mediation Law (Lei No. 29/2013) up to the establishment of the mediation microsystem in Brazil, established by systemic analysis of all standards and principles formed by Resolution No. 125/2010-CNJ, the brazilian Mediation Law (Law No. 13,140/2015), added to the new Brazilian Civil procedure Code 2015 (Law No. 13,105 / 2015), and their incorporation by the Courts, analyzing which is your relationship with the adjudicated resolution of the conflict.

Key-words: *Institutionalization, judicial mediation, Directiva 2008/52/CE, Resolution CNJ 125/2010, Mediation Law*

SUMÁRIO

Introdução.....	7
1. A mediação como método adequado de resolução de conflitos.....	9
1.1. Definição.....	9
1.2. Natureza privada.....	14
1.3. Finalidades.....	15
1.4. Princípios informadores da mediação	20
1.4.1. Princípio da voluntariedade.....	21
1.4.2. Princípio da confidencialidade	28
1.4.3. Princípio da igualdade entre as partes e equidade.....	30
1.5. O Mediador.....	35
2. O cenário da mediação judicial na Europa	41
2.1. O Livro Verde de 2002	43
2.3. O Código Europeu de Conduta para Mediadores	47
2.4. A Diretiva nº 52/2008/CE da União Europeia	50
2.4.1. As regras fundamentais da Diretiva	55
2.4.1.1. A garantia de qualidade da mediação	57
2.4.1.2. O recurso à mediação	59
2.4.1.3. Os acordos resultantes da mediação	61
2.4.1.4. Os efeitos da mediação nos prazos de prescrição	64
2.5. A legislação portuguesa – Lei nº 29/2013	65
3. O cenário da mediação judicial no Brasil	73
3.1. A Constituição da República de 1988	74
3.2. A atuação do Conselho Nacional de Justiça	79
3.2.1. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	81
3.3. A Lei da Mediação no Brasil – Lei nº 13.140/2015	85
3.4. O Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015.....	92
4. Mediação no âmbito do Poder Judiciário	98
4.1. Acesso à justiça X Acesso ao Poder Judiciário	100
4.2. A judicialização do conflito e a cultura da sentença	101
4.3. Juízes e Mediação	109
4.4. A pacificação social como objetivo primordial do Poder Judiciário ..	112
4.5 A mediação judicial como alternativa de solução à crise	113
5. Considerações finais	116
Bibliografia	118

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO CONDICIONANTE LEGÍTIMA PARA A DESJURISDICIONALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Clauber Costa Abreu

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar que a mediação tem se destacado como instrumento de combate às ineficiências dos sistemas de justiça e vem recebendo o título de boa alternativa para a adjudicação da solução de conflitos, circunstâncias que têm estimulado a incorporação daquele procedimento ao ambiente jurisdicional com a imposição de determinadas regras.

O enfoque do trabalho dar-se-á na relação entre a mediação e o processo judicial, estudada no âmbito do Poder Judiciário, ou melhor, no ambiente institucional das Cortes, afastando-se da mera análise do local físico onde ocorre a mediação, mas de sua institucionalização e realização pelo Poder Judiciário brasileiro, seja no decorrer do processo judicial ou até mesmo antes da sua instauração (*pré-processual*).

O crescimento vertiginoso que se observou nos sistemas de *common law*, com destaque para Canadá, Inglaterra e Estados Unidos, desde as décadas de 70 e 80 do século passado, contrasta com a relutância que se estabeleceu nos países integrantes do sistema da *civil law* em aceitar a prática da mediação como um meio para resolver conflitos. No entanto, esta realidade sofreu contundente alteração na Europa, desde a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu, que influenciou recentes intervenções legislativas na Itália (2009), Espanha (2012), Alemanha (2012), França (2012) e Portugal (2013), merecendo destacar que aquela influência não se limitou exclusivamente ao território europeu e pode ser percebida também no Brasil, com a instituição da *Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário*, regulamentada em novembro de 2010 pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional

de Justiça, que encontrou ressonância no novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105 de 16.03.2015), que entrou em vigor no último dia 18 de março de 2016¹, e na Lei da Mediação (Lei 13.140 de 26.06.2015), em vigor desde dezembro de 2015 e que disciplina a mediação judicial e extrajudicial no direito brasileiro.

Porém, apesar dos estágios distintos de desenvolvimento da mediação, tanto nos países com sistemas de *common law* quanto naqueles de *civil law*, as preocupações em ambos os sistemas encontram convergência na utilização da mediação como a solução para os problemas enfrentados pela administração pública, especialmente pelos Tribunais, respaldando o intento de acesso à justiça.

No entanto, além da difusão da normatização dos procedimentos dos meios alternativos de resolução de conflitos, os programas de mediação têm sido incorporados aos Tribunais, principalmente em assuntos ou instâncias onde a mediação não era comumente empregada, com o estabelecimento de regras a serem seguidas por mediadores, juízes e demais interessados; a determinação dos casos em que deverá ser utilizada e o estabelecimento de prazos para conclusão do procedimento, tudo sob o pretexto de remediar a ineficiência estatal na gestão dos conflitos e o inevitável abalo à garantia do acesso à justiça. Por estas razões, o presente estudo pretende avaliar o impacto da institucionalização da mediação judicial, desde a proposição da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu até o estabelecimento do *microssistema* da mediação no Brasil, instituído pela análise sistêmica do conjunto de normas e princípios formado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, pela Lei da Mediação, somados ao novo Código de Processo Civil brasileiro, e a sua incorporação pelos Tribunais, analisando qual é a sua relação com a solução adjudicada do conflito.

¹ O Pleno do Superior Tribunal de Justiça, de forma unânime, interpretou o artigo 1.045 do novo Código de Processo Civil para definir a questão. O artigo dispõe que “*este código entra em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial*”. O novo CPC foi publicado no dia 17 de março de 2015.

1. A mediação como método adequado de resolução de conflitos

1.1. Definição

Em princípio, é comum encontrarmos a integração da mediação em uma classificação mais ampla, denominada “*meios alternativos de resolução de litígios*” ou “*resolução alternativa de litígios*”, termos utilizados por influência direta da expressão inglesa “*ADR – alternative dispute resolution*”², extraída do direito norte-americano. No entanto, o vocábulo “*alternativo*”, neste caso, deve ser analisado com prudência, posto que pode ser equivocadamente interpretado como indicativo de substituição ao sistema judicial tradicional ou, em termos populares, um combate aos tribunais³. Ao contrário da ideia de substituição, a interpretação que se deve fazer é a de *adequação e complementaridade*, posto que a mediação é um método que tem como objetivo alcançar uma solução justa para determinados conflitos, que não substitui, mas antes pressupõe, somente quando absolutamente necessário, o recurso ao sistema judiciário⁴.

Considera-se que o processo é instrumento para a tutela do direito material e para que cumpra este papel de forma devida, deve ele dispor de todas as técnicas possíveis que o tornem eficaz.⁵ No caso, a adequação e a complementaridade da mediação podem funcionar como técnica de abreviação do processo, eliminando atos inúteis e criando sequência de atos capaz de estimular e racionalizar a atuação direta das partes em busca da solução mais adequada aos interesses delas, contribuindo para a celeridade e, por consequência, com a efetividade do processo judicial.⁶

² O *Livro Verde* da Comissão Europeia, por exemplo, designou a convenção vocabular *ADR – alternative dispute resolution* para se referir aos modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial.

³ LOPES, Dulce. PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 8.

⁴ SILVA, Paula Costa e. *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 158, p. 93-106, abr. 2008.

⁵ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

⁶ Além disso, como veremos adiante, a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação do cidadão com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento ao qual se submeteu foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido de que alguma participação

As definições legais e judiciais de mediação⁷ revelam diferenças consideráveis de ponto de vista e elementos das definições. No entanto, dentre estas definições, percebe-se a existência de variações sobre um núcleo comum, que serve de base funcional da presente investigação: a mediação é um procedimento baseado na participação voluntária das partes, em que um intermediário, ou vários intermediários, sem poderes adjudicatórios, facilita(m) sistematicamente a comunicação entre as partes com o objetivo de permitir que elas mesmas assumam a responsabilidade de resolver o conflito existente entre elas⁸. Para melhor compreensão, importa destacar aqui a definição de conflito estabelecida por K. Boulding como sendo uma situação de competição na qual as partes estão cientes da incompatibilidade de suas posições futuras em potencial e na qual cada parte deseja ocupar uma posição que é incompatível com os desejos da outra.⁹

A característica do direito, enquanto ordem cogente, perde os atributos de protagonista e centralidade, reforçando a utilização de normas que se submetem à vontade das partes. A norma jurídica passa a ser invocada exclusivamente se outra solução não puder ser alcançada no âmbito da autonomia da vontade das partes envolvidas no conflito, o que conduz à concepção de ordenamento jurídico com função de regras de *default*¹⁰, ou seja, que serão invocadas apenas para o caso de as soluções consensuais não serem alcançadas. Essas soluções tomam por base o conteúdo normativo expresso no ordenamento, mas se estabelecem independentemente dele.

Para Águida Arruda Barbosa, a mediação constitui “*um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra*

do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. A partir destas premissas, é possível concluir que a percepção de justiça é diretamente proporcional ao nível de participação das partes no processo a que elas se submetem. In: RHODE, Deborah L. *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*. New York: Oxford University Press, 2000, 135.

⁷ Em latim: *mediatio*; espanhol: *mediación*; inglês: *mediation*; alemão: *Vermittlung*; italiano: *mediazione*; e em francês: *médiation*.

⁸ HOPT, Klaus J.. STEFFEK, Felix. *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 11.

⁹ “*Situation of competition in which the parties are aware of the incompatibility of potential future positions and in which each party wishes to occupy a position which is incompatible with the wishes of the other.*” Cfr. BOULDING, K. E.. *Conflict and Defense: a General Theory*. New York: Harper & Row, 1962, p. 5.

¹⁰ SALLES, Carlos Alberto de. Prefácio. In: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos.”¹¹

Na visão de Christopher W. Moore, *“A mediação é uma extensão e elaboração do processo de negociação que envolve a intervenção de um terceiro aceito pelas partes que têm poder limitado de autoridade (ou não) de tomar decisão. Esta pessoa auxilia as partes principais a alcançarem voluntariamente uma solução mutuamente aceitável para as questões em disputa. Como a negociação, a mediação deixa o poder de tomada de decisão primordialmente nas mãos das pessoas em conflito. A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda do interventor, se este estiver apto a ajuda-los a gerir ou resolver as suas diferenças. A mediação é geralmente iniciada quando as partes não podem mais lidar com o conflito por conta própria e quando o único meio de resolução parece exigir a assistência imparcial de terceiros.”¹²*

Percebemos, portanto, que a livre vontade das partes é um elemento essencial da mediação. Enquanto todos os sistemas legais fundamentalmente partilham este ponto de vista, o elemento do livre arbítrio varia apenas em sua extensão. Em algumas jurisdições, por exemplo, a autonomia das partes é limitada, uma vez que o tribunal pode obrigar as partes, antes de iniciarem uma disputa legal, a se submeterem à mediação, como no Canadá¹³ e na Argentina¹⁴, embora

¹¹ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. (Orientador Roberto João Elias), p. 54.

¹² *“Mediation is an extension or elaboration of the negotiation process that involves the intervention of an acceptable third party who has limited (or no) authoritative decision making power. This person assists the principal parties to voluntarily reach a mutually acceptable settlement of the issues in dispute. As with negotiation, mediation leaves decision-making power primarily in the hands of people in conflict. Mediation is a voluntary process in that the participants must be willing to accept the assistance of the interventor if he or she is to help them manage or solve their differences.”* MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

¹³ A mediação obrigatória foi estabelecida inicialmente nas Cortes dos distritos de Toronto e Ottawa como projeto piloto. Porém, desde 2002, foi incluída permanentemente no Código de Processo Civil da Província de Ontário. *Rule 24.1.01 of the Rules of Civil Procedure: ‘This Rule provides for mandatory mediation in case managed actions, in order to reduce costs and delay in litigation and facilitate the early and fair resolution of disputes’*. Disponível em <https://www.ontario.ca/laws/regulation/900194>, último acesso em 24.03.2015).

¹⁴ Conforme notícia o Ministro José Augusto Delgado, *“na Argentina, em decorrência da vigência da Lei nº 25.573, há o estabelecimento da exigência da mediação, em caráter obrigatório, antes do ingresso de qualquer ação em sede civil ou comercial.”* DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no*

esse procedimento não se verifique comumente em muitas outras jurisdições. Portanto, as partes podem, em regra, utilizar a autonomia delas para celebrar acordos consensuais através da mediação e, neste contexto, em todas as jurisdições, percebe-se que, uma vez estabelecido o acordo, fixam-se também mecanismos que garantem a todos os envolvidos a aplicabilidade da resolução acordada.

Algumas definições contêm outras consequências do princípio da autonomia da vontade das partes na mediação, como por exemplo, o fato de a pessoa que atua como mediador ser escolhida ou voluntariamente aceita pelas partes, o que contrasta com a via clássica de resolução de conflitos, na qual impera o princípio do juiz natural.

Outra característica essencial - também sujeita a amplo consenso - é que o mediador não tem poder de decisão sobre a matéria do conflito. A implicação inversa desta premissa é que as próprias partes têm a responsabilidade de resolver a disputa em que estão envolvidas e propor os termos do acordo, ainda que a solução encontrada não fosse aquela que seria ditada por um Juiz em aplicação do ordenamento jurídico cabível¹⁵. As partes controlam o processo diretamente, afastando o conflito das mãos de um decisor externo e dos trâmites e linguagem inacessíveis, sendo que a adesão das pessoas a sistemas de mediação tem precisamente a ver com esta possibilidade de dominar o conflito. Uma das características essenciais da mediação - a atribuição de plenos poderes às partes (*empowerment*) - é justamente o produto disto.¹⁶

No entanto, algumas diferenças surgem ao nível da definição de mediação quando analisamos se o mediador tem o direito de propor soluções para o conflito, como ocorre na Holanda¹⁷ e na Bélgica¹⁸, ou se essas propostas não são permitidas,

Brasil - Evolução histórica e consensual. In Revista Forense, vol. 374, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 129.

¹⁵ LOPES, Dulce. PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 29.

¹⁶ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 27.

¹⁷ SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred. *Mediation in the Netherlands*. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 283.

¹⁸ DEMEYERE, Luc. *Mediation in Belgium*. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 63.

no caso da Áustria¹⁹.

Além disso, a mediação é caracterizada pela forma do seu uso, que não se limita exclusivamente à resolução de conflitos legais, mas pode ser utilizada na solução de conflitos com mais de uma ou nenhuma dimensão jurídica, isto é, para as tensões sociais que se mantêm abaixo do limiar de significância legal. Neste aspecto, o ponto de vista amplamente compartilhado é que a força da mediação está basicamente na forma como ela tem como alvo principal o conflito social e que a resolução legal decorrente do consenso tem apenas uma função subsidiária.²⁰

Finalmente, a promoção sistemática da comunicação pelo mediador é um elemento de conexão entre o conflito em questão, a participação voluntária das partes e a assunção de responsabilidade das partes pela resolução do conflito. Todos os sistemas legais partilham a opinião de que a mediação é caracterizada pelo apoio consciente e especialista de comunicação entre as partes promovida pelo mediador, em vez de uma abordagem espontânea ou arbitrária. Isso deixa em aberto a questão de saber se, e na medida em que, a forma e a maneira de promover a comunicação é estabelecida por lei obrigatória ou por códigos profissionais. No entanto, cabe destacar a importância de se resistir à generalizada e equivocada caracterização dos meios alternativos de solução de conflitos como meros *informalismos*, posto que não os são, mas sim formalismos de forma breve (*short form formalism*)²¹, não são desprofissionalização, mas sim uma mudança na atuação dos profissionais.

Em essência, portanto, a visão comparativa das definições de mediação revela um amplo consenso em termos de (1) disputa, (2) natureza voluntária, (3)

¹⁹ FRAUENBERGER-PFEILER, Ulrike. *Mediation in Austria*. In ESPLUGLES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (Coord.). *Civil and Commercial Mediation in Europe. National Mediation Rules and Procedures*. Volume I. Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2013, p. 12.

²⁰ HOPT, Klaus J.. STEFFEK, Felix. *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*. In: HOPT, Klaus J.. STEFFEK, Felix (Coord.) *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 12.

²¹ Na visão de Marc Galanter, existem critérios quantitativos e qualitativos para se avaliar os meios alternativos de solução de conflitos, a partir do que denomina de argumentos de massa de produção (aptidão de um mecanismo de produzir mais com menos recursos), que admite quantificação do custo e do tempo, e argumentos quantitativos, que avaliam o meio de solução de conflito a partir do grau de satisfação das partes, do restabelecimento de relações continuadas, do nível de porosidade a norma sociais, do cumprimento espontâneo das soluções alcançadas, e assim por diante. Ressalta Galanter que a análise e aferição dos ganhos de qualidade têm recebido muito menos atenção do que os mais facilmente mensuráveis ganhos de produtividade. In: GALANTER, Marc. *Compared to what? Assessing the quality of Dispute Processing*. Denver University Law Review, v. 66, 1989, p. 11-14.

promoção sistemática de comunicação entre as partes e (4) resolução à qual as partes se responsabilizam e sobre a qual o mediador não tem poder de decisão. Estes quatro elementos são espelhados na definição mencionada logo no início desta seção.

1.2. Natureza privada

A afirmação de que a mediação tem natureza privada confirma-se pela aplicação constante do princípio da autonomia da vontade das partes durante todo o procedimento seguido pelos mediados. Na verdade, para que se inicie uma sessão de mediação, ambas as partes devem, antecipadamente, concordar que o conflito seja discutido e, eventualmente, resolvido por este meio. Uma vez iniciada a resolução da controvérsia através deste mecanismo, é possível, durante o procedimento, que qualquer das partes desista daquela ferramenta quando entender oportuno. O desenvolvimento da mediação dependerá sempre da participação voluntária das partes em um diálogo construtivo que poderá condizá-las ao acordo final. E a solução final do conflito será única e exclusivamente resultado da atuação dos mediados, que se concretizará através de um pacto firmado entre as partes. Por consequência, a autonomia da vontade das partes é a luz que ilumina todo o caminho da resolução de um conflito através da mediação.²²

Importante destacar que a natureza privada da mediação não se exclui mesmo quando o conflito a ser resolvido tiver caráter público, como nas controvérsias administrativas ou ambientais, pois estas também têm origem no consentimento das partes e terminam com um acordo pactuado entre elas. Ou seja, a natureza pública do conflito não elimina a autonomia da vontade das partes em nenhuma etapa da mediação, que mantém sua natureza consensual e privada. De fato, uma parte envolvida no conflito pode inclusive ser um organismo público ou uma entidade administrativa e, ainda assim, será necessário o consentimento de todas as partes com a realização da mediação e com a conclusão a ser firmada por todas elas através do acordo.

²² CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 138-139.

Por outro lado, a natureza privada da mediação também não se excetua quando a sua realização estiver vinculada a um sistema público. Nesta situação, a mediação desenvolve-se no âmbito de um serviço institucional e administrativo, que é responsável pela incorporação de mediadores, que serão colocados à disposição das partes quando forem solicitados, e pela gestão da disponibilidade ao cidadão desta via de administração da justiça.²³ Sem embargos, a existência de um serviço público não elimina a necessidade da concordância com a mediação, através da qual as partes consentem expressamente com a aplicação deste mecanismo de autocomposição. Em consequência, o próprio resultado do método mantém sua índole consensual e privada. Deste modo, a mediação tem natureza privada, ainda que esteja integrada a um serviço ou sistema público.²⁴

1.3. Finalidades

A mediação tem como objetivo precípuo permitir que as partes possam entabular uma comunicação eficiente ou restabelecer o diálogo rompido, com o intuito de identificar e discutir os pontos relevantes da controvérsia e poderem juntas construir uma solução consensual para o conflito estabelecido entre elas. Ao se estabelecer como finalidade a responsabilização dos protagonistas da controvérsia, é fundamental torná-los sujeitos capazes de elaborar, por eles mesmos, acordos factíveis e duradouros. O grande trunfo da mediação é, portanto, restaurar a capacidade do diálogo e implementar a comunicação, propiciando a pavimentação da almejada pacificação.²⁵ Portanto, antes de cogitar precipitadamente a extinção do conflito, o mediador deve procurar conduzir as partes ao suprimento das deficiências de comunicação existentes entre elas, pois a ideia é permitir que os próprios sujeitos do conflito possam superar o impasse, transformando o conflito existente em uma oportunidade de crescimento e mudança de atitude.²⁶

²³ BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. 1ª Edição. Madrid: Reus, 2009, p. 143.

²⁴ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 140.

²⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 222.

²⁶ Nesse sentido, destaca Juan Vezzulla que a filosofia da mediação é que as pessoas envolvidas num conflito são as que melhor sabem como resolvê-lo, sendo o mediador um profissional especialmente

No entanto, muitas vezes, até que cessem as tensões entre as partes, o restabelecimento da comunicação dificilmente ocorre de forma satisfatória, impossibilitando que os interessados estabeleçam um diálogo direto em virtude de fatores emocionais críticos, como rancor, insegurança ou desprezo. Portanto, imprescindível que a abordagem seja feita por um terceiro neutro, em tudo quanto dele se espera, porém ativo, tecnicamente capacitado²⁷, que imponha regras de comunicação para que esta se realize de forma eficiente, com atenção, clareza e aceitação do ponto de vista do outro²⁸, auxiliando as partes em conflito para que elas possam entabular uma comunicação produtiva na busca de uma solução satisfatória. Com isso, as partes têm a possibilidade de encontrar uma solução original para a controvérsia em que estão envolvidas, trabalhando em conjunto e tornando-se protagonistas da melhor decisão a ser tomada, substituindo o papel que geralmente lhes é imposto de meras espectadoras, como geralmente ocorre nas soluções adjudicadas.

Outra finalidade importante da mediação é a preservação do relacionamento entre as partes, com foco na necessidade de manutenção de boas relações entre elas mesmo após solucionado o conflito.²⁹ A mediação e outros métodos de interferência apaziguadora são reconhecidamente apropriados para a preservação do relacionamento entre os envolvidos no conflito, posto que, em virtude da interdependência nas relações sociais, renasce a necessidade de solução harmônica dos problemas, de modo a preservar as relações e a evitar novos conflitos.³⁰ Surgem daí situações em que a mediação gera resultados que, *“longe de serem de ‘segunda classe’, são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do*

treinado para auxiliar o diálogo entre elas, investigando a fundo os problemas reais e ajudando a criar e avaliar as opções de solução com critérios que assegurem aos mediados que o acordo resultante será justo, equitativo e durável. Cf. VEZZULA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2003, p. 87.

²⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos juízes*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS, nº 2, agosto/2004. Acesso http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63579/mediacao_acesso_justica_nova.pdf último acesso em 13.09.2016.

²⁸ VEZZULA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2003, p. 40-41.

²⁹ PRIETO, Tania. *Mediação no Brasil*. In: *Anais do Seminário sobre Métodos Alternativos de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro, Confederação do Comércio, 2001, p. 46.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 72

*processo contencioso*³¹, pois tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio conflituoso (ocorrido em uma relação complexa e permanente) apenas como uma perturbação temporária, e não como uma ruptura definitiva daquela. Além disso, o procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso e possibilita melhor conhecimento do ambiente em que o conflito surgiu.

Merece destacar que, na sociedade moderna, um número cada vez *maior* de ocasiões requer negociação; o conflito é uma *indústria* em crescimento. Todos querem participar das decisões que lhes afetam e um número cada vez *menor* de pessoas aceita decisões ditadas por outrem. As pessoas diferem e buscam a negociação para lidar com suas diferenças, seja nos negócios, no governo ou na família, as pessoas chegam à maioria das decisões através da negociação. Mesmo quando recorrem aos tribunais, quase sempre negociam, ou ao menos tentam negociar, um acordo antes do julgamento.³²

Por isso, facilitar a comunicação entre os envolvidos no conflito e garantir mais liberdade na discussão de suas avenças são contribuições para a construção de uma solução consensual, com a vantagem de tornar as partes mais propensas em cumprir voluntariamente o que foi acordado, bem como o almejado efeito de prevenir novos desentendimentos.³³

Desta forma, a mediação evita o acirramento da potencial litigiosidade e, através da restauração do diálogo entre os envolvidos, evita que outros conflitos venham a se instalar sem possível autocomposição dos opositores, cumprindo uma outra finalidade que é a prevenção de conflitos. Desde o instante em que as partes restauram uma comunicação eficaz, as divergências existentes entre elas passam a ser objeto de conversação, negociação e até de composição, passando os mediados a atuar como parceiros³⁴ e não como adversários, assumindo o protagonismo na

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n.74, p. 82-97, abril-junho. 1994, p. 90.

³² FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2005, p. 15.

³³ SALOMÃO, Luis Felipe. *O marco regulatório para a mediação no Brasil*. In: *Mediação*. Cadernos FGV Projetos n° 26. Ano 10, dezembro 2015, p. 30-36, p. 32.

³⁴ O Juiz brasileiro André Gomma Azevedo descreve a *parceiragem* como sendo “um processo de prevenção de disputa em que as duas partes envolvidas formam uma equipe ou sociedade para fim específico que trabalha em conjunto pelo alcance de objetivos em comum. Tem como finalidade evitar

condução da divergência que os aflige. Assim, a mediação revela-se como instrumento eficaz para que se evite a ocorrência do fenômeno da litigiosidade remanescente quanto àquela controvérsia, bem como a litigiosidade sobre pontos controvertidos relativos a outros potenciais impasses naquela ou em outras relações jurídicas.³⁵

Além disso, o estímulo à participação da comunidade na administração da justiça apresenta-se vantajoso em virtude de proporcionar maior celeridade e maior adesão da justiça à realidade social, além de ensejar maior credibilidade às instituições judiciárias e ao sentido pedagógico de sua administração, estimulando o senso de colaboração entre os indivíduos.³⁶ Merece lembrar que os procedimentos que estimulam a autocomposição são os métodos de solução de conflitos que mais se afeiçoam ao modelo de democracia pluralista prevista no art. 1º, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil.³⁷ Nesse contexto, a carta política nos impõe prestigiar, ao contrário do paternalismo na elaboração das leis, o estímulo a procedimentos como a negociação coletiva, o acordo coletivo, os acordos individuais, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Segundo nos informa J.J. Canotilho, ao escrever a respeito da procedimentalização e da processualização das atividades de direito público nos Estados Democráticos de Direito, “*a colaboração activa dos cidadãos em alguns procedimentos (ex: das associações sindicais na elaboração da legislação do trabalho), é um factor de democratização, não só porque assegura um pedaço de participação dos cidadãos nas tarefas constitucionais, mas também porque, através*

conflitos, resolvendo problemas antes que eles venham a se tornar disputas. É um trabalho de senso comum baseado na confiança entre as partes, que procuram ajudar um ao outro por meio de objetivos coincidentes em um time integrado. A equipe formada maximiza as habilidades e os recursos comuns das partes, maximizando, assim, as oportunidades. O resultado esperado é um ganha para cada parte que não poderia ter sido alcançado através da relação tradicional, na qual as partes vêem-se como adversárias. Oferece vantagens porque evita surpresas desagradáveis, promove uma melhoria contínua das resoluções obtidas e preserva a relação entre as partes, além de ser um processo de baixo custo e resultados rápidos”. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Glossário. Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. vol. 3, p. 308-309.

³⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 226.

³⁶ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; _____ (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 133.

³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] V – o pluralismo político*”.

*da adesão e do consenso dos interessados, se evitam formas autoritárias de poder”.*³⁸

Inquestionável que a participação do indivíduo na administração da coisa pública (em geral) e na administração da justiça (em particular) fortalece seu senso cívico e revela-se importantíssima para a credibilidade e para a eficiência das instituições.³⁹ A valorização do consenso pode resultar na concretização de vivências que propiciem o despontar de uma nova mentalidade, que será menos formalista, menos burocrática e mais atenta às demandas da cidadania.⁴⁰ A condução da mediação através da sua forma dialética promove a retirada das pessoas envolvidas no conflito da inércia e afasta qualquer pretensão ao costumeiro paternalismo do Estado, que passa a estimular que as próprias partes assumam a responsabilidade de alcançar, por si, a composição efetiva dos conflitos e possam colaborar para o alcance, com justiça, da pacificação social, que é a finalidade de todo método idôneo de composição de controvérsias.⁴¹

No entanto, a tarefa de pacificar não deve ser tomada de maneira simplista, posto que envolve o alcance de um estado de espírito humano, abrangendo aspectos que ultrapassam o campo jurídico e permeiam aspectos psicológicos e sociológicos. Neste aspecto, a mediação ultrapassa outros métodos de composição de conflitos, pois busca as causas do conflito para tentar sanar, ou ao menos minimizar, o sofrimento humano. Nas sessões de mediação, as partes tomam contato com diferentes aspectos da controvérsia e respondem a si mesmas e ao mediador perguntas relevantes sobre as origens do conflito e os destinos que pretendem dar a ele. Desta forma, pacificar revela-se como uma tarefa alcançável, desde que as técnicas mediadoras sejam bem empregadas entre interessados de boa-fé.⁴²

De modo diferente, na solução adjudicada, imposta por terceiro, havendo a

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 935.

³⁹ José Oliveira Baracho afirma que a democracia implica a participação dos cidadãos não só nos negócios públicos, mas também na realização de todos os direitos e garantias contemplados na Constituição e no ordenamento jurídico em geral. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 63.

⁴⁰ SADEK, Maria Teresa. *Judiciário: mudanças e reformas. Estudos avançados*, v. 18, n. 51, maio-agosto 2004, p. 96.

⁴¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 228.

⁴² *Ibidem*, p. 229.

marca da litigiosidade, o conflito que se pretendia solucionar pode acabar ainda mais açulado, afastando as partes cada vez mais da efetiva paz social. Ao cabo do processo, estabelecendo-se um vencedor e um vencido, a possibilidade de o derrotado não se submeter ao que lhe fora imposto é muito grande, o que compromete a finalidade precípua, que é a pacificação.⁴³

1.4. Princípios informadores da mediação

Para que a mediação seja considerada um meio integrado ao sistema de resolução de conflitos de um determinado ordenamento jurídico, e portanto uma forma de se aplicar justiça, impõe-se que sejam apresentados e analisados seus princípios informadores, que constituem os seus eixos de sustentação. Deste modo, não se pretende neste momento analisar todos os elementos caracterizadores da mediação, como a flexibilidade do procedimento ou a neutralidade e imparcialidade exigíveis do mediador, questões que serão abordadas posteriormente. A intenção, neste ponto, é refletir sobre os princípios que têm maior peso jurídico e que oferecem garantia de segurança e justiça às partes na solução do conflito existente entre elas por esta via, como são a voluntariedade, a confidencialidade e a igualdade entre as partes, que devem ser consideradas como as três condições *sine qua non* para que a mediação se realize e os resultados advindos dela sejam plenamente válidos.⁴⁴

⁴³ O Poder Judiciário, na forma tradicional como tem sido estruturado, é carente de instrumentos para lidar com a esfera afetiva e psíquica dos afetos e desejos e com a esfera psicossocial (papéis e funções) dos vínculos desfeitos. Neste aspecto é que a mediação pode dar sua melhor contribuição, pois vem resgatar o indivíduo e suas responsabilidades, além de ajudar a entender o sentido dos direitos e deveres em nível legal e sua tradução para a esfera das relações sociais. À medida que estas ficam mais claras para as partes, também se clarificam para o Estado, assim como as responsabilidades desta para com os indivíduos. A mediação serve para diminuir o descompasso entre o nível jurídico da distribuição de direitos e deveres, o nível sócio-psicológico dos papéis e funções, bem como o desequilíbrio econômico e psicológico dos afetos. Ao contribuir para a conscientização das partes, resta facilitada a execução dos acertos entabulados, diminuindo a distância entre a sentença e o que é negociado entre elas. Cf. DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. *A mediação no confronto entre direitos e deveres*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 62, mar. 2001, p. 62.

⁴⁴ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 169.

1.4.1. Princípio da voluntariedade

A mediação comporta um meio de resolução de conflitos baseado no diálogo entre as partes, com o objetivo de obter um acordo que ponha fim à disputa. Deste modo pode-se afirmar que a voluntariedade constitui uma condição *sine qua non* da mediação, na medida em que a ausência deste princípio tornaria inviável *ab initio* qualquer discussão em torno do conflito existente. Em realidade, ninguém pode ser obrigado a argumentar ou exprimir pontos de vista contra a sua vontade ou, em outras palavras, a obrigatoriedade do recurso à mediação poderia dar lugar ao silêncio das partes, que tornaria inviável qualquer discussão, e com ele qualquer opção para a solução do conflito de forma dialogada e através de um mútuo acordo.⁴⁵

Neste mesmo sentido pronuncia-se o *Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial*, que propõe no parágrafo 64 que “*poderia ser inútil obrigar alguém a participar num ADR contra a sua vontade, na medida em que o sucesso do processo depende dessa mesma vontade.*”⁴⁶

O princípio da voluntariedade afeta todo o procedimento de mediação, na medida em que não só está presente na decisão de submeter o conflito à resolução através deste método, mas também desde o momento em que qualquer das partes pode renunciar dito método em qualquer momento de suas fases e etapas, sem ter que apontar justificativa alguma e sem que a outra parte possa apresentar qualquer oposição.

A Diretiva 2008/52/CE, que será posteriormente analisada neste estudo, consagra o princípio da voluntariedade no seu art. 3, parágrafo “a”, ao se referir que a mediação é “*um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu*

⁴⁵ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 45.

⁴⁶ COM (2002) 196 final, de 19/04/2002. Texto oficial em Português do *Livro Verde* disponível no endereço eletrônico <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52002DC0196>, última consulta realizada em 02/09/2015.

litígio com a assistência de um mediador".⁴⁷ De igual modo, a voluntariedade está consagrada como princípio da mediação em diversos ordenamentos jurídicos, como em Portugal, por exemplo (art. 4.º da Lei 29/2013).⁴⁸

Importante estabelecer que o princípio da voluntariedade deve ser analisado sob quatro aspectos.⁴⁹ O *primeiro* deles, a liberdade de escolha deste método de solução de conflitos. As partes só se submetem à mediação se quiserem e a sua recusa não constitui violação alguma de obrigação processual. No *segundo* aspecto encontramos a liberdade de abandono da mediação, que se concretiza na possibilidade de as partes, a qualquer momento do procedimento, conjunta ou voluntariamente, abandonar a mediação em curso pela revogação do consentimento eventualmente prestado.

Em *terceiro* lugar, a voluntariedade encontra-se na conformação do acordo, que põe termo ao litígio e não é imposto por quem quer que seja, a não ser por liberdade das próprias partes, ou seja, dependerá única e exclusivamente da vontade das partes a modelação do consenso que põe fim ao conflito até então existente. Os mediados recebem plenos poderes para estabelecerem a solução que melhor lhes aprouver, ainda que não fosse aquela que por ventura seria adjudicada pelo julgador ao aplicar o ornamento jurídico vigente. As partes têm o poder de controlar o processo diretamente e não se submetem a um decisor externo nem

⁴⁷ Texto oficial em Português da Diretiva 2008/52/CE disponível no endereço eletrónico <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&rid=2>, última consulta realizada em 1.º/09/2015.

⁴⁸ Artigo 4.º "*Princípio da voluntariedade. 1 - O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento. 2 - Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento. 3 - A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.*" Como podemos observar, legislador português repudiou a denominada *mediação obrigatória*, determinando o princípio da voluntariedade como estruturante deste método de resolução de litígios, aliás na senda da proposta do legislador comunitário. A importância deste princípio é destacada no direito português, o que ressalta do fato de o legislador o ter incluído na própria noção de mediação, nos termos da alínea *a* do art. 2.º da mencionada lei. Cf. LOPES, Dulce. PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina, 2014, p.26.

⁴⁹ A doutrina geralmente não identifica separadamente o quarto aspecto – a liberdade de escolha do mediador (cfr. CEBOLA, Cátia Marques. *Resolução Extrajudicial de Litígios: um novo caminho, a costumada justiça*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 98). Por outro lado, para Roberta Pacheco, a voluntariedade agrupa-se em somente duas dimensões: a liberdade de estar na mediação e a liberdade de decidir como resolver o conflito (PACHECO, Roberta. *A mediação de conflitos no direito civil: instrumento eficaz de acesso à justiça e pacificação social*. Coimbra: Coimbra, 2011, p.53).

envolto em trâmites e linguagem inacessíveis.⁵⁰

Por fim, o *quarto* aspecto do princípio da voluntariedade estabelece-se na liberdade de escolha da pessoa que irá conduzir o procedimento, no caso o mediador, que contrasta com o modo clássico de resolução de conflitos, em que a solução é delegada a um terceiro por força do princípio do Juiz natural.⁵¹

Evidencia-se, portanto, que a voluntariedade é que torna a mediação especialmente atrativa para as partes, posto que elas controlam todo o procedimento, assumindo a responsabilidade pessoal de solucionar o conflito em se viram envolvidas. Por consequência, o princípio da voluntariedade não se estabelece como um substituto dos tribunais, mas como uma via complementar à jurisdição.⁵²

Porém, verifica-se uma tendência de alguns ordenamentos jurídicos para que restrinjam a exigência da voluntariedade somente à obtenção do acordo, consagrando sistemas obrigatórios de mediação em que as partes são forçadas a se submeterem a este método com caráter prévio ao seu acesso aos tribunais ou a arbitragem.⁵³

Uma das previsões pioneiras nesta matéria pode ser constatada na Argentina quando, em 1995, foi aprovada a mediação obrigatória pela Lei nº 24.573, no âmbito do processo civil e mercantil, mantida posteriormente pela Lei nº 26.589 de Mediação e Conciliação, promulgada em 3.5.2010, que estabelece com caráter obrigatório a mediação prévia a todo processo judicial, salvo as exceções expressamente contempladas em seu art. 5º. Prevê ainda no art. 28 que a parte que deixar de comparecer à mediação sem justificação pague uma multa cujo montante será equivalente a 5% (cinco por cento) do subsídio básico de um Juiz nacional de primeira instância.⁵⁴

⁵⁰ Mariana França Gouveia traduz este aspecto como *empowerment* (atribuição de plenos poderes à parte) intitulando-o como a principal característica da mediação. In: GOUVEIA, Mariana França. *Resolução Alternativa de Litígios: relatório sobre o programa , os conteúdos e os métodos do seu ensino teórico e prático*. Lisboa, 2008, p. 37.

⁵¹ LOPES, Dulce. PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 29.

⁵² *Idem*.

⁵³ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 170.

⁵⁴ Lei nº 26.589, promulgada através do Decreto Nacional nº 619/2010 e publicada no Boletim Oficial de 6 de maio de 2010: “**ARTICULO 1º** — *Objeto*. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se registrá por las disposiciones de la presente ley. Este

Ante a previsão de sistemas obrigatórios de mediação, apresentam-se dois questionamentos cruciais. Primeiro, se aqueles sistemas podem ser admitidos constitucionalmente atendendo ao direito à tutela judicial efetiva. Segundo, se a resposta à primeira questão for positiva, haverá necessidade de se avaliar a oportunidade de tais sistemas, questionando se a obrigatoriedade será necessária ou, ao contrário, contraproducente.

Quando analisamos eventuais cláusulas de mediação estabelecidas em contratos, referimo-nos à obrigatoriedade contratual de se recorrer à mediação previamente à arbitragem ou aos tribunais. Nesta vertente, o princípio da autonomia privada é aplicado, posto que as partes acordam voluntariamente sobre a inserção da cláusula de mediação dentre as suas obrigações recíprocas, tendo que se submeter a ela. Deve-se considerar também que, no âmbito dos contratos de adesão ou nas condições gerais, tais cláusulas devem respeitar a legislação aplicável à matéria, precisamente porque o princípio da voluntariedade sofre limitações nestas formas especiais de contratação.⁵⁵ O que se discute neste momento é a imposição legal ou judicial da realização da mediação toda vez que se retira a voluntariedade para aceitar resolver o conflito através deste mecanismo.

procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. **ARTICULO 2º** — *Requisito de admisión de la demanda.* Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente. (...) **ARTICULO 4º** — *Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.* Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5º de la presente ley. **ARTICULO 5º** — *Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.* El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos: *a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; l) Procesos voluntarios.* (...) **ARTICULO 28.** — *Conclusión de la mediación por incomparecencia de las partes.* Si el proceso de mediación concluye por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El reclamante queda habilitado para iniciar el proceso judicial, a cuyo fin acompañará su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La parte incompareciente deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria. Disponible em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>, último acceso em 1º/09/2015.

⁵⁵ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.172.

Desta forma, o que se pretende não é estabelecer se a Constituição exclui ou não a aplicação de métodos extrajudiciais, mas se aceita que a lei estabeleça a mediação como requisito pré-processual para o acesso ao tribunal judicial, quer dizer, somente poderão acessar a via judicial uma vez que as partes tenham tentado previamente resolver o conflito através da mediação. Para a Professora Paula Costa e Silva *“as constituições (que) prevêm um direito de acesso aos tribunais não estão, necessariamente, a consagrar um direito de acesso imediato aos tribunais. Ora, se a limitação imposta puder ser considerada justificável atendendo às finalidades que lhe presidem e não implicar uma desvantagem desproporcional para as partes, estará salvaguardada a sua conformidade com aqueles textos.”*⁵⁶

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH⁵⁷, por exemplo, afirmou em várias ocasiões que o direito de acesso à justiça não tem caráter absoluto, podendo sofrer limitações, toda vez que a sua própria natureza exigir regulamentação pelos Estados, a qual pode variar em função do tempo e do lugar ou com fundamento nas necessidades e recursos da comunidade e dos indivíduos. Tais restrições não poderão privar totalmente o particular de acessar o tribunal e, por outro lado, somente serão consideradas válidas se perseguirem objetivos legítimos e forem proporcionais à realização deste objetivos.⁵⁸ Por sua vez, o Tribunal de Justiça da União Europeia, ao decidir o caso *Alassini et al. vs. Telecom Italia*, em 18 de março de 2010, considerou que os princípios de equivalência e efetividade, assim como o direito à tutela judicial efetiva, não impediam os Estados Membros de estabelecer procedimentos prévios para solução do conflito fora do âmbito dos tribunais, sempre que o resultado não fosse obrigatório e o estabelecimento não ocasionasse atrasos processuais ou custos excessivos.⁵⁹

⁵⁶ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 71.

⁵⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: criado pelo Conselho da Europa para garantir o respeito pelos direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁵⁸ Neste sentido, faz-se referência à sentença do TEDH de 1º de março de 2002, relativa ao caso *Kutic vs. Croatia*, Application nº 48778/99, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-II.pdf, último acesso em 30 de julho de 2016.

⁵⁹ Neste caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisava o art. 34 da Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu, relativa ao serviço universal e os direitos dos usuários em relação às redes e serviços de comunicação eletrônica e a possibilidade de que a legislação nacional estabeleça procedimentos de resolução de conflitos como condição prévia para acesso ao tribunal judicial, tendo declarado que: *“Os princípios da equivalência e da efetividade, bem como o princípio da protecção jurisdicional efectiva, não se opõem a uma legislação nacional que impõe que os litígios em matéria de*

Portanto, o estabelecimento da obrigatoriedade de tentativa de solução de conflito antes de submetê-lo à análise judicial, por si só, não feriria o princípio constitucional de acesso à justiça. Contudo, imprescindível avaliarmos a oportunidade ou necessidade de se consagrar estes sistemas obrigatórios.

A favor da mediação obrigatória invocam-se como argumentos: 1) a eficiência, por desafogar os tribunais; 2) a promoção entre advogados, que muitas vezes criticam o mecanismo sem mesmo utiliza-lo, e 3) a aplicação pelos cidadãos, que equivocadamente consideram o procedimento como uma demonstração de fragilidade da sua pretensão, ao pensarem que estão indicando à parte contrária que a sua causa ou direito não é sólido.⁶⁰ É comum a ideia defendida pelos partidários da mediação obrigatória de que este sistema é um expediente temporal, somente implementado para difundir-lo entre os cidadãos até que eles interiorizem esta nova forma de solução de conflitos e, a partir deste momento, cessar a obrigatoriedade de sua aplicação.⁶¹

serviços de comunicações electrónicas entre os utilizadores finais e os prestadores desses serviços, respeitantes a direitos conferidos pela Directiva 2002/22, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal), sejam antecedidos de um processo de conciliação extrajudicial, desde que esse processo não conduza a uma decisão vinculativa para as partes, não implique um atraso substancial para efeitos da propositura de uma acção judicial, suspenda a prescrição dos direitos em questão e não gere custos, ou gere custos muito baixos, para as partes, contanto que a via electrónica não constitua o único meio de acesso ao referido processo de conciliação e que seja possível aplicar medidas cautelares nos casos excepcionais que as exijam em função da urgência da situação. É verdade que, ao fazer depender a admissibilidade de acções judiciais propostas em matéria de serviços de comunicações electrónicas da realização de uma tentativa obrigatória de conciliação, tal legislação introduz uma etapa adicional para o acesso ao tribunal. Este pressuposto poderá afectar o princípio da protecção jurisdicional efectiva, reafirmado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Todavia, os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas, mas podem comportar restrições, na condição de que estas correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral prosseguidos pela medida em causa e não constituam, à luz da finalidade prosseguida, uma intervenção desmedida e intolerável que atente contra a própria substância dos direitos assim garantidos. A este respeito, uma vez que a legislação nacional visa uma resolução mais rápida e pouco dispendiosa de litígios em matéria de comunicações electrónicas, bem como o descongestionamento dos tribunais, ela prossegue, consequentemente, objectivos legítimos de interesse geral. Em seguida, a imposição de um tal procedimento de resolução extrajudicial não é, à luz das suas regras precisas de funcionamento, já referidas, desproporcionada em relação aos objectivos prosseguidos, uma vez que, por um lado, não existe uma alternativa menos gravosa a um procedimento obrigatório, dado que a introdução de um procedimento de resolução extrajudicial meramente facultativo não constitui um meio tão eficiente para atingir os referidos objectivos, e que, por outro, não há uma desproporção manifesta entre esses objectivos e os eventuais inconvenientes causados pelo carácter obrigatório do processo de conciliação extrajudicial. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-II.pdf, último acesso em 04 de agosto de 2016.

⁶⁰ REUBEN, R. C.. *Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation*. Dispute Resolution Magazine, vol. 13, número 2, 2007, p. 13.

⁶¹ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 46.

Opondo-se aos sistemas de mediação obrigatória, apontam-se diversos fatores, dentre eles: 1) a interferência ao direito à tutela judicial efetiva; 2) a contradição à natureza voluntária do instituto; 3) as dificuldades metodológicas ante as relações de poder e desequilíbrio, e 4) a ocultação de conflitos da esfera pública, que poderá limitar a participação dos cidadãos na administração da justiça.⁶²

Há os que postulam que a tendência para implementar sistemas de mediação obrigatória não é defensável, devendo existir somente em casos excepcionalíssimos. Nesta vertente, a mediação mandatária só poderia ser estabelecida: 1) nos casos conflitos apropriados, principalmente quando estiverem baseados nos interesses das partes e não tanto sobre o direito aplicável ao caso; 2) quando as relações de poder estiverem em equilíbrio, e 3) para superar barreiras na aplicação da mediação.⁶³ Há, ainda, por outro lado, os que consideram que os sistemas de mediação obrigatória podem exigir unicamente a participação das partes no procedimento, sendo vedado compelir em nenhum momento que os mediados obtenham um acordo.⁶⁴

Nossa postura, no entanto, decanta-se contrária a qualquer obrigatoriedade de aplicação da mediação, pois a natureza consensual inerente ao instituto deve ser escrupulosamente observada. O eventual acordo poderá ser inutilizado se as partes não se sentirem em um ambiente totalmente livre, podendo fazer fracassar a mediação. Evidentemente, não existem, nem existirão, dados totalmente confiáveis relativos aos efeitos da obrigatoriedade sobre as partes, porém a simples possibilidade de que pode dar lugar a efeitos negativos já deveria ser suficiente para que não se desvirtue o melhor ativo da mediação, que é precisamente o seu caráter voluntário.

Por isso, não nos parecem adequados os sistemas de obrigatoriedade-sanção como o existente na Argentina, com aplicação de multa, ou na Inglaterra, com a possibilidade de condenação da parte ao pagamento de custas por rechaçar

⁶² REUBEN, R. C.. *Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation*. *Dispute Resolution Magazine*, vol. 13, número 2, 2007, p. 13-14.

⁶³ NELLE, A. *Making Mediation Mandatory: a proposed framework*. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 7, número 2, 1992, p. 287-313.

⁶⁴ SANDER, F.. *The Future of ADR*. *Journal of Dispute Resolution*, número 1, 200, p. 7-8.

a mediação.⁶⁵ Destarte, concluímos que a natureza voluntária da mediação é essencial para seu êxito, não devendo ceder à tentação de uma interpretação mais rápida pela via de sua obrigatoriedade. Por isso, não se deve considerar adequado qualquer sistema no qual as partes sofram consequências por não participarem no momento em que tiverem que optar pela mediação. Deve-se admitir, unicamente, que o Juiz ou a lei consagrem a possibilidade de sugerir ou induzir a utilização daquele procedimento, permanecendo nas mãos da partes a última decisão sobre a aplicação em concreto da mediação.

1.4.2. Princípio da confidencialidade

O princípio da confidencialidade propugna-se como condição de efetividade e eficácia da mediação, pois as partes somente sentirão liberdade para divulgar informações ao mediador se estiverem protegidas pelo segredo das declarações produzidas nas sessões realizadas. A inexistência da confidencialidade inerente à mediação manteria os mediados sujeitos a suas posições e contribuiria para a adoção de uma estratégia de ocultar informações à outra parte e ao mediador, comportamento que conseqüentemente dificultaria a obtenção de um acordo. Por outro lado, a confidencialidade é também essencial para a integridade do papel do mediador e sua neutralidade, pois conserva o clima de confiança que deve ser estabelecido entre as partes e o mediador.⁶⁶

A importância do princípio da confidencialidade está consagrada e concretizada através da previsão em diversas normas legais que regulamentam a mediação pelo mundo, que prescrevem que o mediador e as pessoas diretamente envolvidas no procedimento não estão obrigadas a declarar em um processo judicial sobre as informações derivadas de um procedimento de mediação ou relacionada com referido procedimento.

⁶⁵ A mesma realidade se verifica em Portugal no Código de Processo Civil de 2013 que em seu art. 533º parágrafo 4 (correspondente, sem alterações, ao anterior artigo 447º, parágrafo 4, "d") estabelece que se o autor, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, optar diretamente aos tribunais suportará a custas de parte (não do processo), independentemente do resultado da ação, exceto se a parte contrária tiver inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio.

⁶⁶ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 180.

Curioso anotar que algumas leis inerentes à mediação, excepcionalmente, por redação equivocada, não evidenciam que as partes e o mediador estão obrigadas a guardar segredo, mas somente consagram que aquelas pessoas não podem ser obrigadas a revelar o conteúdo das sessões. Nestes casos, no entanto, apesar da redação equivocada, parece-nos que aquelas leis indubitavelmente consagram um dever de confidencialidade, e não apenas um privilégio ou direito de não revelar a informação abordada ou conhecida, posto que em sua maioria prevêem que as partes podem estipular no acordo ou através de prévia autorização a divulgação de feitos ou informações oriundas da sessão de mediação.

A confidencialidade, no entanto, não requer um conjunto obrigatório abrangente de regras estatutárias. Inicialmente, não há razão alguma para que as partes sejam proibidas de dispensar as regras de confidencialidade, uma vez que são as únicas que devem ser protegidas e, conseqüentemente, devem ser capazes de renunciar a essa proteção. Além disso, as partes podem proteger-se através do uso do direito comum nos contratos. Contudo, há ao menos duas boas razões para a fixação de regras estatutárias de confidencialidade. Em *primeiro* lugar, a regulação estatal é necessária quando as partes não são capazes de estabelecer a confidencialidade desejada por meio de contrato. Isto diz respeito, por exemplo, às regras de direito processual que não estão abertas à contratação, tais como as regras sobre a admissibilidade de provas. Em *segundo* lugar, as regras legais de confidencialidade são necessárias para os casos em que as partes raramente renunciam a confidencialidade *ex ante*, tais como o dever de confidencialidade do mediador. Nesses casos, as regras que são obrigatórias para terceiros (por exemplo, o mediador), mas não são obrigatórias para as partes podem ajudar a reduzir os custos de transação, desde que não sejam superprotetoras.⁶⁷

Quando analisarmos o panorama da mediação na Europa, com destaque para a recente legislação portuguesa, assim como também no Brasil, tornar-se-á evidente que a confidencialidade constitui uma preocupação comum nos diferentes ordenamentos jurídicos, considerando sua importância capital na efetividade deste mecanismo e na construção de um imprescindível ambiente de confiança entre as partes e o mediador. Estas tentativas deveriam sempre vir reforçadas com a

⁶⁷ HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix. *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*. In: HOPT, Klaus J., STEFFEK, Felix (Coord.) *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 49.

previsão legal expressa de aplicação de multas às partes ou outros intervenientes na mediação que porventura descumpram este dever, para que não haja dúvidas ou diferenças a respeito das consequências da divulgação das informações.⁶⁸ Ao que diz respeito ao mediador, caso haja um registro profissional de mediadores ou uma entidade de fiscalização da atividade destes profissionais, deveria regular-se como sanção disciplinar a violação do dever de confidencialidade, podendo chegar inclusive, nos casos mais graves ou devido ao descumprimento reiterado, à proibição do exercício como mediador.⁶⁹

1.4.3. Princípio da igualdade entre as partes e equidade

Ao contrário da confidencialidade, que é uma constante quando se trata de normatização relativa à mediação, as leis de mediação frequentemente omitem a previsão expressa e concreta da igualdade e equidade entre as partes.⁷⁰ Por esta razão, impõe-se analisar as condições de igualdade, prévias e durante as sessões de mediação, que devem ser consideradas indispensáveis para que se alcance um acordo final e este seja construído pelas partes de forma justa, equitativa e sem nenhum tipo de coação, posto que, se a influência de cada parte na construção da solução não igual ou se uma parte tiver a habilidade de impor à outra uma solução insatisfatória, o acordo não subsistirá ao tempo ou a solução imposta resultará na

⁶⁸ Na Áustria, o art. 18 da Lei de Mediação (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I 2003/29*) estabelece a confidencialidade do mediador e das pessoas que trabalham sob a direção dele, as quais devem manter segredo sobre as informações aportadas e qualquer documento ao qual tenham tido acesso. Para que este dever seja efetivo, a Lei da Mediação modificou os Códigos de Processo Penal e Processo Civil austríacos. Assim, de acordo com o art. 320, parágrafo 4, do Código de Processo Penal, o mediador está impedido de ser testemunha em procedimentos penais e, atendendo ao art. 152 do Código de Processo Civil, o mediador poderá escolher se deseja declarar como testemunha ou não, sendo analisada *ex officio* esta dispensa do dever. O mediador registrado que viole o dever de confidencialidade poderá incorrer em responsabilidade criminal se vulnerar legítimos interesses privados de uma pessoa, podendo ser aplicada pena de prisão de até seis meses ou uma pena de multa de 360 dias (art. 31, parágrafo 1º, da Lei de Mediação austríaca). Porém, se os legítimos interesses privados ou públicos justificarem a divulgação de informações confidenciais, o mediador poderá testemunhar (art. 31, parágrafo 2º, da mencionada lei). *Cfr.* KNÖTZL, B.; ZACH, E.. *Taking the best from mediation regulations*. Arbitration International, vol. 23, número 4, 2007, p. 673.

⁶⁹ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 185.

⁷⁰ A Diretiva 2008/52/CE não se pronunciou sobre este princípio, fazendo apenas uma única referência genérica no *Considerando* 18 remetendo a outras Recomendações da Comissão referentes à defesa do consumidor, no entanto sem traduzir expressamente disposição alguma no que diz respeito a este assunto.

renovação do conflito posteriormente.⁷¹

Não se pretende aqui analisar a igualdade ao nível do acordo final obtido através da mediação, posto que são as partes, produtoras do seu conteúdo, as únicas capazes de fazerem esta avaliação. O mais importante é garantir um ambiente propício, no qual as partes possam se sentir livres, para que o palco da mediação seja a tradução real da vontade delas e por isso deve-se considerar a igualdade entre as partes um princípio fundamental que se deve manter e garantir do início ao fim do procedimento de mediação.

Na doutrina norteamericana, este tema é analisado sob a designação *power imbalance of fairness*⁷² e a este respeito apontam-se, dentre outros, como fatores de desequilíbrio ou desigualdade entre as partes: 1) o diferente acesso a ajuda, orientação ou assistência legal; 2) maior disponibilidade para esperar pela decisão do conflito; 3) vulnerabilidade à exposição pública, e 4) maior capacidade de negociação de uma parte em relação a outra.⁷³

Analisando os fatores acima indicados, podemos perceber que não são específicos da mediação e podem ser observados também em qualquer processo judicial ou arbitral. Deste modo, em relação ao *primeiro* fator indicado, grandes empresas ou partes com maior poder econômico tendem a contratar os serviços de advogados mais reconhecidos e, ao contrário, partes com dificuldades econômicas tendem, na maioria das vezes, a recorrer aos defensores públicos. Esta é uma realidade que nenhum Juiz ou Tribunal é capaz de controlar. Contudo, no âmbito da mediação, este fator pode ter maior impacto, posto que o caráter personalíssimo da mediação sugere que as partes estejam obrigatoriamente presentes às sessões, não podendo estar representadas nem requerer assessoramento por advogado. Portanto, pode-se verificar situações em que apenas uma parte esteja acompanhada por advogado e a outra esteja sozinha diante do mediador. O ideal seria estabelecer que se uma parte estiver acompanhada por advogado e a outra não, a parte sem assessoramento poderá recusar a participação naquela sessão de mediação e que o mediador deverá sempre perguntar à parte que comparece sem

⁷¹ MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003, p. 71-72.

⁷² Tradução livre do Inglês: desequilíbrio do poder de equidade.

⁷³ GOLDBERG, S. B.; SANDER, F.; ROGERS, N. H.; COLE, S. R.. *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and other processes*, 5^a ed. New York: Aspen Publishers: 2007, p. 160.

assessoramento se não pretende solicitar a participação de um advogado para orientá-la.⁷⁴ Com isto, poder-se-ia garantir que as partes tenham as mesmas oportunidades para a construção da solução mais adequada e justa.

No que se refere à maior disponibilidade para aguardar a decisão do conflito e a vulnerabilidade à exposição pública, percebe-se que estes fatores curiosamente surgem com maior incidência nas grandes empresas com poder econômico, que preferem resolver o conflito por mediação, de modo confidencial e de forma mais rápida, tendo em vista que os inconvenientes de um processo judicial longo são enormes. Em termos legais, é impossível mitigar esta pressão. Por estas razões, o mediador é quem terá que avaliar se a pressão para obter um acordo terá influência no pacto final, contribuindo com técnicas metodológicas para que ambas as partes se sintam livres ou que esta pressão não interfira no resultado final.⁷⁵

Da mesma forma, em relação à maior capacidade de negociação de uma parte sobre a outra, terá que ser o mediador o responsável em empregar as ferramentas necessárias para neutralizar o poder da retórica, conferindo a ambas as partes o mesmo de exposição dos seus pontos de vista e contribuindo para que os mediados exponham suas posições em igualdade de forma e condições.

O ponto nevrálgico e crítico do princípio da igualdade na mediação é, sem embargo, o *power imbalance* nas relações entre mediados ou relações em desequilíbrio. Ou seja, as situações em que uma parte exerce influência ou pressão sobre a outra e com isto afeta a liberdade desta de negociar e, conseqüentemente, o seu poder de transigir, omitindo suas verdadeiras opiniões ou se negando a reivindicar seus legítimos direitos e interesses. Em termos genéricos, são consideradas em desequilíbrio as relações entre pais e filhos, entre marido e mulher, entre empregador e empregado ou entre vítima e agressor. Desta forma, há

⁷⁴ O *Tribunal de Oklahoma* estabeleceu como regra que se uma parte estiver acompanhada por advogado e a outra não, a parte sem assessoramento poderá recusar participar da mediação. *Cfr. Oklahoma Supreme Court Rules and Procedures for Dispute Resolution Act, "Rule 10: Rules of Conduct for Outside Parties Attending Mediation Hearing [...]: 2. The party without an assisting person present must consent to allowing the other person's assisting party in the mediation session, or be given an opportunity to secure his/her own assisting party to be present during the mediation session. 3. If a party who is without an assisting party refuses to participate in mediation due to the presence of another's assisting party, no mediation session will be conducted."* Disponível em <http://www.oscn.net/applications/oscn/DeliverDocument.asp?CiteID=94847>, último acesso em 30 de setembro de 2015.

⁷⁵ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 187-188.

nestas relações uma conexão emocional e psicológica que poderá afetar o equilíbrio de forças entre as partes. É com base nesta desigualdade entre os mediados que alguns autores entendem que a mediação não se deve aplicar nos casos de violência de gênero.⁷⁶

No entanto, não é possível determinar em abstrato as relações em desequilíbrio, tendo em vista que o *imbalance* entre os mediados poderá ser provocado por diversos fatores e não somente pela existência de uma conexão emocional entre as partes. Não se pode afirmar, portanto, que somente na violência de gênero há desequilíbrios de poder insuperáveis, posto que, em abstrato, em todos os crimes há uma certa propensão para que a vítima seja considerada a parte mais frágil ou débil e, ainda assim, a mediação em matéria penal é uma realidade tangível e em expansão.

Por tais razões, não se deve considerar que a solução passa pela proibição *ab initio* e em abstrato da mediação em determinados casos. O que o legislador deverá exigir e consagrar legalmente é que as partes não sejam coagidas de forma alguma a participar da mediação e, se durante a sessão, se sentirem em situação de inferioridade, deverão desistir deste método de resolução de conflitos. O primeiro pilar da igualdade é a voluntariedade de participar na mediação. Por isso, já fundamentamos alhures contra os sistemas obrigatórios de mediação. Desta forma, o princípio da voluntariedade garantirá que as partes desistam do procedimento sempre que considerarem que não existem condições de equilíbrio com o outro mediado.

Por outro lado, o mediador desempenhará um papel fundamental no controle do princípio da igualdade. Desde logo, este profissional deverá utilizar suas estratégias e técnicas para controlar eventual superioridade de uma parte frente à outra. Neste sentido, a formação e treinamento do mediador é essencial para que ele se capacite no emprego das técnicas necessárias para que possa solucionar situações de superioridade de uma parte sobre a outra, situação que pode acontecer com frequência, pois a negociação está presente em qualquer mediação.⁷⁷

⁷⁶ DIZ, Fernando Martin. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. 1ª ed. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 69.

⁷⁷ BROWN, H.; MARRIOT, A. *ADR: principles and practices*, 2ª edição. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 465.

Contudo, apesar da aplicação do trabalho e das técnicas, se o mediador considerar que o *power imbalance* é tão acentuado que não pode ser debelado e a mediação não pode prosseguir de modo justo e efetivo, deverá terminar com a sessão invocando precisamente a falta de condições para seu desenvolvimento.⁷⁸ Neste sentido, o legislador deve contemplar expressamente o dever ético do mediador de terminar a sessão se considerar que as partes estão em desequilíbrio de poder insuperável⁷⁹. Ou, por outro lado, as leis de mediação deverão regular o dever do mediador em terminar a sessão sempre que considerar que as condições de igualdade não estão sendo cumpridas. Incumbirá ao mediador, portanto, o papel fundamental na prevenção e respeito da igualdade das partes e ao legislador estabelece-lo como dever profissional.⁸⁰

Por fim, concluímos que o princípio da igualdade entre as partes deve ser considerado como princípio cardinal da mediação, estabelecendo que: 1) todas as partes envolvidas no conflito têm direito a todas as informações relativas à mediação, concretamente ao direito de aceitar ou não a solução negociada, assim como o poder de desistir do procedimento e poder buscar o sistema judicial; 2) todas as partes têm o direito de expressar livremente seus pontos de vista e opiniões, respeitando o princípio da colaboração; 3) todas as partes têm o direito de ser assessoradas por advogado, podendo recusar a participação na mediação se não tiverem assessoramento, e 4) o mediador deverá das por concluída a mediação sempre que considerar que o desequilíbrio de poder (*power imbalance*) entre as partes é insuperável. Desta forma, garante-se a igualdade do nível de informação e de participação na mediação, contribuindo decisivamente para a adoção da liberdade e eficiência desde o início até o encerramento do procedimento.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ Como podemos verificar no art. 6 da *Ley de Mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña* (Ley 15/2009, de 22 de julio): “Artículo 6. Imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora 1. La persona mediadora ejerce su función con imparcialidad y neutralidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es preciso, debe interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia. En todo caso, se debe interrumpir o, si procede, paralizar el inicio de la mediación familiar, si está implicada una mujer que ha sufrido o sufre cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja o en el ámbito familiar objeto de la mediación.” Disponível em <https://www.gencat.cat/eadop/imagenes/5432/09202029.pdf>, último acesso em 15 de outubro de 2015.

⁸⁰ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 189.

1.5. O Mediador

Sem se esquecer da importância das partes em qualquer conflito, o mediador, este novo profissional que luta para encontrar seu lugar no leque de profissões jurídicas, é uma figura única e característica da mediação, distinta do juiz e do árbitro, que pode recorrer a numerosas ferramentas para mudar, inverter ou escolher diferentes vias, dependendo de suas opções e metodologias, para auxiliar as partes a encontrarem a melhor solução para a controvérsia que as aflige. O domínio destas técnicas é essencial para o êxito do trabalho do mediador, pois suas aplicações dependerão do caso concreto e de suas opções concretas. O mediador será o motor propulsor da mediação e o elemento sem o qual não se produzirá a aplicação deste mecanismo, que consideramos integrado ao sistema de solução de conflitos nos atuais ordenamentos jurídicos.

Sem embargos, não podemos afirmar categoricamente a existência de uma profissão de mediador, pois na maioria das vezes tais profissionais vêm de outras áreas do conhecimento, com grau de licenciatura ou bacharelado, e que tiveram formação complementar em mediação⁸¹. Este panorama estende-se pelo Brasil e Portugal, onde dificilmente encontramos na atualidade profissionais que se dediquem exclusivamente à atividade de mediador.

Esta realidade é consequência da juventude aplicativa da mediação, assim como também da ausência de um estatuto geral dos mediadores. Em verdade, a própria qualidade e credibilidade da mediação exigem a promulgação de um *Estatuto do Mediador*. As partes mediadas confiariam mais em um profissional que tivesse formação adequada para o exercício da atividade e, principalmente, que pudesse ser responsabilizado por condutas profissionais negligentes. A inexistência de um regramento que regule de forma corporativa o exercício da mediação como profissão jurídica livre⁸² resulta também da inexistência de um colégio profissional que agrupe os mediadores de um país em uma corporação responsável pelo ordenamento do exercício da profissão, da representação exclusiva dela, do controle deontológico e da aplicação de um regime disciplinar

⁸¹ CARRASCO, M. Blanco. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2009, p. 179.

⁸² DIZ, Fernando Martin. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. 1ª ed. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 69.

em garantia das partes e dos cidadãos, que garantisse a independência e a vigência de valores básicos da profissão, assim como a exigência de formação profissional permanente dos mediadores.

O estabelecimento dos requisitos e condições para o exercício individual da profissão de mediador é fundamental, pois o êxito e a credibilidade da mediação, como ocorrem em outras profissões, jurídicas ou não, são determinados em grande medida pela adequada formação e acesso à profissão dos que a desempenham.⁸³ Os riscos de se permitir que mediadores sem prática, treinamento ou formação exerçam a mediação são inumeráveis, podendo induzir desde a insatisfação do público até a generalização da ideia de que a mediação corresponderia a uma justiça de segunda classe.⁸⁴ No entanto, a determinação de requisitos e condições para o exercício da atividade de mediador deve ficar em uma linha tênue entre não excluir as pessoas com talento natural e proteger os cidadãos de práticas profissionais inadequadas. Desta forma, impõe-se predefinir normativamente alguns requisitos para o exercício da atividade de mediação suscetíveis de estabelecer em abstrato parâmetros mínimos de atuação dos mediadores.

Importante esclarecer que não nos referimos às capacidades naturais e habilidades práticas inerentes ao mediador e necessárias às exigências metodológicas da mediação, as quais poderão ser desenvolvidas e avaliadas em cursos específicos sobre esta temática.⁸⁵ O que se pretende são as condições mínimas de acesso à atividade de mediador que deverão ser estabelecidas legalmente, com a certificação concreta da formação dos mediadores, que significará deste modo o procedimento através do qual uma instituição, governamental ou administrativa, constata formal e oficialmente que um mediador ou um serviço de mediação cumpre os requisitos mínimos requeridos para o exercício da atividade.

Portanto, é adequado que o mediador tenha formação genérica em mediação e, além disso, especialização nos diversos ramos deste método para

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 230.

⁸⁵ Analisando os critérios para que uma pessoa possa receber treinamento e formação em mediação, *vid.* MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003, p. 450-462.

poder exercer a mediação familiar, trabalhista, penal ou outra.⁸⁶ No que se refere aos cursos de formação, imprescindível a homologação por um órgão estatal que assegure a verificação de critérios mínimos de qualidade pedagógica, como número de horas de formação, programa curricular ou formação de professores, importante para uniformizar a formação dos mediadores em todo país. Por outro lado, além de curso de formação em mediação, parece-nos adequado que os mediadores realizem também estágio prático, para que possam aplicar e exercitar os conhecimentos teóricos adquiridos, além de desenvolverem maturidade e experiência.

No entanto, por nos parecer simplista, não seria adequado sustentar que as partes chegam à autocomposição após a participação do mediador como mero facilitador ou como terceiro, que se coloca entre as partes até que elas alcancem espontaneamente o ponto de consenso, pois a intervenção técnica do mediador durante o procedimento de mediação, fazendo com que os mediados entendam as questões inerentes ao conflito que os aflige, é essencial para que possam encontrar a melhor solução para a disputa que havia entre eles.

Além disso, a prevenção ou a composição do conflito decorre da realização de procedimento técnico em que o mediador utiliza métodos, técnicas, ferramentas e conhecimentos adquiridos ao longo de sua formação e atuação profissional, com o objetivo primordial de liderar as partes na superação das questões acessórias ao conflito, dos sentimentos e emoções que o permeiam, e encontrem o consenso, findando o procedimento com a elaboração do acordo, que será reduzido a termo.

A formação profissional do mediador também deve estar adequada à natureza do conflito que se pretende mediar, que será determinante ou indicativa da necessária experiência ou qualificação profissional do mediador; permitindo, para melhor condução do procedimento de mediação, a atuação de mediador-engenheiro, mediador-médico, mediador-economista, dentre tantas outras qualificações técnicas.

Os requisitos acima enumerados constituem condições mínimas para o

⁸⁶ É a situação que se verifica em Portugal em relação aos sistemas de mediação públicos conforme previsão da Portaria nº 282/2010, de 25 de maio, que aprova os regulamentos do procedimento de seleção dos mediadores nos sistemas públicos de mediação e nos *Julgados de Paz* e que exige formação específica no âmbito do sistema ao qual os mediadores concorrem. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1510&tabela=leis, último acesso em 30 de julho de 2016.

exercício da atividade de mediação, que poderá ser complementada com outros parâmetros que legalmente se considerem pertinentes. O importante é que se estabeleça um sistema de certificação que assegure garantias mínimas de qualificação e idoneidade profissional aos mediadores e que, conseqüentemente, contribuiria para o prestígio da própria mediação. Sugere-se que cada país crie um Registro Nacional de Mediadores no qual constem somente os mediadores que tenham cumprido os requisitos para o exercício da profissão, assegurando aos cidadãos a existência de profissionais qualificados.

Além disso, as incontáveis tarefas que o mediador há de exercer durante a mediação exigem dele inúmeras características que não se concentram exclusivamente em suas habilidades técnicas, abarcando inclusive a necessária capacidade emocional para trabalhar os sentimentos e afetos inerentes ao conflito e às partes, assim como elevados princípios éticos próprios da responsabilidade que assume em sua atividade.

Para determinar as características essenciais a um mediador, *Brown e Marriot* desenharam a *mediation construct*⁸⁷, um gráfico em forma piramidal que identifica as características ideais que esse profissional deve possuir. Na *base* da construção, constituindo seu cimento, os autores indicam quatro elementos: 1) a compreensão teórica (*theoretical understanding*) que engloba conhecimentos relativos a modelos de mediação, ao papel do mediador e sua função, aos elementos básicos do conflito e aos princípios da mediação; 2) as habilidades práticas (*practical skills*), com domínio das técnicas necessárias à gestão do método de mediação; 3) a postura ética (*ethical awareness*), devendo o mediador possuir determinados princípios deontológicos, e 4) a sensibilidade emocional (*emotional sensitivity*), para compreender e interpretar os sentimentos das partes.

No *segundo escalão*, logo acima da base, o mediador deverá apresentar: 1) capacidade de julgamento (*sound judgement*), demonstrando atitude para gerenciar o procedimento de mediação; 2) empatia pessoal (*personal empathy*), para entender as posições, interesses e aspirações das partes, e 3) conhecimentos especializados (*substantive knowledge*) na matéria inerente ao conflito.

No *terceiro nível* estão duas capacidades: 1) a criatividade (*creativity*) para

⁸⁷ BROWN, H.; MARRIOT, A.. *ADR: principles and practices*, 2ª edição. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 329.

desbloquear os mediados e fomentar a criação de alternativas para a resolução da controvérsia, e 2) flexibilidade (*flexibility*) para poder adaptar o procedimento e o método ao conflito em questão.

Por fim, o *ápice* da pirâmide revela que o mediador deverá possuir equilíbrio (*balance*) para atuar com imparcialidade e prestar igual tratamento e atenção às partes.

A construção gráfica de *Brown e Marriot* demonstra as diferentes características que deverá possuir um mediador, as quais não correspondem exclusivamente a particularidades objetivas que poderão ser desenvolvidas com treinamento, mas evidenciam especificidades subjetivas consubstanciadas ao próprio caráter deste profissional e que, por esta razão, podem variar de pessoa para pessoa. Contudo, compartilhamos o entendimento de *Cátia Marques Cebola* que há *duas* características imprescindíveis na atividade e que compõem o próprio conceito de mediador: a *neutralidade* e a *imparcialidade*.⁸⁸

A neutralidade infere-se pela inexistência de qualquer relação do mediador com o resultado final da mediação, impondo-se ao profissional o dever de revelar às partes qualquer interesse pessoal, direto ou indireto, no resultado final do procedimento.⁸⁹ Deste modo, o mediador não deverá impor um determinado acordo nem orientar as partes sobre acordos que correspondam à sua própria escala de valores.⁹⁰

A neutralidade repousa no respeito ao princípio da autonomia da vontade das partes, pois o mediador deve aceitar os pontos de vista dos mediados sem transmitir suas próprias concepções e, além disso, tem que reconhecer o acordo alcançado como a solução encontrada pelas partes, sem tentar influenciar no seu

⁸⁸ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 238

⁸⁹ O art. 13, parágrafo 5º, alínea "b", da lei espanhola nº 5/2012, estabelece quais devem ser os termos da conduta do mediador nesses casos: "*Artículo 13. Actuación del Mediador. [...] 5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso: [...] b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación. [...] En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revela esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.*" Disponível em <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-estatal/Ley-5-2012--de-6-de-julio--de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>, último acesso em 03/09/2015.

⁹⁰ CARRASCO, M. Blanco. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2009, p. 174.

conteúdo.

Há autores, no entanto, que preferem utilizar o termo *isenção*⁹¹, na medida em que a neutralidade seria impossível, posto que a presença do mediador, por si só, modificaria substancialmente a realidade dos mediados. Com efeito, qualificar o mediador como neutro seria antagônico com o reconhecimento do papel primordial que desempenha durante toda a mediação. No mesmo sentido, a neutralidade não poderia ser absoluta, tendo em vista a intervenção ativa do mediador. No entanto, o mediador não poderá jamais forçar a liberdade de as partes estabelecerem a solução que lhes pareça a melhor aplicável ao caso.

A imparcialidade, por sua vez, vincula-se às relações do mediador com as partes, devendo este profissional servir de forma equitativa a todas elas durante o procedimento de mediação, sem favorecer a posição de nenhuma delas, nem servir aos seus interesses ou do próprio mediador.⁹² Esta característica do mediador repercutirá em toda atitude deste profissional durante o procedimento. Em termos práticos, o mediador deverá proporcionar o mesmo tempo de intervenção às partes, impedindo que somente uma delas manifeste seus pontos de vista. Também deverá ser cauteloso quanto a sua postura física, para que não pareça mais atencioso a uma parte do que ao outro mediado, e deverá estimular o diálogo entre as partes em fazer juízo de valor ou emitir sua própria opinião.⁹³

Por outro lado, o mediador deverá sentir-se e manter-se independente das partes e do conflito. Neste sentido, a pessoa mediadora não poderá se ver afetada pela temática em disputa, posto que a eventual similitude subjetiva da questão controvertida poderá afetar seriamente a independência necessária para a

⁹¹ VEZZULLA, Juan Carlos. *Adolescência, Família, Escola e Lei. A mediação de conflitos*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2006, p. 76.

⁹² Distinguindo a *neutralidade* da *imparcialidade*, M. BLANCO CARRASCO afirma que “*la imparcialidad permite afirmar que el mediador debe estar en una relación ‘equidistante’ con ambas partes, no siendo posible que una mayor o menor relación o proximidad, motivada por las razones que sean, favorezcan la posición de una de las partes en el conflicto. La neutralidad, por su parte, se refiere a la relación del mediador con el resultado del proceso, no siendo posible que oriente la solución adoptada por las partes a aquello que considera más adecuado.*” Cfr. CARRASCO, M. Blanco. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2009, p. 323.

⁹³ Mais uma vez, nos socorre a legislação espanhola – art. 7º da Ley nº 5/2012: “*Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.*”

condução da mediação.

Por fim, a contar da imprescindível atuação de terceira pessoa que participa do processo de construção da solução e que, sem a atuação dela, não seria possível às partes encontrarem a solução consensual, não nos parece mais adequado poder falar em autocomposição, pois a necessária intervenção do mediador para o alcance daquele resultado indica-nos a evidente incapacidade de as partes, por si só, alcançarem o consenso.

2. O cenário da mediação judicial na Europa

Com a implementação do *Tratado de Amsterdam*, que alterou o *Tratado da União Europeia* e os tratados que instituíram as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses tratados, tal como assinado em 2 de outubro de 1997, a União Europeia estabeleceu para si própria o objetivo de manter e desenvolver um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que fosse assegurada a livre circulação de capital, pessoas, bens e serviços.⁹⁴

Desde aquela época, a crescente preocupação sobre os custos de manutenção dos Tribunais nos países europeus, as elevadas taxas de congestionamento de processos, além de outros obstáculos à resolução de litígios transfronteiriços, ampliaram o foco sobre a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos na União Europeia (UE), posto que tais instrumentos demonstravam-se geralmente mais ágeis e menos dispendiosos dos que os procedimentos judiciais ordinários e, em muitos casos, levavam a soluções mais criativas que excediam os limites possíveis de uma decisão judicial.⁹⁵ Percebia-se, desde então, que o modelo de resolução de conflitos baseado exclusivamente em decisões compulsórias adju-

⁹⁴ Parte I, art. 1º, item 5 do Tratado de Amsterdam: “A União atribui-se os seguintes objetivos: (...) - a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade”. Disponível em http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf, último acesso em 03/09/2015.

⁹⁵ BILLIET, Philippe; KURLANDA, Ewa. An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial matters. In *The New EU Directive on Mediation: first insights*. Antwerpen – Apeldoorn: Maklu, 2008, p. 9

dicadas por juízes técnicos, submetidos a um regulamento legal exacerbado⁹⁶ e que absorvia toda a capacidade dos cidadãos de negociarem seus próprios interesses, não era eficaz nem útil para os novos litígios que estavam surgindo em um sistema de relações que era, em parte, desconhecido.⁹⁷ Ao longo daquele período, a utilização de alternativas ao ajuizamento de disputas civis e comerciais no âmbito do Poder Judiciário manteve-se quase inteiramente voluntária e sujeita a apenas limitado incentivo legislativo nos países membros. Consequentemente, ao menos em parte, poucos litigantes utilizavam a mediação como instrumento para resolver aquelas disputas.⁹⁸

A Europa experimentava cotidianamente o crescimento das relações de intercâmbio, a intensificação da mobilidade de cidadãos e o aquecimento do mercado interno, amplificado pelo auge do comércio eletrônico transfronteiriço, e via crescer o número de litígios entre nacionais de Estados diferentes ou entre residentes em Estados-membros diferentes e que se multiplicavam nos tribunais.⁹⁹ Em decorrência disso, os procedimentos para julgamento se prolongavam e os gastos inerentes a eles aumentavam na mesma proporção do tempo dispendido para julgamento¹⁰⁰, sem contar que a quantidade, a complexidade e o caráter técnico dos textos legislativos, potencializados pelas dificuldades práticas de caráter linguístico, também contribuíam para dificultar o acesso à justiça.¹⁰¹

Em outubro de 1999, plenamente consciente da extraordinária importância que tinha para a economia da União Europeia, em especial a rápida solução dos

⁹⁶ DIZ, Fernando Martin. *Desafios y propuestas sobre la mediación como complemento ao processo judicial*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano IX. Coimbra Editora, 2012, p. 82

⁹⁷ MUÑOZ, Ortuño. *El libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.2001 de la Comisión de las Comunidades Europeas*. IURIS-LA LEY, nº 77, novembro 2003, p. 42.

⁹⁸ DE PALO, Giuseppe; TREVOR, Mary B. (Coordenadores). *EU Mediation: Law and Practice*. Oxford: Oxford Press, 2012, p.1.

⁹⁹ DELCASSO, Juan Pablo Correa. *Valoración crítica de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación em asuntos civiles y mercantiles y de su trasposición em algunos ordenamentos jurídicos europeos*. In La mediación em asuntos civiles y mercantiles: la transposición de la Directiva 2008/52 em Francia y em España. Madrid: La Ley, 2013, p. 34/35.

¹⁰⁰ GIRÃO, Antônio Ferreira. *Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Conflitos*. Direção-Geral da Administração Extrajudicial/Ministério da Justiça. Lisboa: Agora Publicações Ltda., 2001, p. 47.

¹⁰¹ MUÑOZ, Ortuño. *El libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.2001 de la Comisión de las Comunidades Europeas*. IURIS-LA LEY, nº 77, novembro 2003, p. 42.

múltiplos contenciosos que pendiam de julgamento perante os Tribunais de Justiça dos distintos países que compunham aquela união, o Conselho Europeu reuniu-se em sessão extraordinária na cidade de Tampere, na Finlândia, e prenunciou um esforço significativo para alterar aquela abordagem, conclamando os Estados-membros a criarem procedimentos extrajudiciais alternativos para solução de litígios.¹⁰²

Em seguida, no ano de 2001, o Conselho da Europa, através da *Recomendação Rec(2001)9 do Comitê de Ministros*¹⁰³, definiu os princípios orientadores de procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios em matéria civil e comercial, recordando a *Recomendação n.º R(86)12*, e propôs aos Estados-membros medidas para prevenir a excessiva carga de trabalho que recaía sobre os Tribunais, convidando os governos dos Estados-Membros a atender diferentes objetivos, dentre eles promover a potencialização do uso de solução amistosa de litígios, seja fora do sistema judicial totalmente, antes ou durante o procedimento legal.¹⁰⁴

2.1. O Livro Verde de 2002

As propostas decorrentes de Tampere, somadas às recomendações emitidas pelo Conselho, promoveram profícuos estudos, consultas e trabalhos e, três anos após aquele encontro, em abril de 2002, a Comissão Europeia publicou um documento para discussão sobre a resolução alternativa de litígios, denominado *Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial*¹⁰⁵, que buscava fazer um balanço da situação existente e iniciar uma am-

¹⁰² Retira-se esta conclusão do apelo do Conselho na Consideração nº 2 da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008.

¹⁰³ Item 4 da Recomendação Rec (2001) 9 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa: “4 - *Recalling Recommendation No. R (86) 12 concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts, which calls for encouraging, in appropriate cases, the use of friendly settlement of disputes, either outside the judicial system altogether or before or during legal proceedings*”. Disponível em <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220409&Back>, último acesso em 02/09/2015.

¹⁰⁴ CANLE, Inés C. Iglesias. SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes Llorente. *La mediación civil y mercantil en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. In *La mediación en las controversias civiles y mercantiles: guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 155/156.

¹⁰⁵ COM (2002) 196 final, de 19/04/2002. Texto oficial em Português do *Livro Verde* disponível no endereço eletrônico <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52002DC0196>, última consulta realizada em 02/09/2015.

pla consulta sobre as medidas que deveriam ser adotadas para implementação daquela política.

O *Livro Verde* tinha como objetivo essencial encontrar respostas para o delicado equilíbrio entre garantir a necessária flexibilidade dos meios alternativos de solução de conflitos, garantindo simultaneamente a sua qualidade e uma relação harmoniosa com os procedimentos judiciais. O *Livro Verde* também buscava conhecer com melhor clareza as realizações e iniciativas já tomadas naquele domínio pelos Estados-membros e em nível comunitário. Além disso, com aquele documento, a Comissão inseriu-se nas discussões em curso nos Estados-membros e em nível internacional sobre a melhor maneira de garantir um ambiente ideal para o desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de litígios.¹⁰⁶

As 21 questões levantadas no *Livro Verde* diziam respeito aos elementos determinantes dos diferentes modos alternativos de resolução de conflitos, como a questão do recurso das decisões tomadas nestes procedimentos, o problema dos prazos de prescrição, a exigência de confidencialidade, a validade do consentimento, a eficácia dos acordos resultantes desses processos, a formação dos terceiros intervenientes, o credenciamento destes e o regime de responsabilidade. Todas as questões foram posteriormente fundamentais no desenvolvimento do debate e marcaram as linhas legislativas que deveriam ser tomadas pelos legisladores dos países integrantes da União.¹⁰⁷

O *Livro Verde* atraiu substancial interesse dos Estados-membros e outros países, além de atrair para a discussão as organizações de mediação, as associações profissionais e os pesquisadores, o que resultou no envio de mais de 160 respostas à consulta. Destacam-se do conjunto das sugestões apresentadas: *a)* o consenso quase unânime quanto ao valor da mediação como um método de resolução de litígios e quanto ao potencial para desenvolver ainda mais a sua utilização; *b)* a crescente evolução do instituto observada tanto em nível nacional como internacional neste domínio, com destaque para o desenvolvimento orientado para o mercado e iniciativas de regulamentação e/ou políticas públicas e organizações internacionais; *c)* a opinião generalizada de que a Comunidade podia e deveria tomar

¹⁰⁶ VILAR, Silvia Barona. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 69/70.

¹⁰⁷ *Idem*

medidas para estimular ainda mais o uso de meios alternativos de solução de conflitos; e *d*) as opiniões amplamente divergentes a respeito de quais medidas deveriam ser efetivamente tomadas, principalmente sobre a possibilidade de uma legislação, em nível comunitário, sobre o processo de mediação e sobre o papel dos mediadores.¹⁰⁸

Alguns afirmaram que as iniciativas legislativas sobre aquelas questões iriam ameaçar algumas das características distintivas da mediação, como sua flexibilidade e possibilidade de autonomia privada¹⁰⁹. Outros consideraram que os procedimentos harmonizados de mediação em nível europeu seriam benéficos para o desenvolvimento da mediação, principalmente para aumentar a confiança na utilização da mediação em situações transfronteiriças.¹¹⁰

No entanto, o pensamento majoritário reconhecia que os meios alternativos de solução de conflitos representavam uma prioridade política para as instituições da União Europeia, as quais deveriam promovê-los através de instrumentos adequados que garantissem o desenvolvimento e a qualidade daquela política. Os debates promovidos naquele período reuniram diferentes pontos de vista, bem como observações gerais que serviram para definir as diretrizes da política que seria seguida para continuar a promover iniciativas legislativas e operacionais. As conclusões foram bem recebidas pela comunidade jurídica e empresarial europeia, existindo acordo praticamente majoritário na necessidade de incentivar sistemas alternativos de solução de conflitos transnacionais, ligado ao pensamento de que todo intento para harmonizar o ordenamento jurídico sobre aqueles instrumentos deveria respeitar as leis dos regimes internos.¹¹¹

A importância do *Livro Verde* é inegável, pois além de ter identificado alternativas de mecanismos de resolução litígios, apontou um meio melhor para ga-

¹⁰⁸ BILLIET, Philippe; KURLANDA, Ewa. An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial matters. In *The New EU Directive on Mediation: first insights*. Antwerpen – Apeldoorn: Maklu, 2008, p. 10/11.

¹⁰⁹ *Idem*

¹¹⁰ WALLIS, Diana. Prefácio. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 2.

¹¹¹ CANLE, Inés C. Iglesias. SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes Llorente. *La mediación civil y mercantil em España tras la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación em asuntos civiles y mercantiles*. In *La mediación em las controversias civiles y mercantiles: guía para la práctica de la mediación civil y mercantil em España y em Italia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 156.

rantir às partes em disputa a proteção efetiva do direito de acesso à justiça. A mudança de percepção gerada por este *Livro Verde* produziu inevitavelmente efeitos positivos, posto que permitiu às instituições europeias atribuírem aos meios alternativos de resolução de litígios um papel fundamental no contexto jurídico da União Europeia e dos Estados-Membros.¹¹²

Em julho de 2004, durante uma reunião de peritos em Bruxelas, dando prosseguimento à iniciativa de desenvolver uma política de métodos alternativos de solução de conflitos, a Comissão Europeia apoiou a aprovação de um *Código de Conduta Europeu para Mediadores*,¹¹³ que estabeleceu uma série de princípios aos quais

os mediadores individuais ou organizações de mediação podiam decidir se a ele iriam se submeter voluntariamente, sob a sua própria responsabilidade. O conjunto de orientações de conduta daquele código é aplicável a todos os tipos de mediação em matéria civil e comercial. Houve uma adesão ao código por parte de grande número de mediadores individuais e organizações de mediação, o que não substitui, porém, a legislação ou normas nacionais que regulam esta atividade.¹¹⁴

Pouco tempo após a adoção do *Código de Conduta*, a Comissão Europeia apresentou ao Parlamento Europeu e ao Conselho uma proposta de diretiva relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial. O instrumento aprovado não se propunha a criar um Código Europeu de Mediação, mas tinha como firme objetivo geral estabelecer algumas normas mínimas no que se refere ao significado e à qualidade da mediação, bem como a garantir um equilíbrio na relação entre a mediação e a ação judicial. Pretendia-se promover e ampliar o acesso aos meios alternativos de solução de

¹¹² MARZOCCO, Antonio Maria. NINO, Michele. *The EU Directive on Mediation in civil and commercial matters and the principle of effective judicial protection*. In *Lex et Scientia*. Juridical Series. LESIJ nº XIX, vol. 2/2012, p. 110.

¹¹³ O código deontológico estabelece um conjunto de princípios que os mediadores a título individual podem decidir respeitar, de forma voluntária e sob a sua própria responsabilidade. É aplicável a todos os tipos de mediação em matéria civil ou comercial. As organizações que prestam serviços de mediação podem também tomar decisão semelhante, pedindo aos mediadores que para eles trabalham que respeitem este código deontológico. Estas organizações podem divulgar informações sobre as medidas que tomarem para apoiar os mediadores individuais que respeitem o código, designadamente através de formação, avaliação e acompanhamento. Texto oficial em Português extraído de http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pt.pdf, com último acesso em 07/09/2015.

¹¹⁴ Comissão Europeia. *Cooperação Judiciária em Matéria Civil na União Europeia: guia para os profissionais da Justiça*, p. 99. Extraído de http://ec.europa.eu/justice/civil/files/civil_justice_guide_pt.pdf, último acesso em 07.09.2015.

conflitos e incentivar o uso da mediação na resolução amigável de litígios em matéria civil e comercial.¹¹⁵

2.3. O Código Europeu de Conduta para Mediadores

Os mediadores devem subordinar a atividade deles a códigos deontológicos que estabeleçam os princípios e regras de observância obrigatória na sua atuação profissional. O próprio caráter distintivo da profissão de mediador reafirma ainda mais a conveniência de um código ético específico para mediadores ou normas deontológicas com critérios concretos que devem ser respeitados pelos profissionais no desempenho da mediação.¹¹⁶ Portanto, deve-se distinguir o estatuto jurídico de uma profissão, que regula o regime jurídico legal aplicável ao seu exercício, do código deontológico que unicamente estabelece os compromissos éticos e morais para o correto e adequado desempenho da profissão na prática.¹¹⁷ Do mesmo modo, deve-se distinguir os códigos deontológicos, que contêm os princípios éticos e valores morais de um mediador, dos códigos profissionais que traduzem as regras metodológicas e técnicas a serem seguidas na mediação.¹¹⁸

Devemos considerar a *deontologia* como o conhecimento daquilo que é justo ou adequado e daquilo que é necessário fazer. Como *arte*, deontologia é aquilo que é adequado fazer. Como ciência, é saber o que é aconselhável fazer em cada oportunidade. Quanto a sua etimologia, a deontologia é definida como a “*ciência*

¹¹⁵ Comissão Europeia. Cooperação Judiciária em Matéria Civil na União Europeia: guia para os profissionais da Justiça, p. 99. Extraído de http://ec.europa.eu/justice/civil/files/civil_justice_guide_pt.pdf, último acesso em 07.09.2015.

¹¹⁶ MARTÍN, Nuria Belloso. *Una propuesta de Código Ético de los Mediadores*. Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, número 15, 2007, p. 6. Disponível em <http://www.uv.es/cefd/15/belloso.pdf>, último acesso em 30.09.2015.

¹¹⁷ DIZ, Fernando Martin. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. 1ª ed. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 187.

¹¹⁸ Para a distinção entre padrões e ética, *vid.* FOLBERG, J.; TAYLOR, A.. *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*. 1ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1984, p. 250. Para os autores, “*An ethical code is generally imposed on members of a professional group by its governing organization or as a condition of licensure or certification. Professional standards may exist outside an ethical code or in its absence an may be subscribed to by practitioners or looked to by the public and the courts as a set of expetations and minimally acceptable common practises for the servide offered*”.

dos deveres".¹¹⁹ Em consequência, os Códigos Deontológicos dos Mediadores expressam os deveres éticos e morais que devem ser respeitados por estes profissionais em ordem de realizar a mediação de forma justa e adequada. Por conseguinte, são objetivos de um Código de Deontologia a definição dos deveres e obrigações comuns para o exercício de uma determinada profissão, ordenar de forma rigorosa os valores essenciais que identificam a profissão à qual se aplicam, e institucionalizar um documento que será adotado por todos os profissionais como sendo a sua *magna carta*.¹²⁰

Os objetivos assinalados revelam a importância natural dos Códigos Deontológicos, a qual foi reconhecida e reforçada em nível europeu pelo *Livro Verde* ao declarar que os "*códigos de deontologia ocupam na verdade um lugar privilegiado no funcionamento dos ADR. O seu desenvolvimento comprova os esforços dos profissionais para garantir a qualidade dos ADR*".¹²¹ A opinião do Comitê Econômico e Social Europeu sobre o *Livro Verde* recomendava a existência de um Código Europeu de Deontologia para guiar os terceiros em sua missão, o qual foi encampado em 2004 e promovido pela Comissão da União Europeia em uma conferência organizada em Bruxelas, estabelecendo uma série de princípios cujos cumprimentos ficaram ao arbítrio individual de cada mediador, sob sua própria responsabilidade.¹²²

O Código Europeu de Conduta para Mediadores assenta suas estipulações em quatro pontos essenciais. Em *primeiro* lugar, observa a competência, designação e honorários dos mediadores, assim como a publicidade dos seus serviços. Em relação a estes aspectos, o *Código Europeu* enfatiza a importância da formação dos mediadores e de sua competência para mediar conflitos, recomenda a informação

¹¹⁹ MALBOSC, Patrícia. *Arbitration and Mediation in Europe, towards a common business deontology?*. In: VASCONCELOS-SOUSA, José (Coord.). *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens ins the European Union*. 1ª ed. Coimbra: MEDIARCOM/Minerva, 2010, p. 135.

¹²⁰ Christopher W. MOORE assinala que os códigos éticos têm sido incentivados pelo desejo de transmitir ao público e aos profissionais da mediação a ética desta prática, para assegurar que o trabalho com os mediados é conduzido de acordo com elevados valores éticos e para proteger a reputação dos mediadores. Cfr. MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003, p. 447-448.

¹²¹ Cfr. Parágrafo 77 (item 3.2.2 Normas mínimas de qualidade) do *Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial*.

¹²² Disponível em língua portuguesa no sítio http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Conduta_para_Mediadores_13.03.2014.pdf?nocache=1394707997.85, último acesso em 07.09.2015.

e esclarecimentos às partes sobre os honorários e permite a publicidade dos serviços de mediação com observância dos princípios de honestidade e dignidade.

Em *segundo* lugar, o *Código Europeu* desenvolve os princípios de independência e imparcialidade, destacando algumas premissas que o mediador deverá seguir durante a sua atuação. Especificamente, o mediador não deverá atuar se existirem circunstâncias que criem um conflito de interesses com alguma das partes e questionem a sua independência. A existência de uma relação pessoal ou comercial ou qualquer interesse financeiro ou de outro tipo são circunstâncias que o mediador deve revelar, podendo aceitar continuar a mediação somente se estiver absolutamente seguro de poder mediar com total imparcialidade.

No *terceiro* ponto, encontram-se as garantias que o mediador deverá assegurar com relação ao procedimento e acordo de mediação. Concretamente, a explicação às partes relativa às metodologias da mediação, a redação por escrito do acordo, a imparcialidade do procedimento e o consentimento livre e expresso ao pacto final entre os mediados. Neste aspecto, deve-se atentar também para as exigências relativas à equidade da mediação, devendo o mediador assegurar que as partes tenham idênticas oportunidades de participar na discussão sobre o conflito.

Por último, o *Código Europeu* alude à confidencialidade como princípio que impede a divulgação, pelo mediador, da informação revelada na sessão de mediação sem autorização das partes ou desde que seja obrigado por lei ou por razões de ordem pública. Da mesma forma, a informação revelada confidencialmente ao mediador por uma das partes também não poderá ser revelada à outra, salvo disposição em contrário.

Não obstante o mérito do *Código Europeu de Conduta para Mediadores*, o seu caráter genérico e a falta de previsão de um regime sancionador de suas violações exigirá que cada Estado Membro estabeleça seu próprio código deontológico, mais detalhado e completo, como aliás vem exigido pela Diretiva 2008/52/CE em seu art. 4º, em relação à qualidade da mediação.¹²³

¹²³ Artigo 4º da Diretiva 2008/52/CE: “Art. 4º Garantir a qualidade da mediação. 1. Os Estados-Membros devem incentivar, por todos os meios que considerem adequados, o desenvolvimento e a adesão a códigos voluntários de conduta pelos mediadores e organismos que prestem serviços de mediação, bem como outros mecanismos eficazes de controlo da qualidade da prestação de serviços de mediação. 2. Os Estados-Membros devem incentivar a formação inicial e contínua dos mediadores, a fim de garantir que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente relativamente às partes.”

2.4. A Diretiva nº 52/2008/CE da União Europeia

Embora muitos países europeus já estivessem utilizando a mediação há bastante tempo, a União Europeia desejava mudar a situação existente em profundidade, facilitando o recurso à mediação como uma ferramenta flexível, acessível e de melhor adaptação às necessidades e expectativas das partes para resolver os seus litígios em matéria civil e comercial no que diz respeito aos litígios nacionais e transfronteiriços.¹²⁴

Nesta ordem de considerações e tendo como princípios legitimadores os artigos 61º, alínea “c”¹²⁵ e 67º, item 5¹²⁶, do *Tratado que Instituiu a Comunidade Europeia*, os quais dispõem sobre medidas de cooperação judiciária em matéria civil que tenham incidência transfronteiriça e se destinem a assegurar o bom funcionamento do mercado interno, os esforços que se seguiram resultaram na adoção da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 (doravante denominada apenas Diretiva), relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, os quais deveriam ser transpostos pelos Estados Membros da União Europeia para as respectivas ordens jurídicas internas até 21 de maio de 2011.¹²⁷ Embora a Diretiva fosse expressamente aplicada apenas

¹²⁴ DIZ, Fernando Martin. *Desafios y propuestas sobre la mediación como complemento ao processo judicial*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano IX. Coimbra Editora, 2012, p. 86.

¹²⁵ Tratado que Instituiu a Comunidade Europeia, art. 61º, alínea “c”: “A fim de criar progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Conselho adopta: (...) c) Medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, previstas no artigo 65º”. Texto oficial disponível no endereço eletrónico <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229pt00010331.pdf>, último acesso em 04/09/2015.

¹²⁶ Tratado que Instituiu a Comunidade Europeia, art. 67º, item 5: “Art. 67º (...) 5. Em derrogação do n.º 1, o Conselho adopta nos termos do artigo 251º: — as medidas previstas no ponto 1 e no ponto 2, alínea a), do artigo 63.º, desde que tenha aprovado previamente, nos termos do n.º 1 do presente artigo, legislação comunitária que defina as normas comuns e os princípios essenciais que passarão a reger essas matérias; — as medidas previstas no artigo 65.º, com exclusão dos aspectos referentes ao direito da família.” Texto oficial disponível no endereço eletrónico <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229pt00010331.pdf>, último acesso em 04/09/2015.

¹²⁷ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, nº L 136, de 24.05.2008. Texto oficial em Português da Diretiva 2008/52/CE disponível no endereço eletrónico <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&rid=2>, última consulta realizada em 1º/09/2015.

aos litígios transfronteiriços¹²⁸, ou conflitos plurilocalizados,¹²⁹ estabeleceu-se que nada poderia impedir os Estados-membros de aplicarem as suas disposições também aos processos de mediação internos.¹³⁰

A promulgação da Diretiva, como dispositivo básico para alcançar o ambicioso objetivo de melhorar o acesso à justiça para os cidadãos na União Europeia e facilitar a criação de um verdadeiro espaço europeu de justiça, é o ponto alto de um longo processo de apoio à utilização de meios alternativos de solução de conflitos na Europa.¹³¹ Este processo, que foi lançado pela primeira vez na cidade finlandesa de Tampere, em outubro de 1999, também foi referenciado no Artigo 81º do *Tratado sobre o Funcionamento a União Europeia* - TFEU¹³² e também pode ser visto no Programa de Estocolmo de 2010.¹³³

¹²⁸ Extrai-se o conceito de *litígio transfronteiriço* do art. 2º, itens 1 e 2, da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 2º. Litígios Transfronteiriços. 1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por litígio transfronteiriço um litígio em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes, à data em que: a) As partes decidam, por acordo, recorrer à mediação após a ocorrência de um litígio; b) A mediação seja ordenada por um tribunal; c) A obrigação de recorrer à mediação se constitua ao abrigo do direito interno, ou d) Para efeitos do artigo 5.o, seja dirigido um convite às partes. 2. Não obstante o disposto no nº 1, para efeitos dos artigos 7º e 8º, entende-se igualmente por litígio transfronteiriço um litígio em que o processo judicial ou a arbitragem sejam iniciados, na sequência de uma mediação entre as partes, num Estado-Membro distinto daquele onde as partes tenham o seu domicílio ou a sua residência habitual à data referida na alínea a), b) ou c) do nº 1.”

¹²⁹ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p.80.

¹³⁰ Consideração nº (8) da Diretiva 2008/52/CE: “O disposto na presente diretiva deverá aplicar-se apenas à mediação em litígios transfronteiriços, mas nada deverá impedir os Estados-Membros de aplicar igualmente estas disposições a processos de mediação internos.”

¹³¹ ESPLUGES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (editores). *Civil and Commercial Mediation in Europe: national mediation rules and procedures*. Cambridge: Intersentia, 2013, prefácio.

¹³² Conselho Europeu. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. “Artigo 81º (ex-artigo 65.o TCE). 1. A União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais. Essa cooperação pode incluir a adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. 2. Para efeitos do n.o 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam, nomeadamente quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno, medidas destinadas a assegurar: a) O reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros das decisões judiciais e extrajudiciais e a respetiva execução; b) A citação e notificação transfronteiriça dos atos judiciais e extrajudiciais; c) A compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição; d) A cooperação em matéria de obtenção de meios de prova; e) O acesso efetivo à justiça; f) A eliminação dos obstáculos à boa tramitação das ações cíveis, promovendo, se necessário, a compatibilidade das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros; g) O desenvolvimento de métodos alternativos de resolução dos litígios; h) O apoio à formação dos magistrados e dos funcionários e agentes de justiça.” Texto oficial extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, último acesso em 06/09/2015.

¹³³ Conselho Europeu. “Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos” (2010/C 115/01), publicado no Jornal Oficial da União Europeia C 115, em

A proposta ousada contida naquele ordenamento comunitário criou desafios para os Estados-Membros da União Europeia e que deveriam adotar a Diretiva. O objetivo era criar regras mínimas comuns em matéria de mediação para todos os integrantes da UE e que poderiam ser utilizadas em questões civis e comerciais transfronteiriças. A única exceção fica com a Dinamarca que, ao abrigo de regime especial previsto no *Tratado de Maastricht* relativamente à legislação aprovada no domínio da justiça civil, não participa na aprovação de quaisquer instrumentos neste domínio e não se encontra vinculada a qualquer um deles.¹³⁴

O objetivo declarado da Diretiva,¹³⁵ na sua forma final, buscou facilitar o acesso à mediação quando uma parte, de pelo menos um Estado-membro da UE, estivesse envolvida em um litígio civil ou comercial com outra parte localizada em outro país.¹³⁶ Buscou-se assegurar um quadro jurídico previsível e, com isso, promover a utilização de métodos de resolução amigável em toda a UE. Além de estabelecer um ambiente previsível com princípios legais comuns para aspectos específicos do processo civil em matéria civil e comercial transfronteiriças, a Diretiva também visa estabelecer um quadro de preservação da flexibilidade, que tem sido considerada pelos autores como uma das principais vantagens da mediação.¹³⁷

04/05/2010. Item 3.4. **Benefícios de um espaço judiciário europeu para os cidadãos.** “3.4.1. Facilitar o acesso à justiça É essencial facilitar o acesso à justiça no espaço judiciário europeu, em especial nos processos com dimensão transfronteiras. Ao mesmo tempo, devem ser continuados os esforços com vista a fomentar métodos alternativos de resolução de litígios, em especial em matéria de protecção dos consumidores. São necessárias medidas para ajudar os cidadãos a superarem as barreiras linguísticas que podem dificultar o seu acesso à justiça.” Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:pt:PDF>, último acesso em 06/09/2015.

¹³⁴ Comissão Europeia. Cooperação Judiciária em Matéria Civil na União Europeia: guia para os profissionais da Justiça. Extraído de http://ec.europa.eu/justice/civil/files/civil_justice_guide_pt.pdf, último acesso em 07.09.2015.

¹³⁵ Artigo 1º da Diretiva 2008/52/EC. **“Objetivo e âmbito de aplicação.** 1. *O objectivo da presente directiva consiste em facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e em promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial.* 2. *A presente directiva é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, excepto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável. Não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, nem a responsabilidade do Estado por actos ou omissões no exercício da auto-riedade do Estado (acta jure imperii).* 3. *Na presente directiva, o termo «Estado-Membro» designa qualquer Estado-Membro, com excepção da Dinamarca.”*

¹³⁶ Conforme conceito de *litígios transfronteiriços* fixado no art. 2º da Diretiva 2008/52/CE.

¹³⁷ SCHONEWILLE, Manon. LACK, Jeremy. *Mediation in the European Union and abroad: 60 states divided by a common word?*. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 19

Embora inicialmente a Diretiva tenha buscado uma competência nacional mais ampla, o seu âmbito foi reduzido a disputas comerciais e civis transfronteiriças em razão de um compromisso político, devido à resistência da mediação em determinados países.¹³⁸

No entanto, a adoção da Diretiva também foi vista como uma iniciativa importante e muito necessária a fim de harmonizar as práticas de mediação de litígios transfronteiriços entre os 27 Estados-membros, que têm 23 idiomas oficiais diferentes (não incluindo a Dinamarca)¹³⁹, mais de 500 milhões de pessoas e diversos sistemas judiciais, incluindo 3 jurisdições de *common law* (Inglaterra e País de Gales, Irlanda do Norte e Irlanda), 2 mistas de *common* e *civil law* (Escócia e Malta), e uma grande variedade de países submetidos ao sistema da *civil law*.¹⁴⁰

A norma comunitária claramente estabeleceu o foco necessário para a mediação transfronteiriça, embora não haja dúvida que em sua redação final fixou toques muito leves sobre o tema. Isto é evidente a partir da variação de possibilidades mapeadas no campo de informações inseridas na publicação em relação aos seus diferentes aspectos, tais como a confidencialidade, a execução e a natureza voluntária ou obrigatória da mediação. Estas foram as áreas que a Diretiva talvez tenha possibilitado maior desenvolvimento da mediação em vez de ser excessivamente prescritiva.¹⁴¹

Embora tenha procurado definir certas normas mínimas (por exemplo, de confidencialidade), a Diretiva não pretendeu regular ou afetar a prática da mediação dentro de qualquer Estado-membro da UE. Nem os autores das propostas inseridas naquele documento sugeriram o que os tribunais realmente deveriam fazer em casos civis ou comerciais quando as partes fossem de diferentes países. Esta falta de disposições de caráter prático sobre a forma como a mediação deveria ser aplicada, ou como o sistema judicial em cada Estado-membro deveria apoiar ou

¹³⁸ *Ibidem*

¹³⁹ Naquela época composta por 26 países e 22 idiomas oficiais (não incluindo a Dinamarca). Em 2013, a Croácia tornou-se um Estado-membro, tornando-se o 28º integrante da União Européia.

¹⁴⁰ SCHONEWILLE, Manon. LACK, Jeremy. *op.cit.*, p. 20

¹⁴¹ WALLIS, Diana. Prefácio. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 2.

promover o recurso à mediação, é um tema universal em vários países ao redor do mundo e a UE não é uma exceção.¹⁴²

Com a Diretiva, os Estados-membros foram exortados a transpô-la para as legislações nacionais, conforme disposto no artigo 12º, que determina que os integrantes da UE devem por em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento ao disposto naquele ordenamento comunitário.¹⁴³ No entanto, esta disposição não pode ser analisada de forma restritiva e ser tida como um obstáculo para a incorporação pelas autoridades comunitárias da Diretiva às leis nacionais, regulamentando apenas a mediação transfronteiriça, mas irem além na regulação da mediação chamada “doméstica”, implementando questões às quais a Diretiva não fez menção, mas que, no entanto, podem ser de interesse interno para os Estados-membros.¹⁴⁴

O objetivo era apresentar aos países europeus a ideia de justiça de múltiplas portas, entendida não como algo vago a partir de um ponto de vista sociológico, mas como a expressão de um tratamento qualificado da moderna administração da justiça, destinada a alcançar uma destacada colocação institucional na Europa. E em todo caso, singularizada em cada um dos países europeus para que a integração europeia pretendida não cancele a diversidade nacional que, de alguma forma, é marcada pelas peculiaridades de cada modelo jurídico próprio, mantendo genuínas a leitura, o desenvolvimento e aplicação diversificada em cada Estado-membro.¹⁴⁵

¹⁴² SCHONEWILLE, Manon. LACK, Jeremy. *Mediation in the European Union and abroad: 60 states divided by a common word?*. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 19/20.

¹⁴³ Artigo 12º da Diretiva 2008/52/EC. **Transposição.** “1. Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva, antes de 21 de Maio de 2011, com excepção do artigo 10º, ao qual deve ser dado cumprimento até 21 de Novembro de 2010, e informar imediatamente a Comissão desse facto. Quando os Estados-Membros aprovarem essas disposições, estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades de efectuar essa referência são aprovadas pelos Estados-Membros”.

¹⁴⁴ VILAR, Silvia Barona. *Mediación em asuntos civiles y mercantiles em España: tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 74.

¹⁴⁵ *Idem.*

2.4.1. As regras fundamentais da Diretiva

A mediação pode proporcionar uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes, sendo mais “*provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre os envolvidos no conflito*”¹⁴⁶, exatamente por ser flexível e melhor adaptada às necessidades e expectativas das partes em matéria de litígios tanto nacionais quanto transfronteiriços.¹⁴⁷ Ao desenvolver este conceito, a Diretiva visa estabelecer um padrão mínimo legal nos Estados-membros para a mediação em disputas civis e comerciais internas e plurilocalizadas, tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial.

A Diretiva explica não só a noção de mediação e de mediador¹⁴⁸, mas também discorre sobre os princípios básicos do instituto de autocomposição: a confidencialidade¹⁴⁹, efeitos da mediação nos prazos de caducidade e prescrição¹⁵⁰, a

¹⁴⁶ Consideração n.º 6 da Diretiva 2008/52/CE.

¹⁴⁷ Artigo 1.º, item 2, e artigo 2.º da Diretiva 2008/52/CE.

¹⁴⁸ Artigo 3.º Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 3.º. **Definições** Para efeitos da presente Directiva, entende-se por: a) «**Mediação**», um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro. Abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão. Não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão; b) «**Mediador**», uma terceira pessoa a quem tenha sido solicitado que conduza uma mediação de modo eficaz, imparcial e competente, independentemente da denominação ou da profissão dessa pessoa no Estado-Membro em causa e da forma como ela tenha sido designada ou de como tenha sido solicitada a conduzir a mediação.

¹⁴⁹ Art. 7.º da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 7.º. **Confidencialidade da mediação**. 1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, excepto: a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a protecção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo. 2. . Nada no n.º 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação.”

¹⁵⁰ Art. 8.º da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 8.º. **Efeitos da mediação nos prazos de prescrição e caducidade**. 1. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de

voluntariedade¹⁵¹, e a executoriedade do acordo alcançado pelas partes¹⁵². Além disso, também estão incluídas na Diretiva várias medidas relativas à promoção da mediação entre os cidadãos, juízes e profissionais como um argumento básico para alargar a sua utilização na UE.

Todos os Estados Membros da União Europeia já cumpriram o seu dever de transpor a Diretiva para as suas respectivas ordens jurídicas.¹⁵³ Os últimos a cumprirem suas obrigações foram Chipre e Holanda, respectivamente em 2012 e 2013¹⁵⁴, após terem sofrido duas notificações da Comissão Europeia em virtude não terem comunicado as medidas adotadas internamente para aplicação das regras estabelecidas na Diretiva¹⁵⁵. No entanto, apesar da ampla adesão, algumas dúvidas permanecem relevantes sobre a forma como a implementação da Diretiva tem sido realizada pelos legisladores nacionais nos vários Estados-membros.

Em qualquer caso, a própria estrutura esquemática da Diretiva, que por um lado deixou de prever regras rígidas sobre certas questões fundamentais da

prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação. 2. O n.º 1 não prejudica as disposições relativas aos prazos de prescrição e caducidade em acordos internacionais em que os Estados-Membros sejam partes.”

¹⁵¹ Art. 5.º da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 5.º. Recurso à mediação. 1. O tribunal perante o qual é proposta uma acção pode, quando tal se revelar adequado e tendo em conta todas as circunstâncias do caso, convidar as partes a recorrerem à mediação para resolverem o litígio. O tribunal pode também convidar as partes a assistir a uma sessão de informação sobre a utilização da mediação, se tais sessões se realizarem e forem facilmente acessíveis. 2. A presente directiva não afecta a legislação nacional que preveja o recurso obrigatório à mediação ou o sujeito a incentivos ou sanções, quer antes, quer depois do início do processo judicial, desde que tal legislação não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial.

¹⁵² Art. 6.º da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 6.º. Executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação. 1. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expresso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório. O conteúdo de tal acordo deve ser declarado executório salvo se, no caso em questão, o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não prever a sua executoriedade. 2. O conteúdo de um acordo pode ser dotado de força executória mediante sentença, decisão ou acto autêntico de um tribunal ou de outra autoridade competente, de acordo com o direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado. 3. Os Estados-Membros informam a Comissão dos tribunais ou das outras autoridades competentes para receber os pedidos nos termos dos n.ºs 1 e 2. 4. O presente artigo em nada prejudica as regras aplicáveis ao reconhecimento e à execução noutro Estado-Membro de um acordo que tenha sido declarado executório, nos termos do n.º 1.”

¹⁵³ Em 24 de novembro de 2011, a Comissão Europeia iniciou oficialmente algumas ações em desfavor de seis Estados-membros em virtude da falta de transposição da Diretiva: Chipre, República Checa, Holanda, França, Luxemburgo e Espanha (nota <http://europa.eu/rapid/press-release IP-11-1432 en.htm?locale=FR>, último acesso em 06/09/2015).

¹⁵⁴ SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 99 e 280, respectivamente.

¹⁵⁵ Nota <http://europa.eu/rapid/press-release IP-12-1016 pt.htm>, acessado em 06/09/2015.

mediação, mas que por outro permitiu uma análise interessante das variadas legislações, mostra que algumas diferenças sobre determinados aspectos daquele instituto ainda existem na Europa e que isso pode impedir a mediação de atingir plenamente o seu enorme potencial como uma maneira fácil, rápida, flexível e acessível aos cidadãos para resolverem suas disputas na Europa nos campos civil e comercial.¹⁵⁶

Assim, o estudo das regras de alguns dos Estados-membros relativas à mediação, como se fará adiante neste trabalho, mostra uma persistente falta de harmonia quanto à natureza do acordo alcançado através da mediação, bem como quanto as áreas em que a utilização daquela ferramenta é possível. Ainda, inexistente padronização quanto aos requisitos necessários para se qualificar como mediador e ser reconhecido como tal fora do país de qualificação. Somam-se também as diferenças na forma como deve ser estabelecida a cooperação entre as autoridades judiciais e os mediadores, no uso de dispositivos processuais eletrônicos, nos efeitos concedidos ao acordo alcançado pelas partes em cada um dos Estados-membros e nas condições requeridas para o seu reconhecimento no exterior.

A falta de harmonização nestas questões, que são estratégicas, podem não só afetar a utilização da mediação em disputas domésticas, mas também pode afetar contrariamente a aplicação da mediação em litígios transfronteiriços na UE, criando empecilhos para a Diretiva alcançar seus objetivos.¹⁵⁷

2.4.1.1. A garantia de qualidade da mediação

A Directiva determina aos Estados-membros que incentivem, por todos os meios que considerem adequados, o desenvolvimento e a adesão a códigos voluntários de conduta dos mediadores e das organizações que prestam serviços de mediação, bem como outros mecanismos eficazes de controle de qualidade relativos à prestação de serviços através daquele método alternativo de solução de conflitos.

¹⁵⁶ ESPLUGES, Carlos. IGLESIAS, José Luis. PALAO, Guillermo (editores). *Civil and Commercial Mediation in Europe: national mediation rules and procedures*. Cambridge: Intersentia, 2013, prefácio.

¹⁵⁷ *Idem*.

Os Estados-Membros devem também incentivar a formação inicial e contínua dos mediadores, a fim de assegurar a mediação eficaz, imparcial e competente.¹⁵⁸

Como não podia ser de outro modo, a norma comunitária delega aos Estados-membros o desenvolvimento normativo e regulamentar do Estatuto do Mediador, assim como das instituições que deverão prestar serviços no âmbito da mediação, conforme já previsto e regulado em vários sistemas jurídicos regionais. Em todos os casos, o legislador interno deve prever mecanismos suficientes para evitar a proliferação de cortes desqualificadas de mediação, tal como aconteceu no panorama arbitral e que tanto dano causou ao prestígio e bom nome da arbitragem em geral.¹⁵⁹

A Diretiva deixa uma grande margem de liberdade aos Estados-membros sobre a forma como deve ser assegurada a prestação de serviços de mediação de qualidade. No entanto, é preciso destacar que, se se pretende que parte dos litígios que chegariam aos Tribunais seja absorvida por instâncias não judiciais de solução de conflitos, impõe-se a existência de estruturas dotadas dos meios humanos e financeiros necessários ao desempenho desta função. Evidencia-se que, se não houver estruturas credíveis, integradas por mediadores com formação profissional qualificada e especialmente treinados para o exercício da função, a mediação pouco auxiliará na redução da demanda sufocante que assola os Tribunais. Desta forma, se a mediação não alcançar sucesso, com índices satisfatórios de composição entre as partes, rapidamente perderá o crédito como instrumento para a solução dos litígios, passando a ser compreendida pelos cidadãos apenas como mais uma instância a ser percorrida antes da obtenção de uma decisão judicial e pouco poderá contribuir para o tão almejado alívio no congestionamento de processos que sufocam os tribunais.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Art. 4º da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 4º. Garantir a qualidade da mediação. 1. Os Estados-Membros devem incentivar, por todos os meios que considerem adequados, o desenvolvimento e a adesão a códigos voluntários de conduta pelos mediadores e organismos que prestem serviços de mediação, bem como outros mecanismos eficazes de controlo da qualidade da prestação de serviços de mediação. Os Estados-Membros devem incentivar a formação inicial e contínua dos mediadores, a fim de garantir que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente relativamente às partes.”

¹⁵⁹ DELCASSO, Juan Pablo Correa. *Valoración crítica de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y de su trasposición en algunos ordenamientos jurídicos europeos. In La mediación en asuntos civiles y mercantiles: la transposición de la Directiva 2008/52 em Francia y em España.* Madrid: La Ley, 2013, p. 44/45.

¹⁶⁰ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias.*

O texto da norma comunitária, ao contrário do que ocorre com algumas legislações internas, como por exemplo na espanhola, não faz qualquer menção ao procedimento a ser seguido na mediação. No entanto, a resposta pode ser encontrada no *Livro Verde*¹⁶¹, que afirma explicitamente que os meios alternativos de solução de conflitos são baseados em uma série de garantias processuais mínimas que podem se apresentar sob a forma de princípios gerais, estabelecidos em nível legislativo, e podem ainda ser implementados e desenvolvidos em nível infralegislativo através de códigos de conduta que irão orientar a participação de todos os envolvidos na mediação.

2.4.1.2. O recurso à mediação

A Diretiva estabelece que os tribunais podem, antes que uma ação seja intentada e em qualquer fase do procedimento, tendo em conta todas as circunstâncias do caso em questão, convidar as partes a recorrerem à mediação para resolver o conflito. Os tribunais também podem sugerir (o que não é o mesmo que 'obrigar') as partes a assistirem a uma sessão de informação sobre a utilização da mediação, se tais sessões forem organizadas e facilmente disponíveis.¹⁶² O artigo 5º, item 1, da Diretiva aplica-se às situações em que uma ou ambas as partes em litígio tenham rejeitado a possibilidade de se submeterem à mediação, talvez porque não tenham o conhecimento necessário, ou o tenham de forma limitada, sobre o que aquela forma alternativa para solução do conflito. Contudo, tem sido afirmado que aquela presunção não deve ser aplicada nos casos em que ambas as partes têm representação legal.¹⁶³

Contra um dos princípios mais consagrados que inspiram toda a filosofia da instituição que nos interessa, que é a voluntariedade da mediação, a legislação comunitária sugeriu a possibilidade de que algumas leis nacionais consagrassem a obrigatoriedade do instituto ou a imposição de incentivos ou sanções no seu pro-

Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 72/73.

¹⁶¹ COM (2002) 196 final, de 19/04/2002.

¹⁶² Conforme art. 5º, item 1, da Diretiva 2008/52/CE.

¹⁶³ BILLIET, Philippe; KURLANDA, Ewa. *An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial matters.* In *The New EU Directive on Mediation: first insights.* Antwerpen – Apeldoorn: Maklu, 2008, p. 17.

cedimento, quer antes ou depois de o processo ter se iniciado.¹⁶⁴ Embora exista posicionamento sustentando que aquele dispositivo da Diretiva não contraria a natureza voluntária da mediação, desde que a legislação não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial¹⁶⁵, entendemos que o recurso à mediação, em hipótese alguma, deve ser obrigatório, embora não nos pareça uma opção demasiadamente rebuscada sacionar aqueles litigantes temerários (com ênfase a esta descrição) que, mesmo tendo posicionamento jurídico favorável ao direito pleiteado, inutilmente desperdiçaram recursos públicos na promoção de demanda judicial que claramente poderia ter sido pacificamente resolvida através dos canais de mediação e, embora tenham sido regularmente advertidos, sequer comparecem à sessão designada.¹⁶⁶

Ao estabelecer na Diretiva a possibilidade de as legislações internas adotarem a obrigatoriedade da mediação, não é difícil afirmar que a União Europeia deixou de reconhecer que a mediação mais eficaz ocorre quando as partes estão bem informadas e se submetem àquele processo de forma livre e voluntária, em vez de serem intimidadas para ele. A opção em permitir a obrigatoriedade da mediação nos ordenamentos jurídicos internos se baseia exclusivamente em duas justificativas: a) necessidade de afetar mais racionalmente os escassos recursos da justiça, criando soluções que permitam que parte significativa da litigação seja absorvida por sistema pré-judiciais de autocomposição ou b) tentativa de transformar uma sociedade de beligerantes numa sociedade de homens de paz, sem se atentar para a natureza da situação de determinados conflitos que nela existem, aos quais a mediação é pouco adequada.¹⁶⁷

Importante atentar também para a ocorrência de cláusulas contratuais de recurso aos meios alternativos de solução de conflitos, que são suscetíveis de afetar o direito de acesso ao tribunal na medida em que tenham por efeito atrasar ou

¹⁶⁴ Conforme art. 5º da Diretiva 2008/52/CE.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ, José Manuel Arias. *Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. In Revista del Poder Judicial. España: Consejo General del Poder Judicial, 2009, nº 88, p. 158.

¹⁶⁶ No mesmo sentido, a opinião compartilhada de Juan Pablo Correa Delcasso, in *Valoración crítica de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y de su transposición em algunos ordenamentos jurídicos europeos*. In *La mediación em asuntos civiles y mercantiles: la transposición de la Directiva 2008/52 em Francia y em España*. Madrid: La Ley, 2013, p. 47.

¹⁶⁷ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 71.

possam ter por resultado impedir a busca da solução no Poder Judiciário. Nesse sentido, a imposição contratual de métodos alternativos para solução dos litígios poderiam, por conseguinte, impedir o acesso à justiça na acepção do item 1 do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁶⁸ e do artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁶⁹

2.4.1.3. Os acordos resultantes da mediação

O acordos alcançados através da mediação têm maior chance de desempenho positivo quando comparados com os resultados oriundos das decisões judiciais, pois são baseados no consenso das partes, ao contrário das imposições autoritárias de um terceiro que não esteja vinculado a elas. Geralmente, as partes somente entram em acordo se elas realmente querem a solução, daí as taxas de desempenho mais elevados. Além disso, os acordos obtidos na mediação são bastante adequados para ter em conta as dificuldades financeiras das partes. Ainda assim, as partes podem querer criar um acordo com força executória. Este pode ser o caso quando a obrigações acordadas estão com o cumprimento distante no futuro ou quando as partes têm necessidades específicas de segurança emocional ou financeira.¹⁷⁰

A possibilidade de fazer acordos que tenham força executória é de particular interesse em situações transfronteiriças, nas quais o desrespeito de um acordo pode forçar as partes a iniciarem processos judiciais em outro Estado-membro. Dentre as declarações mais relevantes neste aspecto, encontra-se aquela que é fei-

¹⁶⁸ Conselho Europeu. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Art. 6º: "1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça."

¹⁶⁹ Item 1 do artigo 47º da Carta: "Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal no respeito das condições previstas no presente artigo"

¹⁷⁰ HOPT, Klaus J.. STEFFEK, Felix. *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 45.

ta logo na *Consideração* nº 19 da Diretiva: “A mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pela facto de o **cumprimento** dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão assegurar que as partes de um acordo escrito, obtido por via de mediação, possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório.” Grifo nosso.

Esta consideração faz menção há vários aspectos inerentes à mediação, entre eles o da eventual publicidade quando uma ou ambas as partes tiverem que buscar a justiça para o cumprimento do acordado, evidenciando-se que o processo de mediação é confidencial, ressalvada a necessidade de se tornar pública informação necessária para execução deste mesmo acordo. Na segunda parte da consideração, a Diretiva determina que os Estados-membros reconheçam internamente que o acordo alcançado pelas partes em processo de mediação é um título com força executória, além de assegurarem que as partes tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo do acordo seja declarado executório, mediante sentença, decisão, ato autêntico de um tribunal ou outra autoridade competente.¹⁷¹

De acordo com a Diretiva, os Estados-membros devem garantir a possibilidade de pelo menos uma das partes no litígio, com o consentimento explícito da outra, solicitar que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, tenha força executória. Sendo assim, o conteúdo firmado entre as partes será então exequível, ao menos que o objeto do acordo seja contrário à lei do Estado-membro onde o pedido foi feito ou a lei daquele Estado não preveja a executoriedade daquele acordo. Na prática, será necessária a proposição de uma ação perante um tribunal ou perante qualquer outra autoridade competente em conformidade com a lei do Estado-membro para dotar o conteúdo de tal acordo com força executória¹⁷². Isso acontece por meio de decisão ou autenticação por um tribunal ou certificação por um notário público, dependendo da legislação do Estado-membro¹⁷³. Esta disposição permite que as partes dêem ao acordo resultante da mediação *status* semelhante ao de um julgamento sem terem de iniciar processos judiciais.

¹⁷¹ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 82

¹⁷² HOPT, Klaus J.. STEFFEK, Felix. *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 47.

¹⁷³ Art. 6º da Diretiva 2008/52/CE.

O assunto em questão diz respeito à execução direta de um acordo através do uso de procedimentos de execução disponíveis no Estado-Membro onde a execução é requerida, e não simplesmente para saber se o acordo pode ser considerado como título executivo decorrente de um contrato vinculativo que tem como objeto uma solução amigável extrajudicial.¹⁷⁴

A possibilidade de tornar uma solução exequível já existe em alguns Estados-membros, quer através da apresentação do acordo a um notário, para ser confirmado como um instrumento autêntico, ou mediante a submissão a um procedimento específico geralmente denominado como “*homologação*”, em que o acordo se torna dotado de força executória da mesma forma que uma sentença.¹⁷⁵

Em vários Estados-membros, outras autoridades ou tribunais podem cumprir a mesma rotina em questões de direito de família. Submetido a um procedimento de homologação, o acordo será exequível de acordo com a *Regulamentação que cria o título executivo europeu de créditos não contestados*¹⁷⁶, sem a necessidade de qualquer instrumento autêntico. Da mesma forma, o acordo também poderá se executado segundo o ordenamento contido no *Regulamento Bruxelas I*, que também prevê o reconhecimento e a execução de acordos oriundos de mediação e que são considerados títulos executivos ao abrigo da legislação nacional, mesmo sem terem sido homologados ou confirmados por uma autoridade.¹⁷⁷

¹⁷⁴ BILLIET, Philippe; KURLANDA, Ewa. *An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial matters*. In *The New EU Directive on Mediation: first insights*. Antwerpen – Apeldoorn: Maklu, 2008, p. 18.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 19

¹⁷⁶ Regulamento (CE) n.º 1869/2005 da Comissão, de 16 de novembro de 2005, que substitui o Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados, publicado no OJ L300, de 17/11/2005, p. 6. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2005:300:TOC>, último acesso em 07/09/2015.

¹⁷⁷ Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental [Jornal Oficial L 338 de 23.12.2003]. Este regulamento diz respeito aos procedimentos civis relativos ao divórcio, à separação jurídica ou à anulação do casamento, bem como a todas as questões relativas à responsabilidade parental. Excluem-se do âmbito de aplicação deste regulamento os procedimentos civis relativos às obrigações de alimentos que são abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 4/2009 em questão. Extraído de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l33054#amendingact>, último acesso em 07/09/2015.

2.4.1.4. Os efeitos da mediação nos prazos de prescrição

Aspecto relevante do regime fixado na Diretiva é o que se prende com o impacto do início da mediação sobre os prazos de prescrição e caducidade dos direitos disputados entre as partes. Importa assegurar que, caso as partes não alcancem o acordo durante a mediação, elas não fiquem precludidas de submeter o conflito que buscavam resolver a instâncias judiciais ou extrajudiciais, em virtude do decurso daqueles prazos. Através deste meio de resolução de litígios tem-se em vista ampliar o acesso dos cidadãos à justiça, não restringi-lo.¹⁷⁸

Quando a tentativa de mediação não alcança o seu objetivo, que é o fim do conflito, as partes passam a ficar dependentes de uma ação contenciosa para eventual solução da demanda e passam a enfrentar a ameaça de ter o seu pedido eventualmente atingido pela prescrição. A expiração do prazo de prescrição é particularmente inaceitável quando uma parte dá a aparência de que quer se submeter à mediação, mas recusa ou dificulta todas as tentativas de solução objetivando prolongar o procedimento para que se alcance a prescrição. No entanto, a ameaça de limitações ao procedimento também pode impor às partes encargos para a realização da mediação de uma forma sincera e aberta. Em vista da prescrição iminente, algumas partes podem romper as negociações não resolvidas e optar por uma reclamação para não serem deixadas de *mãos vazias* caso a mediação não alcance seu objetivo.

Estas dificuldades foram motivo de preocupação da Diretiva, que buscou acautelar as partes ao dispor que *“Os Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação.”*¹⁷⁹

Portanto, no âmbito da União Europeia, as partes que optarem pela mediação não estão subsequentemente impedidas de iniciarem um processo judicial ou

¹⁷⁸ VICENTE, Dário Moura. *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*. Separata da Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra: Almedina, 2009, p. 135/136.

¹⁷⁹ Art. 8º da Diretiva 2008/52/CE.

de arbitragem em relação a essa disputa pela expiração dos prazos de prescrição e caducidade. Mesmo que o âmbito da Diretiva, em princípio, estenda-se somente às mediações transfronteiriças, há o evidente estímulo, como dito anteriormente, que as suas disposições também se estendam às regras das mediações *domésticas*. No entanto, alguns Estados-membros optaram por uma divisão na transposição da Diretiva, posto que, embora as partes estejam protegidas por lei contra a limitação da prescrição na mediação transfronteiriça, precisariam negociar sobre a questão da prescrição nas mediações internas. Contudo, existe uma clara tendência na União Europeia para a adoção de normas legais que suspendem a execução dos prazos de prescrição durante a mediação, incluindo a mediação privada.¹⁸⁰

Em última análise, apesar das disposições contidas na Diretiva, o princípio de que a contagem do prazo de prescrição de uma reivindicação que está sendo negociada deve ser suspensa não pode ser considerado específico para a mediação, mas um princípio fundamental da boa-fé que deve reger o comportamento entre as partes.¹⁸¹ Consequentemente, alguns sistemas jurídicos sustentam a regra sobre a suspensão dos prazos de prescrição não se referindo especificamente à mediação, mas de uma forma mais ampla, referindo-se à negociação.¹⁸²

2.5. A legislação portuguesa – Lei nº 29/2013

Seguindo a orientação contida no artigo 12º da Diretiva 2008/52/CE, que exortava os Estados-membros a transpô-la para as legislações nacionais, Portugal adotou as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento ao disposto naquele ordenamento comunitário. Assim, em 19 de abril de 2013, foi publicada a Lei n.º 29/2013,¹⁸³ que introduziu na ordem jurídica portuguesa os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em

¹⁸⁰ VICENTE, Dário Moura. *A Diretiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*. Separata da Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra: Almedina, 2009, p. 136

¹⁸¹ ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 146.

¹⁸² HOPT, Klaus J.. STEFFEK, Felix. *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 34.

¹⁸³ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis, último acesso em 04.09.2016.

Portugal e os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, cuja vigência se iniciou em 20 de maio de 2013.

A Lei n.º 29/2013 veio regulamentar, de forma autónoma, a mediação em Portugal, determinando o legislador, logo no seu art. 1.º, o propósito de estabelecer as normas aplicáveis em quatro setores fundamentais: 1) princípios gerais da mediação; 2) mediação civil e comercial; 3) estatuto jurídico dos mediadores; e 4) sistemas públicos de mediação.¹⁸⁴

Com esta inovação, o legislador português revelou a intenção de concentrar em um único documento legal vários aspectos relacionados à resolução de conflitos através da mediação, alguns dos quais já regulamentados em Portugal, ainda que em diplomas dispersos, confirmando a Lei n.º 29/2016 como *regime geral da mediação*.¹⁸⁵ A opção adotada mereceu reconhecimento, posto que estabeleceu tratamento legislativo autónomo e sistemático, concretizando no quadro normativo base deste método no ordenamento jurídico português.¹⁸⁶ Merece destacar que a nova legislação não se dirigiu apenas aos sistemas públicos de mediação, posto que também regulamentou a designada mediação privada. Efetivamente, no ordenamento jurídico português, e de forma inovadora face ao panorama europeu, foram criados serviços públicos de mediação geridos por entidades públicas, responsáveis pela recepção e tratamento dos pedidos de mediação no âmbito da competência material do sistema, bem como, pela elaboração de listas de mediadores habilitados a prestar serviços naqueles organismos e pela fiscalização da sua atividade.

¹⁸⁴ CEBOLA, Cátia Marques. *Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal*. Revista Brasileira de Direito, 11(2), jul.-dez/ 2015, p. 57.

¹⁸⁵ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11.

¹⁸⁶ Esse propósito ficou explícito na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 116/XII, que deu origem à presente lei: “*Aproveita-se ainda para concentrar num único diploma legislação que hoje se encontra dispersa por outros normativos. [...] A existência de uma lei de mediação como a agora proposta, ao regular uma matéria na qual se identificam claras lacunas, e ao unificar num único diploma regimes que se encontram hoje dispersos, contribuirá para uma maior divulgação da mediação e consequentemente para uma maior utilização deste mecanismo oferecendo aos cidadãos e às empresas uma solução que não é apenas uma “mera” alternativa ao recurso aos tribunais (e que desta forma contribui também para o descongestionamento destes) mas corresponde igualmente à consagração de um mecanismo que, em virtude das suas características, poderá e deverá ser encarado como a melhor solução para determinado tipo de litígio.*” Disponível em <http://www.smp.pt/wp-content/Parecer-SMMP-PPL-116-XII-Mediacao-Dezembro-2012.pdf>, último acesso em 15.09.2016.

O novel regime jurídico previu a necessidade de se proceder à regulamentação, por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, das qualificações e demais requisitos de inscrição na lista de mediadores de conflitos, bem como da definição do serviço do Ministério da Justiça competente para a organização da lista e a forma de acesso e divulgação desta e da autoridade competente para fazer a certificação das entidades formadoras.

A referida regulamentação foi publicada no Diário da República, no dia 27 de novembro de 2013, atribuindo novas competências à DGPJ – Direção Geral de Política de Justiça, através do seu Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), órgãos vinculados ao Ministério da Justiça português.

Assim, a Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro,¹⁸⁷ definiu a DGPJ como o serviço do Ministério da Justiça com competência para organizar a lista de mediadores de conflitos, referida no artigo 9º da Lei nº 29/2013, de 19 de abril, bem como os requisitos de inscrição, a forma de acesso e a divulgação daquela lista. Por sua vez, a Portaria nº 345/2013,¹⁸⁸ com a mesma data da anterior, também definiu a DGPJ como a autoridade competente para a certificação de entidades formadoras de cursos de mediação de conflitos.

O Capítulo II da Lei nº 29/2013 estabeleceu, nos artigos 3º a 9º, os princípios gerais aplicáveis “*a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objecto de mediação.*” Denota assim esta norma um carácter geral, pretendendo o legislador consagrar os alicerces que deverão ser concretizados não apenas na mediação civil e comercial como também nos sistemas públicos de mediação especializada (*mediação familiar, mediação laboral e mediação penal*), bem como como na mediação pública realizada nos Julgados de Paz,¹⁸⁹ o que nos parece fundamental na uniformização deste mecanismo em Portugal.

O princípio da *voluntariedade*, estampado no art. 4º da Lei nº 29/2013, decorre direta e expressamente da própria definição de *mediação* dada pelo

¹⁸⁷ Disponível em http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da/downloadFile/attachedFile_f0/P_344_2013.pdf?nocache=1385548600.21, último acesso em 30.08.2016.

¹⁸⁸ Disponível em http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da/downloadFile/attachedFile_1_f0/P_345_2013.pdf?nocache=1385548624.49, último acesso em 30.08.2016.

¹⁸⁹ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 24.

diploma legal em análise: “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.¹⁹⁰ Assim, o procedimento de mediação é voluntário, devendo ser obtido o “consentimento esclarecido e informado das partes”,¹⁹¹ que serão responsáveis pelas decisões tomadas durante a mediação. Assim, a Lei portuguesa não se limita a consagrar a voluntariedade da mediação como mero assentimento à sua realização, exigindo a necessidade de obtenção de um consentimento esclarecido e informado das partes para a sua concretização.¹⁹²

Portanto, evidencia-se que o legislador português repudiou a denominada *mediação obrigatória*,¹⁹³ determinando o princípio da *voluntariedade* como estruturante deste método de resolução de litígios, aliás seguindo a orientação proposta pelo legislador comunitário.¹⁹⁴

O princípio da confidencialidade, consagrado no art. 5º do diploma

¹⁹⁰ Art. 2º da Lei nº 29/2013: “Artigo 2.º Definições. Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.”

¹⁹¹ Art. 26 da Lei nº 29/2013: “Artigo 26.º Deveres do mediador de conflitos. O mediador de conflitos tem o dever de: a) Esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar.”

¹⁹² CEBOLA, Cátia Marques. *Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal*. Revista Brasileira de Direito, 11(2), jul.-dez/ 2015, p. 58.

¹⁹³ A voluntariedade da mediação portuguesa está traduzida de forma plena, não só por permitir a desistência de qualquer das partes em qualquer momento do procedimento (art. 4º, nº 2), mas, sobretudo, porque a recusa em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não significará violação do dever de cooperação (art. 4º, nº 3). Neste sentido, o legislador português não acolheu a existência de sistemas obrigatórios de mediação, não impondo sanção alguma à parte que não recorre a este procedimento. Por outro lado, encontramos em outros ordenamentos exemplos de comportamento diverso. A Argentina, como dito alhures, por exemplo, consagra a mediação obrigatória no âmbito dos processos civis e comerciais desde 1995, mantida atualmente pela Lei n.º 26.589, promulgada a 3 de maio de 2010, que estabelece no seu art. 28.º multa para a parte que deixar de comparecer injustificadamente à sessão de mediação prévia ao processo judicial. Na Europa, temos o exemplo da Itália, que consagrou no Decreto Legislativo n.º 28/2010, de 4 de março, a mediação obrigatória nas matérias prescritas no art. 5.º, n.º 1, constituindo a tentativa de resolução por este procedimento condição de admissibilidade da ação em juízo.

¹⁹⁴ Art. 3º da Diretiva 2008/52/CE: “Artigo 3.o Definições. Para efeitos da presente directiva, entende-se por: a) «Mediação», um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.”

português¹⁹⁵, consubstancia-se num dever de sigilo imposto ao mediador de conflitos, que abrange a impossibilidade de valorização em tribunal ou em sede de arbitragem do conteúdo das sessões de mediação. A confidencialidade apenas cede por razões de ordem pública, que incluem a proteção do superior interesse da criança, a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou para efeitos de aplicação de acordo obtido através da mediação, mas apenas na medida do necessário para proteger os referidos interesses. No entanto, o teor literal da norma impõe o dever de confidencialidade apenas ao mediador, inexistindo menção expressa quanto ao dever imposto às partes, ao contrário do que faz, por exemplo, a Lei de mediação civil e comercial espanhola, que impõe a obrigação de sigilo não só ao mediador, como também às associações de mediação e aos mediados.¹⁹⁶

No entanto, de forma inovadora relativamente à Diretiva 2008/52/CE, o legislador português consagrou, de forma expressa, o *princípio da igualdade* no art. 6º, nº 1, merecendo as partes tratamento equitativo durante todo o procedimento de mediação. Consequentemente, deve o mediador “*gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo.*”

No mesmo dispositivo legal,¹⁹⁷ o legislador estabeleceu que o mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo tratar de forma equitativa e imparcial as partes, salvaguardando sempre a sua independência. A igualdade preconizada pelo mediador de conflitos repercute na exigência de imparcialidade da sua conduta (art. 6º, nº 2), impondo-se a ele o dever de revelar qualquer circunstância que, precisamente, possa eventualmente afetar a isenção de

¹⁹⁵ Art. 5º da Lei nº 29/2013: “*Artigo 5.º Princípio da confidencialidade 1 - O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.*”

¹⁹⁶ Art. 9º, nº 1, da lei espanhola nº 5/2012: “*Artículo 9. Confidencialidad.1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.*” Disponível em https://copgalicia.gal/system/files/PDFs/xerais/real_decreto-lei_5-2012.pdf, acessado em 04.09.2016.

¹⁹⁷ Art. 6º da Lei nº 29/2013: “*Artigo 6.º Princípio da igualdade e da imparcialidade. 1 - As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo. 2 - O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação.*”

comportamentos que lhe é exigida. A norma indica expressamente algumas circunstâncias que poderão afetar a independência do mediador, designadamente a existência: 1) de uma relação familiar com as partes; 2) de um interesse financeiro quanto ao resultado da mediação, e 3) de uma relação profissional com qualquer das partes. Em todos estes casos, deverá o mediador recusar ou pedir escusa relativamente ao exercício da sua atividade.¹⁹⁸

Por fim, consagra-se no art. 9º o *princípio da executoriedade*, basilar ao procedimento da mediação, tendo em vista que explicita os requisitos necessários para que o acordo alcançado pelas partes possa servir de título executivo independente de homologação judicial, proporcionando redução de tempo e de recursos para a satisfação dos interesses envolvidos na controvérsia. A lei estabelece os seguintes requisitos, que devem ser observados cumulativamente, para que o acordo de mediação constitua-se em título executivo extravagante independente de homologação, podendo ser executado em caso de incumprimento das condições estabelecidas pelos mediados: 1) que o litígio possa ser objeto de mediação; 2) que a lei não exija homologação judicial no caso concreto; 3) que as partes tenham capacidade para a sua celebração; 4) que a mediação se realize nos termos legalmente previstos; 5) que o conteúdo do acordo de mediação não viole a ordem pública; e 6) que o mediador do acordo final tenha sido um profissional inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.¹⁹⁹

No entanto, a possibilidade de homologação do acordo obtido em mediação não está totalmente descartada. O art. 14º da lei em análise consagra possibili-

¹⁹⁸ Art. 27 da Lei nº 29/2013: "*Artigo 27.º Impedimentos e escusa do mediador de conflitos. 1 - O mediador de conflitos deve, antes de aceitar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação, revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção. 2 - O mediador de conflitos deve ainda, durante todo o procedimento de mediação, revelar às partes, de imediato, as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha conhecimento depois de aceitar a escolha ou nomeação. 3 - O mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, considere ter a sua independência, imparcialidade ou isenção comprometidas não deve aceitar a sua designação como mediador de conflitos e, se já tiver iniciado o procedimento, deve interromper o procedimento e pedir a sua escusa. 4 - São circunstâncias relevantes para efeito dos números anteriores, devendo, pelo menos, ser reveladas às partes, designadamente: a) Uma atual ou prévia relação familiar ou pessoal com uma das partes; b) Um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação; c) Uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes.*"

¹⁹⁹ Este último critério não é aplicável no caso de mediações efetuadas em sistema público de mediação. Também não será aplicável aos acordos de mediação celebrados em outros Estados Membros da União Europeia, que serão imediatamente executáveis na medida em que cumpram os requisitos de 1 a 4 acima referidos e possuam força executiva no Estado de origem.

dade de homologação e não contradiz o estabelecido no art. 9º, na medida em que constitui uma mera *possibilidade* outorgada às partes (e não uma *obrigação*), a qual tem a vantagem processual de conferir ao acordo homologado o valor de sentença (art. 705.º do CPC), restringindo-se, desta forma, os fundamentos de oposição à sua execução, nos termos do art. 729.º do CPC²⁷. Relativamente ao critério de homologação do acordo obtido em mediação, prescreve o art. 14.º, n.º 3, que se deve verificar se o consenso alcançado pelas partes respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui abuso do direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública. Constatou-se, assim, maior grau de exigência nesta questão, ao indicarem-se como critérios de homologação a boa-fé e o abuso de direito, os quais não constam como requisitos de executoriedade no art. 9º.

A Lei da Mediação portuguesa prevê um critério análogo ao da Lei da Arbitragem Voluntária de 2011 para determinar quais os litígios que podem ser sujeitos a mediação civil e comercial: aqueles que, respeitando a matérias civis e comerciais, estejam relacionados a interesses de natureza patrimonial ou interesses não patrimoniais em que as partes possam transigir sobre o direito em causa.²⁰⁰ Mediações que descumprirem esta norma são consideradas nulas.

A legislação portuguesa permite ainda que as partes podem estabelecer previamente, através de cláusula compromissória estabelecida em contrato, a mediação como forma de resolução de litígios futuros, que eventualmente resultem da predita relação contratual firmada pelas partes, sendo que esta estipulação contratual assume a designação de *convenção de mediação*, que necessariamente deverá ter forma escrita (documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes e outros meios que resultem em prova

²⁰⁰ Em matéria civil e comercial, o art. 11º da Lei n.º 29/2013 estabelece que somente podem ser submetidos a mediação litígios que “*respeitem a interesses de natureza patrimonial*”, ou seja, que possam ser avaliáveis em dinheiro. Inexistindo caráter pecuniário, apenas poderão ser objeto de mediação direitos controvertidos relativamente aos quais possam as partes *celebrar transação* (excluídos, deste modo, os direitos de que os respectivos titulares não podem dispor, bem como as questões inerentes a negócios jurídicos ilícitos, nos termos do art. 1249.º do CC). Afastou-se, portanto, o critério da *indisponibilidade* de direitos, adotado pela Diretiva 2008/52/CE, bem como pela maioria dos Estados membros, consagrando-se, em termos similares, a solução vertida na Lei de Arbitragem portuguesa nº 63/2011, de 14 de dezembro. *Cfr.* CEBOLA, Cátia Marques. *Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal*. Revista Brasileira de Direito, 11(2), jul.-dez/ 2015, p.61.

escrita, incluindo meios eletrônicos),²⁰¹ sob pena de nulidade da convenção.

Indicam-se nos arts. 25º e 26º, respectivamente, os direitos e deveres do mediador de conteúdos abrangendo, de forma geral, as principais prerrogativas e obrigações que devem caber a este profissional no exercício da mediação. No entanto, apesar da progressiva aplicação deste mecanismo no ordenamento jurídico português e a sua crescente regulamentação, ainda é prematuro afirmar categoricamente a existência da *profissão* de mediador. Na verdade, a generalidade dos profissionais que desempenham funções de mediador em Portugal fazem-no de forma complementar com outras atividades, não se dedicando exclusivamente à prática da mediação.²⁰²

Quanto aos deveres do mediador, impõe-se destacar o respeito por normas éticas e deontológicas previstas na Lei n.º 29/2013, bem como no *Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia*, analisado anteriormente. No entanto, ainda não se estabeleceu um código deontológico adaptado ao contexto português e aplicável a todos os mediadores em Portugal, cujo controle deveria estar adstrito a uma entidade externa, composta por especialistas na matéria, à semelhança do que se verifica com o Conselho Consultivo para a Mediação austríaco (*Beirat*).²⁰³

A Lei integra diversas matérias relativas à mediação no mesmo diploma (nela se passam a incluir, por exemplo, disposições que visam transpor a Diretiva nº 2008/52/CE). No entanto, não procede, como poderia ter feito, a um tratamento completo das matérias relativas a mediação, continuando a mediação laboral, familiar e criminal a ser reguladas separadamente (embora, conforme visto acima, também a estas matérias se apliquem os princípios gerais elencados nesta lei Lei).

Por fim, a Lei da Mediação portuguesa estabelece um quadro alargado de

²⁰¹ PINTO, Alexandre Mota; MENDES, João Pedro Castro. *Os princípios gerais aplicáveis à mediação e o regime da mediação civil e comercial em Portugal*. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez – Foro de Actualidad, nº 35, septiembre-diciembre 2013, p. 144.

²⁰² GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 49

²⁰³ Nos termos do art. 4.º da Lei de Mediação austríaca (Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I 2003/29) o Conselho Consultivo para a Mediação é composto por 12 membros, de entre os quais representantes de organizações profissionais dos psicólogos, juízes, membros dos Ministérios da Educação, Saúde, Proteção do consumidor, assim como, membros da Camara dos Notários ou investigadores na área científica da mediação. *Cfr.* KNÖTZL, Bettina; ZACH Evelyn. *Taking the Best from Mediation Regulations, Arbitration International*, vol. 23, n.º 4, 2007, p. 680.

litígios que podem ser sujeitos à mediação civil e comercial e cria um conjunto de incentivos à utilização da mediação, como a suspensão de prazos de caducidade e de prescrição e a executoriedade imediata de certos acordos de mediação. Acrescendo que uma convenção de mediação válida deve ser respeitada pelos tribunais, que deverão remeter o litígio para mediação caso não tenha sido respeitada a convenção.

3. O cenário da mediação judicial no Brasil

O ano de 2016 começou com um inovador arcabouço jurídico disciplinador da prática da mediação no Brasil em virtude da profícua produção legislativa ocorrida no ano anterior em relação às alterações do processo civil brasileiro. O novo Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016,²⁰⁴ e a Lei nº 13.140/2015, caracterizada como marco regulatório da mediação no Brasil, com vigência desde o dia 26.12.2015, agregaram-se à Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e reconheceu a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Os três institutos mencionados, irrigados pelos princípios insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passaram a integrar o que denominamos de *microsistema* da mediação judicial no Brasil.

Ao mesmo tempo que incentiva, o microsistema composto pelo CPC2015, pela Lei da Mediação e pela Resolução nº 125/2010 do CNJ institucionaliza e disciplina a mediação não como meio *alternativo* de resolução de conflito, mas como meio *integrado* ao processo civil. Ao tratar da mediação e da conciliação, o mencionado microsistema insere a sua realização no âmbito do processo judicial, sem, todavia, eliminar a independência e flexibilidade daqueles institutos, tornando-os instrumentos de participação, de comunicação eficiente e de troca

²⁰⁴ O Pleno do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que o novo Código de Processo Civil (CPC2015) entraria em vigor no dia 18 de março. A questão foi levada à apreciação do colegiado pelo ministro Raul Araújo, presidente da Segunda Seção do tribunal que, de forma unânime, interpretou o artigo 1.045 do CPC para definir a questão. O artigo dispõe que “*este código entra em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial*”. O novo CPC foi publicado no dia 17 de março de 2015.

cooperativa entre as partes e entre estas e o Poder Judiciário.

O ambiente criado pela análise sistemática daqueles três institutos normativos é de verdadeira valorização do consenso e de preocupação em criar, no âmbito do Judiciário, um espaço não apenas de *juízo*, mas de efetiva solução de conflitos, o que propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.²⁰⁵

Ainda que com muita dificuldade e após o quarto projeto de lei apresentado no Congresso Nacional brasileiro, o trabalho de consolidar um marco legal para a mediação foi concretizado. E o que essa novidade legislativa realmente representa? A recente concretização do marco normativo e a sua entrada em vigor há menos de um ano, potencializada pelas determinações contidas no novel Código de Processo Civil, provoca o efeito positivo de voltar holofotes a esse meio consensual de resolver. Fato é que foi necessária a edição de um diploma legal para que a mediação realmente passasse a ser foco de interesse de muitos profissionais no Brasil.²⁰⁶

3.1. A Constituição da República de 1988

A *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988, conhecida como “*Constituição Cidadã*”²⁰⁷, que atualmente disciplina o Estado brasileiro e é marcada pela consolidação do regime democrático no país e pelo amplo reconhecimento dos direitos fundamentais, apresenta em seu preâmbulo uma síntese da reflexão acerca do Direito e da sociedade que pautou os trabalhos desenvolvidos e culminou naquele documento que teria vigência a partir de então, estabelecendo a justiça como um dos valores supremos a reger “*uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada*

²⁰⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas*. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto o projeto do novo Código de Processo Civil*, vol. III. Salvador: Editora Juspodium, 2014, p. 197.

²⁰⁶ ANDRADE, Juliana Loss de. *Flexibilidade e satisfação das partes: base e legado da institucionalização da mediação no Brasil*. In: *Mediação*. Cadernos FGV Projetos, nº 26. Ano 10, dezembro 2015, p. 88.

²⁰⁷ Expressão criada por Ulysses Guimarães, em referência à participação popular na sua elaboração e ao objetivo nela presente de plena realização da cidadania, cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 91.

na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.²⁰⁸

O caráter político do preâmbulo constitucional é bastante claro e nele está expressamente resumido o projeto de Estado que se pretendeu instituir, demonstrando a ruptura constitucional e apresentando a nova ordem, com a explicitação dos fundamentos políticos, ideológicos e filosóficos que lhe deram origem, além de orientar sua interpretação²⁰⁹.

No entanto, além do caráter político, é importante definir a natureza jurídica e eventual função do preâmbulo no sistema normativo. De forma específica, questiona-se qual a relação do preâmbulo com o disposto nos artigos da Constituição e com as demais normas do ordenamento jurídico.²¹⁰ Dentre as posições divergentes que se apresentam sobre a dimensão jurídica do preâmbulo, a que nos parece mais acertada²¹¹ sustenta o valor jurídico-constitucional indireto do preâmbulo, pois ostenta a mesma origem das demais previsões constitucionais, não sendo consistente negar-lhe, em caráter geral, qualquer valor jurídico, sobretudo em virtude da unidade da Constituição. Esta conclusão, entretanto, não resulta em autonomia do preâmbulo, que deve ser entendido como vetor interpretativo – e em alguma medida de integração – das normas constitucionais,

²⁰⁸ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*”. Acessível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

²⁰⁹ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 67.

²¹⁰ Embora clássico em países como a França, este debate é relativamente recente no Brasil. Com aponta Dalmo de Abreu Dallari, somente após a Constituição de 1988 surgiu a preocupação com o preâmbulo, dando origem a alguma discussão acerca de seu eventual caráter normativo. O autor ressalta esta afirmação com a comprovação de que, antes da Constituição de 1988, raríssima doutrina se ocupava do tema, já que o preâmbulo não era considerado parte da Constituição, nem mesmo uma diretriz para a interpretação e aplicação de seus artigos. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Preâmbulos das Constituições do Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 96, Brasília, 2001, p. 245.

²¹¹ BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *Preâmbulo da CR: função e normatividade*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 107.

não detendo, portanto, a mesma eficácia das demais previsões contidas na Carta.²¹² Por estar fora do corpo da Constituição, no qual se concentram as decisões constitucionais explícitas, o preâmbulo valeria, sobretudo, como pauta hermenêutica.²¹³

Assim, o preâmbulo e as demais normas constitucionais apresentarão características diversas quanto à eficácia e ao papel que desempenham. No entanto, o preâmbulo pode ser invocado em conjunto com as demais normas constitucionais, sobretudo para aclarar ou reforçar o seu sentido, mas não de forma independente.²¹⁴

No caso específico dos meios alternativos de solução de conflitos, invocamos a norma prevista no art. 4º, inciso VII, da Constituição de 1988, a qual estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo *princípio da solução pacífica dos conflitos*.²¹⁵ Embora a mencionada norma constitucional estabeleça regra específica para as relações do Brasil em âmbito internacional, evidente que a solução adotada não pode ser entendida de maneira descolada da solução pacífica das controvérsias no plano interno, pois há forte ligação entre ambas dimensões, que pode ser claramente percebida quando analisada em conjunto com o preâmbulo da Constituição brasileira – “*..fundada na harmonia social e comprometida, na ordem*

²¹² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP: Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. 1, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 181; e MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. II, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 210/211.

²¹³ Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, “o preâmbulo das Constituições não tem a concretude necessária a fazer os seus dizeres dotados de aplicabilidade imediata ou com força coercitiva eficaz. Entretanto, o sentido declaratório do preâmbulo traça a senda que será esmiuçada e seguida nas normas que compõem o sistema constitucional. Esta declaração preliminar fixa o continente sistêmico e expõe a origem do exercício do Poder e as intenções da elaboração normativa constitucional, influenciando, às vezes decisivamente, na interpretação da Constituição. A força jurídica do Preâmbulo faz-se mostrar na dinâmica da Carta a que ele integra com a promulgação. É que a hermenêutica das normas jurídicas que a compõem traça-se segundo a principiologia posta no Preâmbulo e, em caso de dúvidas, prevalece a interpretação mais consentânea com os princípios e fins esclarecidos na expressão vestibular da Lei Maior.” ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p.67.

²¹⁴ As normas do preâmbulo “*não consagram direitos imediatamente aplicáveis, mas que constituem, por sua vez, uma espécie de orientação e sob esse ponto de vista estão imbuídas do caráter de compromisso jurídico e político para o legislador do futuro*”. SOUZA ARAÚJO, Sérgio Luiz. *Dos preâmbulos nas Constituições*. 1989. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 114.

²¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII - solução pacífica dos conflitos.

interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias". Ademais, indiscutível que, nos dias de hoje, os atores internos, inclusive Juízes no exercício de suas funções, corriqueiramente aplicam o direito internacional, posto que determinadas controvérsias possuem aspectos internacionais e internos.

Portanto, o princípio favorece a aplicação, sem percalços, também no âmbito interno, das soluções de controvérsias que, a primeira vista, deveriam ser adotadas somente no plano internacional. Se isso não puder ocorrer, e de maneira rápida, o inciso VII do art. 4º perde muito de sua efetividade. Nesse campo, sobressai a questão da implementação de decisões de organizações internacionais e tribunais internacionais no Brasil, como, por exemplo, as decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direito Humanos.²¹⁶

Acrescente-se que a invocação do preâmbulo da Constituição, que utiliza o vocábulo *controvérsia*, para esclarecer a amplitude da aplicação do princípio insculpido no inciso VII do art. 4º, não pode ser prejudicada pela utilização do termo *conflito* na redação deste último. Sabe-se que, historicamente, no direito internacional, a expressão mais empregada não é solução pacífica dos "*conflitos*", mas solução pacífica das "*controvérsias*", tendo em vista que o termo *conflito* normalmente é utilizado para referir-se ao uso da força armada; por sua vez, *controvérsia* denotaria uma disputa ou diferença que não envolve necessariamente a questão armada.²¹⁷

Seja como for, e ainda que a Constituição tenha empregado no inciso VII do art. 4º o termo em um sentido pouco técnico, a ideia que se extrai da análise conjunta do texto constitucional é que qualquer contenda, seja em nível internacional ou interno, deve ser resolvida pacificamente, ou seja, sem qualquer coação.²¹⁸

²¹⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Comentários ao art. 4º, VII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 173.

²¹⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Ob. Cit.* p. 172.

²¹⁸ "[...] os constitucionalistas afirmam, com absoluto conteúdo científico, que o preâmbulo é a parte mais importante da Carta Magna. Toda a Constituição deve ser interpretada a partir dele. Quando lá diz: com a solução pacífica das controvérsias (...), não se está dando exclusividade ao Poder Judiciário para a prestação jurisdicional. A solução das controvérsias por intermédio do Poder Judiciário é a penas o caminho estatal. Estão-se incentivando caminhos alternativos exercidos pela própria cidadania, como a mediação, a arbitragem e os tribunais de vizinhança [...]" DELGADO, José Augusto.

No entanto, por mais íntegra, verdadeira ou construtiva que seja a norma constitucional instigadora da harmonia social e da solução pacífica de controvérsias, se não houver a adequada administração de tribunais e órgãos públicos para sua realização, essa norma passa a ser texto morto ou mero indicativo de hipocrisias legislativas. Isto porque, por melhor que seja a norma, a sua má aplicação ou má gestão sempre pode extinguir sua eficácia e, com isso, seu potencial de transformação social.²¹⁹ Dessa lição, destaca-se a necessidade de as instituições públicas administrarem-se, para que o seu conteúdo axiológico possa ser realizado, e a essencialidade de as instituições realizadoras das políticas públicas estabelecerem sólidas parcerias.

Neste aspecto, em dezembro de 2004, a Constituição da República do Brasil foi reformada através da Emenda Constitucional nº 45²²⁰, que determinou significativas mudanças no âmbito do Poder Judiciário, em especial a criação do *Conselho Nacional de Justiça - CNJ*²²¹. O órgão foi inicialmente concebido para exercer o controle externo da atividade jurisdicional, função que reconhecemos ser de alta relevância, mas que nos últimos anos tem encontrado seu verdadeiro caminho traçado pela Constituição, que é o de um órgão de planejamento estratégico e gestão administrativa dos tribunais²²², e que vem atuando como eficiente agente apoiador da implantação de políticas públicas nacionais, principalmente no que se refere à disseminação da cultura da pacificação social e estímulo à prestação de serviços autocompositivos de qualidade, através do Movimento Nacional pela Conciliação e com a Resolução nº 125/2010, conforme veremos adiante neste trabalho.

Constitucionalidade da mediação. Série Cadernos do CEJ – Seminário Mediação: um projeto inovador. Brasília, v. 22, p. 17.

²¹⁹ AMORIM, José Roberto Neves. *Introdução*. In AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 4ª Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013, p. 16/15.

²²⁰ A Emenda Constitucional nº 45/2004, de 08.12.2004, popularmente conhecida como *Reforma do Judiciário*, entrou em vigor na data da sua publicação, em 31.12.2004, e está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm, último acesso em 23.10.2015.

²²¹ A composição do Conselho Nacional de Justiça e as suas atribuições estão previstas no art. 103-B da Constituição da República Federativa do Brasil.

²²² Conforme discurso do Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Ricardo Lewandowski, em dezembro de 2014, no Ministério da Justiça em comemoração aos dez anos da *Reforma do Judiciário*, disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62357-presidente-do-cnj-destaca-avancos-nos-10-anos-da-reforma-do-judiciario>, último acesso em 25.10.2015.

3.2. A atuação do Conselho Nacional de Justiça

A mediação é tema relativamente novo nas cogitações do legislador brasileiro, mas foi somente com a criação e instalação do Conselho Nacional de Justiça que medidas concretas, voltadas ao incremento das formas de autocomposição de interesses em conflito, foram efetivamente postas em prática.²²³

O art. 5º, inciso XXXV²²⁴, da Constituição Federal, garante a todos o direito de acesso à Justiça que, além de estabelecer uma vertente formal perante os órgãos judiciários, implica em acesso a uma ordem jurídica justa. Com este raciocínio, cabe ao Poder Judiciário estabelecer, no âmbito da sua atuação, políticas públicas de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que têm ocorrido em larga e crescente escala na sociedade, impondo a organização, em todo o território nacional, não somente dos serviços prestados nos processos judiciais, mas também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação, que são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. A experiência com programas implementados no país tem demonstrado que, a apropriada disciplina da mediação e da conciliação, tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.²²⁵

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo seu papel fundamental na organização e na promoção de ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social, implantou o *Movimento pela Conciliação* em agosto de 2006, que tinha como objetivos: a) alterar a cultura da litigiosidade; e b) promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos. Naquele mesmo ano, o CNJ, através do Movimento, promoveu encontros e debates

²²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 309.

²²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

²²⁵ Conforme justificativa apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça para implantação do Movimento pela Conciliação, disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/movimento-conciliacao-mediacao>, último acesso em 30.11.2015.

sobre o tema e lançou a Semana Nacional da Conciliação, evento que tem se repetido anualmente desde então e que abrange todos os tribunais do país.

Para consolidar o *Movimento pela Conciliação*, o CNJ, no exercício da função constitucional de planejador estratégico do Poder Judiciário, editou a *Recomendação nº 8/2007*,²²⁶ que sugeria aos tribunais brasileiros o planejamento e a viabilização de atividades conciliatórias, além de estimular a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento, com programação anual, a preparação de semanas e do dia nacional da conciliação, a definição de metas, a realização de pesquisas, dentre outras atividades. A Recomendação estimulava, ainda, a oferta de cursos de capacitação de conciliadores, magistrados e servidores.

Em abril de 2009, os chefes dos três Poderes da República, buscando incrementar o acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados, firmaram o *II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*²²⁷, e incluíram, dentre seus três objetivos básicos, o “*aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos*”. Sem prejuízo das respectivas competências constitucionais relativamente à iniciativa e à tramitação das proposições legislativas, os chefes dos três Poderes ainda assumiram o compromisso de “*fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização*”.

Importante destacar que, na época da assinatura do *II Pacto*, presidia o Supremo Tribunal Federal o Ministro Gilmar Mendes, que por força constitucional²²⁸ também acumulava a presidência do Conselho Nacional de Justiça. Na cerimônia de assinatura, no dia 13 de abril de 2009, o Ministro afirmou que o foco do trabalho seria difundido em todo o sistema de Justiça com ações concretas, citou a importância do Conselho Nacional de Justiça – CNJ naquele processo como coordenador e planejador das atividades da Justiça e garantiu que o Poder

²²⁶ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1218>, último acesso em 30.11.2015.

²²⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm, último acesso em 23.10.2015.

²²⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. “Art. 103-B ... § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.”

Judiciário assumia “o compromisso com a melhoria constante de suas estruturas, como protagonista de suas próprias mudanças”.²²⁹

Na esteira destes acontecimentos, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, em 2010, o Prêmio “*Conciliar é legal*”²³⁰, que busca identificar, premiar, disseminar e estimular a realização de ações de modernização no âmbito do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e, conseqüentemente, o aprimoramento da Justiça. O Prêmio, que já está em sua sexta edição consecutiva, reconhece e dá visibilidade às práticas de sucesso, estimula a criatividade e dissemina a cultura dos métodos consensuais de resolução dos conflitos, contribuindo para maior mobilização nacional em favor da conciliação e da mediação. Cada boa prática vencedora tem sido difundida pelos tribunais e torna a política pública de incentivo aos meios consensuais de solução de conflito mais eficiente.

3.2.1. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Todas aquelas iniciativas culminaram em ampla divulgação e utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito dos tribunais por todo o território nacional, mas que estavam se desenvolvendo sem metodologia e coordenação específicas, o que poderia levar ao descontrole, à superposição de tarefas e ao desperdício de energia, e causar resultado indesejável: o não atendimento do escopo maior, que era a solução dos conflitos.²³¹

A pluralidade e diversidade das ações estimuladas pelo Movimento pela Conciliação estampavam a necessidade, para a implementação paulatina e bem organizada do sistema, de uma nova política pública de tratamento e solução de conflitos de interesses com incentivo aos métodos autocompositivos e que considerasse a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de

²²⁹ Extraído de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106151>, último acesso em 05.11.2015.

²³⁰ Extraído de <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>, último acesso em 05.11.2015.

²³¹ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 81/82.

conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

Aquele quadro estimulou o Conselho Nacional de Justiça a editar a Resolução nº 125²³², de 29.11.2010, partindo da premissa que *“cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos 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”*.

A resolução nº 125/2010 do CNJ, portanto, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e reconheceu a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a disciplina apropriada daqueles métodos em programas já implementados pelos tribunais do país estava contribuindo efetivamente para a redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças. A criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Poder Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito. Com isso, a Resolução organizou e estabeleceu os serviços prestados não só no curso da relação processual (*atividades processuais*), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário na prevenção de demandas, mesmo que elas ainda não estejam judicializadas, com as chamadas *atividades pré-processuais*.

Ciente da relevância do assunto e diante da necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça, o Conselho Nacional de Justiça, através da edi-

²³² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>, último acesso em 05.11.2015.

ção da Resolução nº 125/2010, reafirmou a sua função de agente apoiador da implantação de políticas públicas nacionais, buscou disseminar a cultura da pacificação social, estimulou a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º) e incentivou os tribunais a se organizarem e a planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º), abandonando as fórmulas exclusivamente positivas. Todas essas medidas tinham como objetivos principais combater a falha na missão pacificadora dos tribunais, a sobrecarga de processos e os elevados custos de manutenção, promovendo uma verdadeira alteração na abordagem de tribunais e magistrados, que deixaram de se pautar subjetivamente por fórmulas objetivas de “*como devo sentenciar em tempo hábil*” e passaram a adotar postura mais humanizada de “*como abordar a questão para a realização dos interesses pleiteados de modo mais eficiente, com maior satisfação dos interessados e no menor prazo*”, estabelecendo uma nova visão sobre a função do Poder Judiciário, visto a partir da Resolução como centro de harmonização social.

Através da Resolução 125/2010, o Conselho Nacional de Justiça interferiu na estrutura de todos os tribunais, determinando a criação de uma estrutura específica para padronização e realização dos meios alternativos de solução de conflitos em todo o país, com a implantação dos *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos* – NUPEMEC e dos *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania* – CEJUSC.

O NUPEMEC, instituído em cada um dos tribunais do país e composto por magistrados que ainda estão na ativa ou já aposentados, é tido como o “*cérebro autocompositivo*” administrativo e tem como objetivos desenvolver a política judiciária local de resolução alternativa de disputas e coordenar a implantação dela no âmbito da jurisdição do seu respectivo tribunal. Fica a cargo deste órgão centralizador a capacitação de magistrados, servidores, mediadores e conciliadores (voluntários ou não), além de promover a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC. É atribuição dos Núcleos criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento daqueles profissionais.

Os CEJUSC, por sua vez, são o “*corpo autocompositivo*” dos tribunais, pois integram a estrutura do Poder Judiciário, espalhados por todo o território coberto por sua respectiva jurisdição, e são responsáveis pela realização das sessões

de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação aos cidadãos. São nesses centros que se realizam as sessões de conciliação e mediação, tanto judiciais como extrajudiciais, somente por mediadores e conciliadores que tenham se submetido aos cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento e que se submeteram ao estágio supervisionado na forma estabelecida pela Resolução.

Os Centros são coordenados por um juiz coordenador, que conta, se necessário, como auxílio de um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Salvo disposição diversa em regramento local, os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal serão designados pelo Presidente de cada tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento que tenha observado os requisitos estabelecidos na Resolução.

A política pública instituída pelo CNJ não se restringiu ao Poder Judiciário e buscou a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos. Além disso, determinou que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento de magistrados e servidores do Judiciário, além de ter estabelecido interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando participação destas instituições nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei 13.140/2015, o Conselho Nacional de Justiça, através da emenda nº 2 de 08.03.2016,²³³ reforçou o caráter complementar dos meios alternativos de solução de conflitos e incumbiu aos órgãos judiciários, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de

²³³ A Emenda nº 2, de 08.03.2016, alterou e acrescentou artigos à Resolução nº 125/2010 do CNJ, adequando o seu texto às determinações contidas no Código de Processo Civil de 2015 e da Lei 13.140/2015, reforçando a existência no ordenamento jurídico brasileiro de um microsistema composto por aqueles três institutos normativos referente aos meios alternativos de solução de conflitos.

controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. A mesma emenda determinou a criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores visando interligar os cadastros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça lançou no dia 03.05.2016, em Brasília (DF), o **sistema de mediação digital**²³⁴ previsto na Resolução nº 125/2010, que pode ser acessado no Portal do CNJ. O sistema permite a realização de acordos, celebrados de forma virtual, de partes do processo que estejam distantes fisicamente, como, por exemplo, entre consumidores e empresas. O sistema permite a troca de mensagens e informações entre as partes, adequando-se à realidade de cada setor, e pode sugerir o uso de uma linguagem mais produtiva à mediação ao constatar mensagens hostis. Os acordos podem ser homologados pela Justiça, ao final das tratativas, caso as partes considerem necessário. Caso não se chegue a um acordo, uma mediação presencial será marcada e ocorrerá nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, também criados pela Resolução.

3.3. A Lei da Mediação no Brasil – Lei nº 13.140/2015

A Lei nº 13.140/2015, de 26 de junho, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, tanto no âmbito extrajudicial quanto judicial, e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Embora tenha sido publicada após o novo Código de Processo Civil (CPC 2015)²³⁵, a Lei da Mediação entrou em vigor bem antes, tendo em vista que seu art. 47 estabeleceu *vacatio legis de apenas* cento e oitenta dias decorridos da sua publicação oficial, enquanto o Código teve a sua entrada em vigor estabelecida somente após um ano de sua publicação. Porém, merece observar que a diferença entre os períodos de *vacatio* daqueles dois diplomas legais e a especialidade da Lei

²³⁴ Alternativa rápida e econômica de solução de conflitos prestada através de serviço público e gratuito. O sistema facilita o diálogo entre as partes para a realização de um acordo que poderá ser homologado por um juiz. Acessível através do endereço <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>.

²³⁵ Lei nº 13.105/2015, de 16 de março, que entrou em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial, nos termos do art. 1.045 daquele diploma legal.

da Mediação causaram a inusitada derrogação de alguns artigos do CPC 2015 mesmo antes da sua entrada em vigor, tendo em vista que não se alinhavam aos ditames da lei específica.

Até a elaboração da Lei nº 13.140/2015, considerada o marco regulatório da mediação no Brasil, não havia uma lei geral na área civil no direito brasileiro dispondo sobre a regulamentação da mediação, positivando-a no ordenamento jurídico, mesmo sendo um instituto bastante utilizado já há algum tempo no país.²³⁶ O que existia até então limitava-se ao *Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - CONIMA*²³⁷, e de outras entidades que buscavam a divulgação, em âmbito nacional, da mediação, tendo como exemplos o *IMAB - Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil*²³⁸, o *MEDIARE - Centro de Administração de Conflitos*²³⁹, fundado em 1997, e o *CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem*²⁴⁰, fundado em 2003.

A lei considera como *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.”²⁴¹ Embora o CPC2015 não defina a mediação, traz em seu texto, no § 3º do art. 165, a especificação da atuação do *mediador*, determinando que ele “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.”²⁴² O Código faz ainda, no § 2º daquele mesmo artigo, a distinção da atividade do *conciliador* “que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes,

²³⁶ MARTINS, Dayse Braga. *A Mediação no processo de democratização do Estado*. In NETO, Adolfo Braga; SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.) *Estudos sobre Mediação e Arbitragem vários autores*. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 54.

²³⁷ Disponível em www.conima.org.br, último acesso em 27.09.2015.

²³⁸ Disponível em www.imab-br.net/pt/, último acesso em 30.09.2015.

²³⁹ Disponível em www.mediare.com.br/, último acesso em 30.09.2015.

²⁴⁰ Disponível em www.cbma.com.br, último acesso em 27.09.2015.

²⁴¹ Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm, último acesso em 30.10.2015.

²⁴² Art. 165, § 3º, da Lei 13.105/2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, último acesso em 30.10.2015.

podará sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

Em verdade, os §§ 2º e 3º do art. 165 têm caráter didático²⁴³, na medida em que formulam pontos diferenciadores entre conciliação e mediação e trazem sugestões das formas de abordagem das partes pelo terceiro imparcial, dependendo da natureza do vínculo estabelecido entre ela. Como se pode notar, o papel do conciliador é mais presente do que o do mediador, na medida em que tem como atribuição sugerir alternativas para a resolução do litígio, podendo inclusive apresentar propostas de solução capazes de encerrar o conflito. Por outro lado, sua finalidade não é examinar todo o contexto da controvérsia, devendo cingir-se à solução do conflito que lhe é submetido, devendo oferecer sua proposta de solução ao cabo de intensa discussão entre as partes, que deverão ser as verdadeiras protagonistas do acordo, de modo a que saiam do episódio conciliatório tendo fortalecido a autonomia da vontade e conscientes da necessidade de cumprirem aquilo que por deliberação própria tenham pactuado.²⁴⁴

O mediador, por sua vez, atua como colaborador para que as partes cheguem, por sua própria iniciativa, a um acordo. Em regra, o mediador não sugere solução para a controvérsia estabelecida entre as partes, mas intervém apenas no limite necessário para que elas restabeleçam o diálogo, analisem suas posições mutuamente e possam encontrar os pontos da divergência, decidindo sobre a melhor solução para o litígio por elas mesmas.²⁴⁵

A diferença fundamental, portanto, entre conciliação e mediação reside justa e precisamente neste ponto: na *mediação*, o terceiro imparcial (mediador) não exerce qualquer tipo de influência sobre o modelo de solução a ser adotado pelas partes, cabendo a ele apenas e tão somente promover sua aproximação e diálogo, estimulando a criatividade em torno de possíveis soluções. O mediador não apresenta qualquer desenho próprio de solução para o conflito. Contudo, isso não significa que sua atividade seja passiva, pois cabe a ele fomentar a busca de soluções viáveis, que respeitem a autonomia da vontade e que representem a

²⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 311.

²⁴⁴ *Idem*

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 230.

efetiva solução para a controvérsia.²⁴⁶ Ao conciliador, no entanto, cabe papel diferenciado, pois, depois de procurar fomentar a busca de solução pelas partes, poderá, ele mesmo, apresentar sua própria proposta de solução para o conflito.²⁴⁷

Embora não traga em seu texto expressamente o caráter voluntário da mediação, a lei brasileira afasta a obrigatoriedade da participação prévia naquele tipo de procedimento como condicionante para o processo judicial ao estabelecer no art. 2º, § 2º, que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. A redação final da lei diferiu daquela inicialmente prevista no PL 7.169/14, que assentava a facultatividade da mediação, dispondo no parágrafo 1º do artigo 2º que “ninguém será obrigado a submeter-se a procedimento de mediação”.²⁴⁸ As semânticas definitivamente não são iguais, posto que não ser obrigado a “**permanecer em procedimento de mediação**” difere de não ser “obrigado a **submeter-se a procedimento de mediação**”. *Permanecer* pressupõe que o procedimento já se iniciou e que ainda está em trâmite, facultando-se às partes a possibilidade de abandonar o processo de mediação a qualquer momento, transferindo a solução da controvérsia para o juiz. A redação final da lei indica certa indecisão do legislador, que não se posicionou expressamente sobre a voluntariedade da submissão ao procedimento, deixando lacuna para a instituição de uma eventual condição de procedibilidade futura, circunstância indesejável.

Estão consagrados na lei, como princípios orientadores da mediação, dentre outros, a *imparcialidade do mediador*, a *isonomia entre as partes* e a *confidencialidade*, condições *sine qua non* para que o procedimento se realize e os resultados advindos dele sejam plenamente válidos, oferecendo às partes a garantia de segurança e justiça na solução do conflito existente entre elas por esta via.

O princípio da confidencialidade mereceu especial atenção do legislador, que dedicou exclusivamente a ele uma seção inteira da lei.²⁴⁹ A atividade

²⁴⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 132-133.

²⁴⁸ Projeto de Lei nº 7.169/2014, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=99575D58AD57303F4203DB410147FE17.proposicoesWeb2?codteor=1230584&filename=PL+7169/2014, último acesso em 13.09.2016.

²⁴⁹ Seção IV do Capítulo I da Lei 13.140/2015, que trata exclusivamente da confidencialidade e suas exceções.

desenvolvida pelo mediador, bem como aquela de que se desincumba o conciliador, está sujeita às regras inerentes à confidencialidade e tem como primeira e importante característica a de garantir às partes absoluta proteção de suas manifestações durante a sessão de mediação, de forma que não exista inibição ou limitação alguma nos diálogos e na exposição dos fatos. Inexistindo a garantia da confidencialidade, as partes poderiam preservar informações relevantes diante do receio de que, se eventualmente a solução não fosse alcançada naquele momento, pudessem ser utilizadas em desfavor do seu interesse. Em fiel tradução ao princípio: inexistindo acordo entre as partes, tudo aquilo que se discutiu nas sessões de mediação ou conciliação não poderá ser exposto ou fundamentar eventuais decisões no processo judicial.²⁵⁰

Em virtude da confidencialidade, recomenda-se que a atuação do juiz, ao tentar conciliar as partes, se limite àquele deve que lhe é tradicionalmente atribuído, mas que não envolva “*nem estar à testa e nem mesmo participar de sessões dirigidas por mediadores e conciliadores treinados para isso*”.²⁵¹ O cuidado merece destaque, pois as partes poderão mencionar fatos que o juiz não poderá levar em conta para decidir, nem deveria ser por eles influenciado no momento de decidir, e que, portanto, não deveria saber.

Todavia, a confidencialidade não é absoluta, tendo em vista que existe exatamente para proteger as partes. Nos termos do art. 30, *caput*, da Lei da Mediação, toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, “*salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação*”. Da mesma forma, não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública,

²⁵⁰ “*Se o mediador for magistrado ou juiz leigo, deve deixar claro que, caso a mediação não se concretize, nada do que foi conversado ou tratado durante o processo mediacional poderá fundamentar eventual futura decisão. Por evidente, não deve consignar propostas rejeitadas ou ofertas ocorridas no processo de mediação que devem manter-se em sigilo*”. Cfr. BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos Juízes*. Revista de Doutrina TRF4, n. 63. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/roberto_bacelar.htm, último acesso em 13.09.2016.

²⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 314..

ainda que condicionada à representação do ofendido.²⁵²

A Lei da Mediação estabelece que somente 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. Além disso determina que os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial. Merece destacar que o novo texto legal não exigiu a formação específica em determinado curso superior, exatamente para estimular a necessária multidisciplinariedade utilizada nas sessões de mediação.

Para requerer a sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro dos tribunais estaduais e federais, o mediador judicial deverá comprovar o preenchimento requisito de *capacitação mínima*. Desta ordem, os tribunais deverão realizar cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento tanto para mediadores como para conciliares.²⁵³

A teor do artigo 25 da lei sob análise, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes na mediação judicial, observadas as hipóteses de impedimento e suspeição contidas no artigo 5º. Extrai-se daquele dispositivo que os mediadores/conciliadores escolhidos não poderão ser rejeitados, exceto nos casos de impedimento e suspeição. Contudo, afigura-se adequado estender a possibilidade de rejeição nos casos de matérias com elevada complexidade, que demandem

²⁵² Art. 30, § 3º, da Lei 13.140/2015.

²⁵³ Art. 12 da Resolução 125/2015 do CNJ: “Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. ([Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13](#)). § 1º Os tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros. ([Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16](#)). § 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário. ([Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16](#)). § 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar as diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ (Anexo I) e deverão ser compostos necessariamente de estágio supervisionado. Somente deverão ser certificados mediadores e conciliadores que tiverem concluído o respectivo estágio supervisionado. ([Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16](#)). § 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores de diálogo entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido nesta Resolução (Anexo III). ([Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16](#))”

excepcional *expertise* do profissional mediador/conciliador, caso o profissional indicado não a tenha.

A Lei da Mediação inovou também ao normatizar a aplicação da mediação no âmbito da administração pública, autorizando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e III) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.²⁵⁴

Mesmo sendo alvo de objeções, a lei é bem-vinda no ordenamento jurídico brasileiro, pois permite que a Administração Pública solucione problemas, conflitos e controvérsias por meio de mecanismos de autocompositivos, que são bem mais efetivos e aceitos pelos participantes do que os heterocompositivos, notadamente os que se desenvolvem no âmbito do Poder Judiciário. Acrescente-se a esta efetividade na solução de problemas, o fato de a Administração Pública brasileira ser a parte que possui o maior número de processos judiciais em andamento, conforme dados divulgados pelo CNJ. Implantar sistema de solução de controvérsias que seja de “*múltiplas portas*” favorece o desenvolvimento das atividades administrativas e da governança pública, o atendimento das demandas e anseios dos cidadãos, bem como do setor produtivo.

Além disto, a inclusão desta lei na Administração Pública, coaduna-se com as transformações recentes do conteúdo e dos princípios do regime jurídico administrativo. As mudanças nos campos econômico, social e estatal impuseram o surgimento de novas concepções acerca da Administração Pública baseada nas ideias de consensualismo, cidadania ativa, eficiência entre outras.²⁵⁵

Por fim, o artigo 46 da Lei de Mediação traz uma novidade alvissareira, dispondo que o procedimento poderá ser feito através da *internet* ou por outro

²⁵⁴ Art. 35 da Lei 13.140/2015.

²⁵⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público*. Revista Direito do Estado, número 151, ano 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>, último acesso em 04.09.2016.

meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. No âmbito da Justiça Federal brasileira, a conciliação virtual já era uma realidade desde 2012. O *Fórum de Conciliação Virtual*, como foi chamado na Justiça Federal da 4ª Região, desenvolve-se em ambiente inteiramente virtual e assíncrono, sem a participação de juiz ou de terceiros facilitadores, de forma integrada ao processo eletrônico, primando pela simplicidade, confidencialidade, informalidade, desmaterialização e desterritorialização da solução das demandas. Providência similar foi recentemente adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a adoção do ***sistema de mediação digital***, conforme mencionado no capítulo anterior, porém com possibilidade de extensão do uso para solução de conflitos que vão além daqueles de competência exclusiva da Justiça Federal.

3.4. O Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015

Em 2010, como dito alhures, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução 125/2010, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Diante da inexistência de legislação específica sobre o assunto, a mediação passou a ser disciplinada por essa norma administrativa, que serviu de grande inspiração para o Novo Código de Processo Civil brasileiro²⁵⁶. Merece destaque o fato de o legislador ter inovado positivamente ao inserir a conciliação e a mediação no sistema processual do CPC2015, tendo em vista que, nos últimos anos, a busca de meios adequados de solução de conflitos e o incentivo às técnicas de autocomposição tornaram-se cada vez mais frequentes, demonstrando que a normatização das atividades dos conciliadores e dos mediadores fortalecerá, ainda mais, a prática que já vinha sendo adotada.

Cumpram aqui observar que as expressões *mediação* e *conciliação* são empregadas no novo Código para se referir a meios, processos, métodos de se chegar à solução consensual. A maioria dos doutrinadores especializados utiliza a expressão *mediação* para se referir a um processo orientado por terceiro imparcial

²⁵⁶ Lei 13.105/2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, último acesso em 30.10.2015. O Pleno do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que o novo Código de Processo Civil (CPC2015) entraria em vigor no dia 18 de março de 2016, uma ano após a sua publicação.

e independente, cuja função é fazer com que as próprias partes alcancem um acordo, se que o terceiro interfira ou sugestione os caminhos a serem trilhados para a resolução do conflito. A *conciliação*, por sua vez, também é um processo orientado por terceiro imparcial e independente que, todavia, pode assumir papel mais ativo na construção do consenso. No entanto, na prática, é difícil manter a linha divisória entre ambos os papéis, posto que muito tênue.²⁵⁷ Há vasta literatura sobre as técnicas ou *ferramentas* que devem ser utilizadas por aqueles que conduzem a *mediação* e a *conciliação*, para que estes processos produzam bons resultados, alcançando a desejada solução consensual do conflito.

Logo no início, quando disciplina as normas fundamentais do processo civil, o CPC2015 contém disposições informadoras de um modelo processual *cooperativo*,²⁵⁸ estabelecendo que os sujeitos processuais devem cooperar para o julgamento do processo, cabendo ao juiz velar pelo contraditório e paridade das partes.²⁵⁹ O art. 3º do novo Código trata exatamente do princípio da inafastabilidade (reproduzindo o quanto previsto no art. 5º, inciso XXXV,²⁶⁰ da Constituição Federal, contemplando, em seus parágrafos, a admissibilidade da arbitragem e estabelecendo a promoção dos meios consensuais de resolução de

²⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 694.

²⁵⁸ O modelo cooperativo traduz um novo paradigma na divisão de tarefas entre partes e juiz. A ideia central desse modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e partes igualmente ativas, colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em prazo razoável. Sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes, busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo. *Cfr.* BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora Juspodium, 2013, p. 179.

²⁵⁹ “É claro, todavia, que a relativização do brocardo *Iura novit curia* só tem sentido se passarmos a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação, consoante já se pretendeu, por exemplo, com o positivismo legal racionalista. Vale dizer: só tem sentido se pressupormos a separação entre texto e norma se assumirmos o Direito como um problema para cuja solução pode pesar o aporte argumentativo que as partes levam ao processo (no fundo, passa-se de um processo caracterizado por um solilóquio judicial para um processo entendido ante de tudo como um colóquio de todos que nele tomam parte – ou como prefere parte da doutrina – como um processo policêntrico e participativo). E essa constatação decorre do abandono de uma lógica apodítica, reconhecendo-se o direito cada vez mais como *juris prudentia* e não somente como *scientia juris*, consoante postula a doutrina.” *Cfr.* MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

²⁶⁰ Art. 5º da Constituição da República de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

disputas como um dos pilares do processo civil brasileiro.

A única alteração, de “*apreciação do Poder Judiciário*” (CF) para “*apreciação jurisdicional*” (CPC2015) tem o sentido de indicar que às ameaças ou lesões a direito deverão ser dadas *soluções de direito*, mas não necessariamente pelo Poder Judiciário. Tanto é assim que os parágrafos do art. 3º se referem expressamente aos “*métodos de solução consensual de conflitos*”. A novidade trazida por este dispositivo consiste justamente em se abrirem portas distintas para que o próprio magistrado (assim como advogados, defensores e membros do Ministério Público) incentive as partes, tendo em vista as peculiaridades do caso, a tentar a resolução do conflito pela *mediação* ou pela *conciliação*. A partir do instante que a própria lei faz referência a este *dever* do juiz, fica definitivamente afastada a opinião no sentido de que incentivar as partes a optar por outro caminho que não o da *jurisdição* estatal seria denegar a justiça.²⁶¹

Efetivamente, caberá aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, estimular o uso da conciliação, mediação e demais mecanismos de resolução de conflitos, sendo dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos. Destaque-se que a norma é promocional, pois o Estado deverá *promover* o uso dos meios alternativos de solução de conflitos, enquanto os profissionais da área jurídica deverão *estimular* o seu uso. Tudo inclui um esforço de capacitação de pessoal, criação de estrutura física, esclarecimento da população e treinamento dos servidores e dos profissionais do meio jurídico em geral e a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução de conflitos no âmbito da administração pública. É nítida, portanto, a construção de um verdadeiro sistema de resolução de disputas, composto não só pelo Poder Judiciário, mas também por outras instituições públicas e também privadas, todos juntos dedicados ao efetivo desenvolvimento da mediação.²⁶²

Da análise do novo Código, extrai-se que os meios *alternativos* de

²⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 60.

²⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas*. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, vol. III. Salvador: Editora Juspodium, 2014, p. 199.

resolução de conflitos deixam de ser apenas *alternativos* e passam a compor um quadro geral dos meios de resolução de disputas; passam a ser meios *integrados* de resolução de disputas, atenuando a dicotomia (resolução judicial *versus* meios alternativos). Abandona-se a prática do meio de resolução de disputas e suas alternativas, passando a ser oferecido uma *série de meios*, entrelaçados entre si e funcionando num esquema de *cooperação*, voltados à resolução de conflitos e pacificação social.

O objetivo do processo deixa de ser apenas *judgar* para se tornar instrumento de solução efetiva de conflitos.²⁶³ Em muitos casos, isso significa uma sentença bem fundamentada, com uma fase de execução ágil e efetiva, mas em outros, é alcançar o meio termo e o acordo entre as partes. Inquestionável a mudança de paradigma! Tradicionalmente, desde *Chiovenda* e *Carnelutti*, sempre se falou que o processo serve para aplicar a lei, sendo um espaço de *decisão* e raciocínio subsuntivo. O processo civil brasileiro, com a entrada em vigor do CPC2015, ingressa na era do processo como ambiente de diálogo e de busca pelo *melhor* caminho para a resolução de cada conflito.²⁶⁴

O novel Código de Processo também inovou na estrutura de recursos humanos dos tribunais ao acrescentar no tradicional elenco dos auxiliares da justiça o *mediador* e o *conciliador judicial*, que passam a integrar oficiosamente a estrutura que presta serviços em cooperação com o magistrado para a realização da função jurisdicional.²⁶⁵

Além da intervenção em recursos humanos, o CPC2015 também inova na reestruturação administrativa dos tribunais ao determinar a criação de centros de

²⁶³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114/115.

²⁶⁴ O novo Código tem como compromisso promover a solução consensual do litígio, sendo uma das suas marcas a viabilização de significativa abertura para a autonomia privada das partes – o que se manifesta não só no estímulo a que o resultado do processo seja fruto de um consenso das partes (art. 3º, §§2º e 3º do CPC2015), mas também na possibilidade de estruturação contratual de determinados aspectos do processo (*negócios processuais*, art. 190; e *calendário processual*, art 191, ambos do CPC2015). *Cfr.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 96-97.

²⁶⁵ Art. 149 da Lei 13.105/2015: “Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”

conciliação e mediação²⁶⁶, onde serão realizadas as sessões que objetivam estimular a autocomposição. A estrutura e organização dos centros serão de responsabilidade dos tribunais, independente dos seus tamanhos ou especificidades, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça. Este dispositivo encontra evidente inspiração no art. 7º da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que já estava sendo aplicado pelos tribunais do país e que criou os *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC*, para onde as partes são encaminhadas para terem acesso aos meios alternativos de solução de conflitos.

Nos termos da legislação processual, a conciliação e a mediação devem submeter-se aos princípios da *independência*, da *imparcialidade*, da *autonomia da vontade*, da *confidencialidade*, da *oralidade*, da *informalidade* e da *decisão informada*. Dentre estes, apenas os princípios da *independência* e da *decisão informada* não encontram ressonância na Lei de Mediação acrescentando que os princípios da *isonomia entre as partes* e da *boa-fé*, nela previstos, são princípios gerais do processo civil e estão dispostos, respectivamente, nos artigos 7º e 5º do CPC2015.

As partes estão autorizadas pela lei processual a escolherem, de comum acordo, o *conciliador*, o *mediador* ou a câmara privada de conciliação e de mediação. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal. Caso não haja consenso na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição normal entre aqueles regularmente cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação em relação à natureza do conflito. O Código ainda sugere que, sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador para atuarem junto às partes.²⁶⁷

Os tribunais poderão optar pela criação em suas estruturas administrativas de cargos próprios de conciliadores e mediadores, a serem preenchidos por concurso público de provas e títulos, cuja remuneração será estabelecida de acordo com a política remuneratória dos servidores públicos

²⁶⁶ Art. 165, § 1º da Lei nº 13.105/2015: “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.”

²⁶⁷ Art. 168, §§1º, 2º e 3º da Lei nº 13.105/2015.

vinculada àqueles tribunais, observadas as disposições contidas no Código e na Resolução nº 125/2010. Ressalvada a hipótese de criação de quadro próprio do tribunal, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, destacando que mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do respectivo tribunal. No caso das *câmaras privadas de conciliação e mediação*, elas deverão realizar um percentual de audiências não remuneradas, a ser fixado pelos tribunais, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Quanto ao procedimento, o art. 334, *caput*, do CPC2015, estabelece que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência. A audiência de conciliação ou mediação só não se realizará se *ambas* as partes manifestarem, *expressamente*, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição. O eventual desinteresse do autor na autocomposição deverá ser indicado, desde logo, na petição inicial; o réu, por sua vez, caso também não tenha interesse, deverá demonstra-lo, por petição, até 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência designada. A regra nos parece correta, pois seria contrassenso impor a conciliação ou mediação quando ambas as partes se manifestarem expressamente em sentido contrário.²⁶⁸ Havendo litisconsórcio, o desinteresse deverá ser manifestado expressamente por todos os litisconsortes.

Como a regra é a realização da audiência como forma de priorização e incentivo aos atos autocompositivos, o silêncio de qualquer das partes pressupõe a concordância tácita em participar dela e o *não* comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência designada é considerado *ato atentatório* à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

²⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 334.

Enfim, as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos, porém a ausência do advogado não impedirá a realização da audiência de conciliação e mediação.²⁶⁹ A parte eventualmente poderá ausentar-se ao ato designado e nomear representante, desde que portador de procuração com poderes específicos para negociar e transigir, afastando-se a utilização de procuração genérica com poderes para negociar. O mandato deverá fazer referência expressa ao ato e ao processo em que poderá ser realizada a negociação.

4. Mediação no âmbito do Poder Judiciário

Vimos que a mediação começou a despontar de maneira importante no Brasil recentemente, ao ganhar *status* com o atual microssistema de priorização e incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos, composto pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pela Lei da Mediação brasileira e pelo CPC2015.

Contudo, não podemos ser pueris ao ponto de acreditar que basta a disponibilização às partes da possibilidade de mediar que elas se sentirão atraídas a aderir ao método de composição de conflitos que há pouco ingressou como instituto no nosso ordenamento jurídico. Em verdade, há desafios enormes que impõem enfrentamento, a começar pela divulgação adequada da mediação, levando ao conhecimento de todos, especialmente, da população de baixa renda, a sua existência e eficiência.²⁷⁰

A adoção dos métodos consensuais de solução de conflitos implica em verdadeira quebra de paradigma. Como veremos adiante, vivemos em uma sociedade tradicionalmente estimulada a judicializar os seus conflitos e que enxerga no Poder Judiciário a única porta disponível para tutelar e realizar os seus

²⁶⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 15ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 70.

²⁷⁰ “Um dos principais riscos da institucionalização da mediação é que ela seja considerada uma justiça de segunda classe, sendo vista como uma forma de contenção de casos que chegam ao Judiciário (...) As polarizações entre justiça de 1ª e 2ª classe, justiça de massa e justiça artesanal, se considerarem a mediação/conciliação apenas como filtro de contenção dos casos que chegam ao Judiciário, tornam-se bastante arriscadas” Cfr. GABBAY, Daniela Monteiro, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 82-83.

direitos. Além disso, por falta de uma política pública adequada em tempos idos, pela falta de uma política nacional abrangente, de observância obrigatória por Judiciário nacional²⁷¹, a sociedade brasileira acostumou-se a se defrontar com conciliadores que não eram tecnicamente preparados em conciliação e que exerceram a função sem o necessário e adequado preparo.²⁷² A experiência imprópria com aquele tipo de conciliação, quase sempre mal realizada, deixou marcas significantes nas partes e advogados, que, por isso, agora precisam ser cativados e encorajados a utilizar os métodos consensuais de solução de conflitos, vez que a verdadeira mediação, aquela levada a efeito por mediadores adequadamente preparados, ainda é novidade entre nós.

Poucos profissionais no Brasil tiveram oportunidade de participar de um processo de mediação autêntico, conduzido por mediadores profissionais, tecnicamente lapidados para conduzirem as partes ao diálogo, ao enfrentamento das diferenças que lhes incomodam e à solução que melhor se amolda à resolução do conflito em que se viram envolvidas.

Ainda temos que considerar a vocação da mediação na prevenção de litígios. Sob a ótica da política de gerenciamento e administração judicial, a melhor aplicação da mediação dar-se-ia na fase anterior ao ajuizamento da ação. Nessa etapa, que antecede o processo tradicional, as partes têm maior disposição e propensão ao entendimento, pois ainda não se desgastaram emocionalmente pelo embate inevitável na esfera judicial.

Enfim, não podemos desconsiderar o caráter pedagógico da mediação, eis que aponta uma análise distinta do conflito, que passa a ser visto com enfoque positivo, como oportunidade de mudança e aperfeiçoamento do próprio ser humano, que poderá repensar seus valores e comportamento através desta prática.

²⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 398.

²⁷² MONTENEGRO, Jacqueline. *Mediação no Poder Judiciário: instrumento de democratização do acesso à justiça e de política de administração judicial*. In: *Mediação*. Cadernos FGV Projetos, nº 26. Ano 10, dezembro 2015, p. 50-51.

4.1. Acesso à justiça X Acesso ao Poder Judiciário

O acesso à Justiça não deve ser confundido com acesso ao Poder Judiciário, tendo em vista que não visa apenas levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir todos aqueles que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos (ainda que seja por sentença) ou recebam auxílio para que possam protagonizar o encontro da solução adequada dos seus próprios conflitos.

Desta forma o acesso à justiça deve ser encarado como acesso à resolução adequada dos conflitos²⁷³ e essa resposta do Poder Judiciário mede-se pela correspondência mais próxima entre a qualidade esperada do Poder Judiciário e a efetivamente experimentada pelo cidadão. Essa relação vai determinar a satisfação, ou não, do jurisdicionado e a realização, ou não, da promessa de acesso à justiça como acesso à solução adequada de conflitos. Pouco interessa e é irrelevante para o jurisdicionado, por exemplo, se o índice de congestionamento dos tribunais diminuiu ou se os juízes são trabalhadores e têm tido boa produtividade nas suas (boas e bem fundamentadas) sentenças de mérito. Interessa sim, a esse consumidor de *justiça*, que ele seja bem atendido e receba as informações necessárias em linguagem acessível. Claro que a ele também interessa que a solução final do seu caso seja rápida, eficaz e, sob a perspectiva dele, justa.²⁷⁴

É necessário que os magistrados tenham o conhecimento de que a satisfação das partes com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo. Outra importante conclusão é a de que alguma participação do usuário na seleção dos procedimentos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça.²⁷⁵

²⁷³ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁷⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juiz Servidor, Gestor e Mediador*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2013, p. 87.

²⁷⁵ Sobre a satisfação com o processo, pesquisa realizada no *Programa de Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT* constatou que entre as partes que não alcançaram acordo na mediação, 85% dos entrevistados acreditam que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro. Entre as partes que não transacionaram, todas responderam acreditar que o processo do qual participaram irá ajudá-las a melhor resolver semelhantes questões futuras. *Cfr.* AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de*

4.2. A judicialização do conflito e a cultura da sentença

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Cezar Peluso, no seu discurso de posse²⁷⁶, proferido em 23 de abril de 2010, ao discorrer acerca da “*sobrecarga insuportável de processos*” em todos os âmbitos do Poder Judiciário brasileiro, afirmou a necessidade de uma “*política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesses*”, tomando esta como uma das diretrizes do seu mandato.

O eminente jurista ainda explicitou que o mecanismo judicial, hoje disponível para dar resposta aos conflitos de interesses, “*é a velha solução adjudicada, que se dá mediante a produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes*”.

O Relatório *Justiça em Números 2015* (ano-base 2014)²⁷⁷ tornou público que o Poder Judiciário brasileiro iniciou o ano de 2014 com um estoque de 70,8 milhões de processos, número que tendia a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (*Índice de Atendimento à Demanda - IAD* de 98,7%). Estimava-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque crescería em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, alarmantes 71,2 milhões de processos pendentes de julgamento.

Apesar daquele cenário desfavorável, o relatório revelou modesto aumento de 1,4% no total de processos baixados, o que representava cerca de 28,5 milhões de processos em 2014. Já o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014. Como consequência do aumento do quantitativo de casos novos e de pendentes, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior.

Mediação Judicial. 4ª Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013, p.

²⁷⁶ A íntegra do discurso pode ser encontrada in PELUSO, Cezar. *Especial, Discursos de Posse*. Tribuna da Magistratura nº 189. Ano XIX, maio 2010, p. 3-9.

²⁷⁷ O Relatório *Justiça em Números* é uma compilação dos dados de orçamento, produtividade, recursos humanos e estrutura dos tribunais brasileiros publicada anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça e que se encontra atualmente na sua 11ª edição.

O relatório apresentou a série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário brasileiro e permitiu visualizar o aumento do acervo processual no período, visto que os casos pendentes (70,8 milhões) cresceram continuamente desde 2009 e, atualmente, equivalem a quase 2,5 vezes do número de casos novos (28,9 milhões) e dos processos baixados (28,5 milhões). Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados²⁷⁸ e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque.²⁷⁹

Como historicamente o IAD não supera 100%, ou seja, a entrada de processos tem sido sempre superior à saída, a tendência é de crescimento do acervo. Além disso, apesar do aumento de 12,5% no total de processos baixados no período 2009-2014, os casos novos cresceram em 17,2%, fato que contribuiu para o acúmulo do estoque de processos. Os dados referentes ao ano-base 2015 ainda não foram divulgados, mas pela trajetória histórica, são pouco animadores, posto que a taxa de congestionamento de processos no Brasil é superior a 70%. Significa dizer que, para cada 100 casos novos que ingressam no Judiciário, menos de 30 são baixados (resolvidos), o que causa crescimento contínuo e expressivo do estoque de processos pendentes.²⁸⁰

Em recente pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB²⁸¹, coordenada pela cientista política Maria Tereza Sadek, uma das mais respeitadas estudiosas do Judiciário no Brasil, com o auxílio do estatístico Fernão Dias de Lima, verificou-se uma propensão ao litígio²⁸² por um grupo concentrado de atores – e uma dos mais contumazes é a administração pública. A prevalência do

²⁷⁸ Os magistrados brasileiros estão entre os que mais produzem no mundo. O Brasil aparece em 3º lugar em um ranking de produtividade composto por 42 países, cuja relação entre o número de processos e de julgamento foi reunido no “*Estudo comparado sobre Recursos Humanos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 2011. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf, último acesso em 27.05.2016.

²⁷⁹ *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015, p. 34

²⁸⁰ *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Associação dos Magistrados Brasileiros – Brasília: AMB, 2015. p. 9.

²⁸¹ Entidade civil fundada em 1949 e que congrega aproximadamente 14 mil juízes estaduais, trabalhistas, federais e militares associados de todo o Brasil.

²⁸² Confirmando a existência da “*cultura da sentença*”, expressão utilizada pelo jurista Kazuo Watanabe para designar o costume de litigar existente no Brasil, devido à formação dos operadores do Direito, voltada para os métodos adversariais de solução de conflitos. In: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 121.

setor público como principal parte demandante nos Estados pesquisados – uma das mais importantes evidências apontadas pelo referido estudo – pode indicar, na avaliação da AMB, a transferência para o Judiciário de questões que poderiam ser resolvidas administrativamente. As exigências impostas aos gestores públicos de acionar a Justiça e de recorrer sempre, não seriam, pois, as únicas causas.²⁸³

Aquela pesquisa identificou, ainda, a presença marcante dentre os maiores demandantes de alguns segmentos da iniciativa privada ligados à prestação de serviços financeiros e de comunicações, como bancos, instituições de crédito, seguradoras e empresas de telefonia. O fato exige uma reflexão sobre a capacidade do Estado de regular e fiscalizar de maneira mais efetiva as relações de consumo, demandando identificar os verdadeiros motivos que levam ao Poder Judiciário tantos conflitos nessas áreas.

Todas as pesquisas mencionadas confirmam que o Poder Judiciário encontra-se no epicentro dos principais debates nas últimas décadas, sendo que estes debates apontam para suas crises, das quais se extrai a necessidade urgente de reformas estruturais, tanto de caráter físico e pessoal, mas principalmente, político. Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal, que nasce de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado e se transfere para todas as suas instituições, posto que o Direito que conhecemos e aplicamos, instituído pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.

A falta de eficiência e legitimidade estatal faz também com que o cidadão comum busque outras instâncias de tratamento de conflitos, alternativas ao Direito legislado e ao Poder Judiciário. A posição de distribuidor e executor automático do Direito (por meio dos seus três poderes), monopolizada pelo Estado, desenvolvida com o único objetivo de interpretar de forma literal o texto legal, perde fôlego, e crescem as reivindicações por uma atividade jurisdicional mais criativa, por um

²⁸³ *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Associação dos Magistrados Brasileiros – Brasília: AMB, 2015. p. 15.

“*diritto vivente*”²⁸⁴, no qual se pode demonstrar que a mera interpretação da lei é quase sempre uma ilusão, e que a decisão alcançada deve ser realizada numa base de avaliações concretas e não em um procedimento formal de normas.²⁸⁵

Portanto, a crise do Estado deve ser o ponto de partida da discussão da tão propalada crise da jurisdição, com a análise da sua gradativa perda de soberania, da incapacidade de oferecer respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, da sua fragilidade nas esferas legislativa, executiva e judiciária e, por fim, da sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito.²⁸⁶ Sendo assim, o Poder Judiciário, que tradicionalmente se estrutura de forma fortemente hierarquizada e fechada, com orientação voltada para uma lógica legal-racional, que se submete à lei, encontra-se desafiado a alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como poder autônomo e independente.

Em termos organizacionais, o Judiciário estruturou-se para atuar de acordo com os códigos, cujos prazos e ritos não são compatíveis com a pluralidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e panoramas temporais que encontramos atualmente na economia globalizada. Nestes termos, o ritmo do processo judicial difere do ritmo da evolução da sociedade, que é o real, ou seja, o tempo da simultaneidade. Contudo, ainda falta ao Poder Judiciário aparelhar-se com meios materiais técnicos apropriados a tornar possível compreender, em termos de racionalidade subjetiva, os conflitos oriundos de contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados.²⁸⁷

A experiência, aliada a pesquisas metodologicamente adequadas, tem demonstrado que o que torna um procedimento efetivo depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente, da qualidade dos programas²⁸⁸. Recente trabalho do Instituto de

²⁸⁴ MARRA, Relino. *Max Webber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Milano: Università Degli Studi di Milano, n. 2/3, v. XXXII, p. 70-71, 2005.

²⁸⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 102/103.

²⁸⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. Ob. Cit. p. 97.

²⁸⁷ FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada*. In: *Revista Social e Sociedade*, ano XXII, n. 67, setembro/2001, p. 8/9.

²⁸⁸ RHODE, Deborah L. *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 132.

Pesquisa *RAND*²⁸⁹ constatou que não houve vantagens significativas para a mediação quando comparada ao processo heterocompositivo judicial e concluiu que esses resultados insatisfatórios decorreram de programas que não foram adequadamente desenvolvidos para atender os objetivos específicos que os usuários daquele processo buscavam. No entanto, os resultados insatisfatórios dos projetos examinados pelo Instituto *RAND* ocorreram porque houve, como concluiu a pesquisa, insuficiente treinamento dos mediadores e oportunidades inadequadas para a participação dos envolvidos.²⁹⁰

Em fase de alegada agonia do sistema, tenta-se a profilaxia. É neste contexto que devemos procurar soluções, ou seja, não é num contexto descomprometido que se buscam as alternativas ao tradicional modo como se fazia justiça, mas sim num contexto de crise em que, tais soluções, se apresentam como as respostas para essa crise.²⁹¹

Assim sendo, a análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário estará centrada em suas duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o *esmagamento* da Justiça e a descrença do cidadão comum.

Tal descrença ocorre não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais²⁹², mas também pelo tempo

²⁸⁹ Organização internacional de pesquisa, sem fins lucrativos, apartidária, e comprometida com o interesse público, que desenvolve soluções para os desafios de política pública para ajudar a tornar as comunidades em todo o mundo mais seguras, mais saudáveis e mais prósperas. Uma das linhas de pesquisa do Instituto concentra-se nos estudos da Justiça, da Infra-estrutura e do Meio Ambiente e fornece *insights* e soluções para os tomadores de decisão do setor público e privado em vários domínios, incluindo justiça penal e civil; segurança pública; políticas de recursos ambientais e naturais; energia, transporte, comunicações e outras infra-estruturas; e segurança nacional. Acessível em www.rand.org, último acesso em 23.12.2015.

²⁹⁰ HENSLER, Deborah R. *Puzzling over ADR: Drawing Meaning from de RAND Report*. Dispute Resolution Magazine n. 8, 1997, p. 9.

²⁹¹ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p.21.

²⁹² *“Andiamo, dunque, com ordine, mettendoci nei panni del cittadino che entra in un palazzo o in un’aula di giustizia. La prima sensazione, in genere, è di avere a che fare con un sistema scarsamente comprensibile: com una macchina che gira per lo più vuoto (spesso provocando interminabili e incomprensibili perdite di tempo a chi ne è coinvolto), ma che può anche stritolare chi non as – o non há i mezzi per difendersi. Non è sempre così: ci sono isole felici in cui il primo impatto è positivo; e, in ogni caso, le difficoltà di acceso e di orientamento (anche sotto il profilo logístico o delle semplici informazioni) non precludono necessariamente a um inter processuale insoddisfacente. Ma, di regola, è questo l’inizio dell’avventura del cittadino (persona offesa o imputato, testimone o parte di um processo civile) che si affaccia in un tribunale. Ciò genera, inevitabilmente, un senso di approfonda*

decorrido por cada procedimento, tradicionalmente longo, pela inadequação das decisões proferidas diante da complexidade dos conflitos e, muitas vezes, pela impossibilidade do seu cumprimento²⁹³. Este quadro evidencia o descompasso entre o aparelho judicial e o sistema político e social, causando o distanciamento entre a lei, por sua interpretação e aplicação, da sociedade na qual está inserida, não encontrando ressonância na expectativa do tratamento adequado do conflito.

Segundo a professora Deborah Rhode, a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação do cidadão com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento ao qual se submeteu foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça²⁹⁴. A partir destas premissas, é possível concluir que a percepção de justiça é diretamente proporcional ao nível de participação das partes no processo a que elas se submetem. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas que contam com o protagonismo das partes na construção da solução aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema.²⁹⁵

A dificuldade do Estado, através dos seus poderes constituídos, em disciplinar e regular as relações sociais, que estão em constante mutação, utilizando um ordenamento jurídico rígido e em descompasso com a complexidade atual provoca a crescente judicialização dos conflitos, que pode ser facilmente percebida com a idealização do Judiciário e da figura do Juiz, para o qual se transferem todos os anseios e todas as expectativas dos mais diversos segmentos sociais. Enquanto instituição monopolizadora da Justiça, chamando para si a atribuição de dizer o Direito ao caso concreto, o Judiciário assume uma função anacrônica que não mais condiz com a complexidade social moderna, pois

inquietudine. Il passo verso la sfiducia non è automatico, ma certo a tale esito concorrono i tempi lunghi che il processo successivamente assume." CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005, p. 11/12.

²⁹³ Importante destacar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição ocorrem não só quanto aos aspectos qualitativos (ritmo da prestação jurisdicional), mas também por aspectos qualitativos (a discricionariedade judicial). O problema também reside na forma como o Juiz decide e não só na celeridade da decisão.

²⁹⁴ RHODE, Deborah L. *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*. New York: Oxford University Press, 2000, 135.

²⁹⁵ LIND e TAYLOR. *Procedural Justice*. 64-67, 102-104; Stempel, *Reflections on Judicial ADR*, 353-354 apud RHODE, Deborah L. Ob. Cit. p. 135.

pretende tratar o conflito por meio da aplicação do direito positivo. Por consequência, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente conhecidos, refletindo profundo apego ao formalismo decorrente de um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo.²⁹⁶

Destarte, a capacidade de o Poder Judiciário absorver e decidir conflitos, que está intimamente vinculada a sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade com que se processam essas mudanças na esfera social. É nesse sentido que o Judiciário, enquanto sistema, depende do próprio reconhecimento do meio social quanto a sua eficiência, a qual é medida pela sua capacidade, em termos estruturais e temporais, de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo político.²⁹⁷

Atualmente, no Brasil, os envolvidos em uma situação de conflito geralmente visualizam uma única saída: levar o caso ao Poder Judiciário em busca de uma solução.²⁹⁸ Mesmo sabendo que o Estado, em muitas situações, não consegue prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, as partes em conflito não são capazes de procurar outras formas de resolver seus conflitos.²⁹⁹ Portanto, o problema mais grave existente no Brasil para a institucionalização da mediação e de outras formas alternativas de composição de conflitos, sem dúvida alguma, é a questão cultural. Prova disso, é que a mediação tem sido adotada, com grande sucesso, em vários países do mundo. Entretanto, para que no Brasil não seja diferente, é necessário, antes de tudo, ampliar a difusão da ideia de seu valor a

²⁹⁶ FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada*. In: Revista Social e Sociedade, ano XXII, n. 67, setembro/2001

²⁹⁷ BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 91.

²⁹⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 161.

²⁹⁹ “[...] a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.” FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 217

todos os cidadãos, em âmbito nacional, principalmente aos operadores do Direito.³⁰⁰

Há muito tempo, o mecanismo judicial geralmente utilizado para dar respostas aos conflitos de interesses tem se limitado à solução adjudicada, que se dá mediante a produção incessante de sentenças, que muitas vezes findam o processo, mas não extinguem o conflito entre as partes e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes.

A sobrecarga insuportável de processos em todos os âmbitos do Poder Judiciário, indicativo da alta litigiosidade da sociedade contemporânea e da sua incapacidade de resolver seus conflitos por outras formas, a não ser através da judicialização das controvérsias, afirma a necessidade de uma política pública menos ortodoxa do Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesses, devendo, sem prejuízo de outras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle institucional, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos.

Noutras palavras, a cultura da judicialização,³⁰¹ que tem estimulado o depósito de todos os conflitos no Poder Judiciário, e da jurisdicionalização, que tem delegado a responsabilidade para solução do conflito exclusivamente ao Juiz, que a apresentará de forma adjudicada através da sentença, impõe, como já previa o Ministro Cezar Peluso em seu discurso de posse como Presidente do Supremo

³⁰⁰ *“Como consecuencia del divorcio entre la dinámica realidad y el más estático cuerpo normativo, las universidades – en general – muestran planes de estudio y metodologías pedagógicas obsoletas, lo que deriva a su vez en una deficiente formación profesional, en la que suele encontrarse uno de los factores esenciales que más negativamente influye en el actual cuadro de situación de la Justicia. La educación jurídica clásica en el nivel universitario en la mayoría de los países latinoamericanos ha descansado tradicionalmente sobre una serie de presupuestos, vinculados con las concepciones teóricas dominantes acerca del Derecho y de su conocimiento científico. Esos presupuestos, sintéticamente expuestos, son. que la universidad debe – y puede – enseñar todo el Derecho positivo del país durante el limitado tiempo que dura la carrera de abogacía; . que el Derecho está formado solamente por las normas jurídicas; . que la universidad debe formar un tipo uniforme de abogado: el abogado litigante ante los tribunales estatales.”* CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y mediación*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997, p. 93/94.

³⁰¹ Ou “cultura da sentença”, expressão utilizada pelo jurista Kazuo WATANABE para designar o costume de litigar existente no Brasil, devido à formação dos operadores do direito, voltada para os métodos adversariais de solução de conflitos. *Cfr.* LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.121.

Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça em 2010,³⁰² a necessidade de se institucionalizar, no plano nacional, outros meios de solução das controvérsias como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente aos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses.

No entanto, diante das críticas de que esta ruptura de paradigma consistiria em desvalorização da solução adjudicada de conflitos, pelo Judiciário, o que violaria, em última análise, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional³⁰³, é preciso esclarecer que a institucionalização de meios alternativos de solução de conflitos não pretende substituir o processo judicial pela mediação ou por qualquer outra forma de solução de controvérsias, mas apenas possibilitar aos envolvidos naquele processo a oportunidade de se utilizarem, sempre que possível, de outro método de solução de conflitos, que possa ser mais participativo e colaborativo, em complementação ao processo judicial, sempre objetivando estimular nas partes maior percepção de justiça, alcançando a almejada pacificação social.

4.3. Juízes e Mediação

O monopólio jurisdicional, ou a exclusiva função do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, representa uma conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção do estado de direito. Entretanto, para dar vazão ao volume de litígios familiares, empresariais, de vizinhança, ambientais, condominiais, previdenciários, comerciais, trabalhistas, eleitorais, criminais, dentre outros que afloram cotidianamente na sociedade, há que se complementar a atividade jurisdicional típica.

³⁰² Vide nota de rodapé 237.

³⁰³ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 78.

Destaca-se aqui a necessidade de se trabalhar com meios complementares e consensuais para a solução desse grande número de controvérsias. Essas alternativas, que melhor se ajustam à ideia de complementos à atividade jurisdicional, podem ser exercitadas mediante métodos consensuais praticados dentro ou fora do processo.³⁰⁴

Com a evolução dos tempos, atualmente questiona-se o grau de intervenção tanto do juiz quanto do tribunal no processo de solução das controvérsias, impondo-se a distinção entre estas duas intervenções, posto que não há como estabelecer identidade quando se fala do grau de intervenção do tribunal e do grau de intervenção do juiz no processo judicial. José Lebre de Freitas, com sua experiência teórica, nos socorre com a distinção, estabelecendo que o grau de intervenção do tribunal relaciona-se com a medida dos atos judiciais praticados fora do tribunal e o grau de intervenção do juiz diz respeito à medida dos atos praticados ou supervisionados pelo próprio juiz, dentre aqueles que devem ser praticados no âmbito do tribunal³⁰⁵.

Ao primeiro fenômeno - medida dos atos praticados fora da estrutura do Tribunal – dá-se o título de *desjudicialização*. Ao segundo - medida dos atos que deixam de ser praticados ou supervisionados pelo juiz, dentre aqueles que devem ser praticados no âmbito do Tribunal – intitula-se *desjurisdicionalização*.³⁰⁶

Com estes conceitos estabelecidos, entende-se que a institucionalização da mediação judicial não buscou o caminho da *desjudicialização* da solução do litígio ao operar uma reformulação no regime de julgamento processual no âmbito dos tribunais, mas sim estabeleceu melhorias em seus mecanismos. Para além disso, a implementação da mediação judicial não alterou a competência para a direção do processo, que ainda se mantém sob a competência do juiz, que antes concentrava a realização de todos os atos do procedimento e cuja atuação na resolução da controvérsia se exauria com a prolação da sentença, ao impor às partes uma *solução adjudicada*.

No caso, a institucionalização da mediação promoveu tão somente a

³⁰⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juiz Servidor, Gestor e Mediador*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2013, p. 93.

³⁰⁵ FREITAS, José Lebre de. *Os paradigmas da acção executiva*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, abril/2001, p. 543/560.

³⁰⁶ ALEMÃO, Ivan. *Reforma da Execução em Portugal – desjudicialização ou privatização*. In Revista Ciência Jurídica – *ad litteras et verba*, ano 22, vol. 139, janeiro/fevereiro/2008, nota p. 288/301

possibilidade da *desjurisdicionalização* da solução da controvérsia, ao permitir a intervenção complementar de um outro profissional junto às partes – o *mediador* - que antes não estava abrigado pela estrutura organizacional dos tribunais e que passou a ser dotado de atribuições, durante o processo judicial, para auxiliar os envolvidos no conflito a encontrarem, por eles mesmos, a melhor resposta à controvérsia que os aflige, antes que tenham que se submeter à solução que eventualmente seria imposta pelo juiz. Portanto, a inserção da mediação no curso do processo judicial não gerou ruptura da reserva jurisdicional e do controle judicial do processo, que se mantêm inalterados sob a competência do juiz, mas apenas possibilitou a *desjurisdicionalização* da solução do conflito quando as partes estiverem aptas, após a intervenção do mediador, a estabelecerem consensualmente a resolução da controvérsia.

O art. 139, inciso V,³⁰⁷ do CPC2015, incumbe ao juiz procurar obter a autocomposição dos interesses em conflito, isto é, deve o juiz promover a aproximação das partes, por meio de conciliadores e mediadores judiciais, a fim de que cheguem a bom termo e ponham fim ao litígio. Interessante observar que o dispositivo prevê que “*preferencialmente*” deve o juiz contar com o auxílio de profissionais habilitados à conciliação ou a mediação. Isso significa que o *próprio* magistrado também pode promover essa aproximação das partes. Todavia, há limites a essa atividade quando exercida pelo próprio magistrado.³⁰⁸

Atualmente, utilizam-se os termos *mediação* e *conciliação* como processos que levam à realização do acordo. Como já visto anteriormente, a *conciliação* é um mecanismo em que o juiz tem presença maior, na medida em que pode induzir as partes, estimulá-las à composição mediante proposta de solução. Por sua vez, a *mediação* talvez envolva um mergulho mais profundo na psique das partes, porque consiste em fazer com que elas mesmas encontrem a melhor solução para o conflito que as aflige.

Desta forma, ao juiz remanesce o poder/dever de tentar a conciliação, tal como tradicionalmente concebida. No entanto, o *mergulho* nos processos

³⁰⁷ Art. 139, inciso V, da Lei nº 13.105/2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.”

³⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 264.

psicológicos deve ser feito por profissional capacitado, protegido pela confidencialidade. A essas sessões, a rigor, o juiz não deve estar presente, posto que poderá ser influenciado subjetivamente pela narrativa das partes no momento em que for eventualmente proferir decisão sobre o caso, circunstância que pode macular sua imparcialidade.

4.4. A pacificação social como objetivo primordial do Poder Judiciário

No Brasil, desde a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, começou a se criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores, ocasionando verdadeiro rompimento de paradigma, ao ponto de se perceber evidente alteração de comportamento que deixou de ser “*como devo sentenciar em tempo hábil*” e passou a ser “*como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo*”.³⁰⁹

Quando se pensa em aprimoramentos no sistema de resolução de conflitos, dois valores se destacam neste caminho: *a)* a busca por justiça, que compreende uma aplicação isonômica, portanto desejável e previsível das regras jurídicas de um dado ordenamento; *b)* a busca por eficiência, que garanta que a solução das demandas, além de se configurar de forma adequada, se concretize com o menor custo e no menor tempo possível.³¹⁰

A política pública acima mencionada tem por objetivo a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, principalmente da conciliação e da mediação no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste e, em última análise, a mudança de mentalidade dos operadores do direito e das próprias partes, com a obtenção do escopo magno da jurisdição, que é a pacificação social, sendo apenas consequências indiretas desta, mas de suma relevância para a *saúde* do sistema, a diminuição do número de processos e o afastamento da morosidade

³⁰⁹ AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 4ª Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013, p.31.

³¹⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38/39.

do Judiciário.³¹¹

4.5 A mediação judicial como alternativa de solução à crise

A celeridade processual, necessária à legitimação dos tribunais perante a comunidade e instrumento indispensável à realização de uma das mais importantes dimensões do direito fundamental de acesso à justiça, passa necessariamente por uma nova cultura judiciária, envolvendo todos os participantes no processo, para a qual deverá contribuir decisivamente um novo modelo de processo civil, simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e floreios adjetivos, centrado decisivamente na análise e resolução das questões essenciais ligadas ao conflito. A consagração de um modelo deste tipo contribuirá decisivamente para inviabilizar e desvalorizar comportamentos processuais arcaicos, assentados na velha prática de que as formalidades devem prevalecer sobre a substância do litígio e dificultar, condicionar ou distorcer a decisão de mérito.

É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema judicial os chamados meios alternativos de solução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultados que, pacificando, satisfaça seus interesses.

A inserção da mediação no sistema de justiça dá contornos institucionais a esse processo e implica consequências importantes na forma de enfrentamento

³¹¹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. *Comentários da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010*. In: GROSMAN, Cláudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário: teoria na prática*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 303-304.

estatal dos conflitos, já que então aparecem elementos essenciais, como flexibilidade e satisfação dos interesses das partes, não somente o direito subjetivo. Daí a relevância das ideias trabalhadas por Frank E. Sander no que inicialmente denominou *comprehensive justice center*, base do conceito popularmente consolidado como *tribunal multiportas*.³¹²

O modelo de tribunal multiportas supõe a oferta de múltiplas portas ou programas, por meio dos quais a disputa possa ser resolvida via diferentes métodos, como mediação, arbitragem, processo judicial e outros. Ademais, esse arquétipo também passa a propiciar o acesso a serviços e assistências que sejam apropriados às dificuldades vividas pelas partes. Assim, a prestação do tribunal vai além da decisão judicial e promove uma pluralidade processual somada à concentração de informações e práticas diversas.

Esse formato concentra ao redor do exercício jurisdicional outras maneiras de exercício da cidadania que, a partir de então, deixam de refletir somente uma estrutura cósmica³¹³ e hierarquizada para integrar elementos informais e flexíveis, o que amplia o leque de opções em uma sociedade também complexa e plural. É justamente essa flexibilidade que permite a desmistificação da necessidade de uma atuação muitas vezes paternalista que o cidadão espera do Estado-Juiz. Em alguma medida, essa tendência à flexibilidade e autonomia das partes surge até mesmo no mais formal dos processos, com as novas possibilidades inseridas no CPC2015 de negócios processuais.³¹⁴ Já nas outras modalidades processuais, como a mediação,

³¹² SANDER, Frank E.. *A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse*. University of St. Thomas Law Journal: Vol. 5: Iss. 3, Article 4. P. 670. Disponível em <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj>, último acesso em 15.09.2016.

³¹³ Boaventura Sousa Santos afirma que o Estado compartilha espaço com a sociedade civil e observa-se uma informalização e cooperação entre público e privado, o Estado e a sociedade. Assim, misturam-se organização e hierarquia (características *cósmicas* do Estado) com multiplicidade, informalidade, desorganização (características caóticas da sociedade e suas microestruturas). SANTOS, Boaventura Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 10, 1982, p. 9-40.

³¹⁴ Artigos 190 e 191 da Lei nº 13.105/2015: “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,*

as partes passam a protagonizar a decisão integral sobre o procedimento e o resultado.

Há, portanto, um pluralismo processual, que denota a conseqüente necessidade de determinação da “*porta*” mais apropriada a cada caso, que, eventualmente, pode ser a mediação. Todavia, a escolha de uma dessas portas não quer dizer que os acessos aos demais métodos estejam fechados. Em não raras vezes, é possível lançar mão de uma “*janela de mediação*”, ainda que pendente (e até mesmo quando já findo) o curso de outro processo de resolução. Não há óbices a que a mediação seja iniciada durante o curso de um processo jurisdicional ou arbitral.³¹⁵ Aliás, o CPC2015, em seu art. 3º, § 3º, prevê que a mediação ou outros métodos consensuais deverão ser estimulados inclusive no curso do processo judicial.

Se a aplicação dos diferentes métodos adversariais ou não adversariais varia, a mediação alcança fortes vantagens no que diz respeito às suas pouquíssimas *contraindicações*. Ainda que não resolva total ou parcialmente o conflito, a mediação facilita até mesmo o deslinde de outros processos, pois prepara as partes e o conflito e, eventualmente, até permite, por exemplo, consenso quanto a determinações fáticas, o que pode agilizar, simplificar e baratear fases probatórias complexas, caras e lentas.

Embora a mediação seja a via padrão e hoje já não existam tantos questionamentos em relação às suas benesses, nada disso servirá ao sucesso de sua integração ao sistema brasileiro se, com o novo contexto normativo, não vier somada uma rede de estímulos que vai desde informação, passa pela qualidade dos programas e termina com uma vontade política do Estado em todas as esferas. É preciso fomentar uma cultura menos litigante e criar uma rede de atração realmente impactante na prática, que leve as pessoas a optar pelo intento da mediação ou de outra via consensual.

Portanto, a mediação é meio eficiente para conduzir as partes até a resolução concreta dos conflitos, proporcionando a elas sentimento de pacificação.

e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 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.”

³¹⁵ ANDRADE, Juliana Loss de. *Flexibilidade e satisfação das partes: base e legado da institucionalização da mediação no Brasil*. In: *Mediação*. Cadernos FGV Projetos, nº 26. Ano 10, dezembro 2015, p. 87.

Além disso, este meio certamente é mais barato e mais rápido do que as vias processuais tradicionais.

5. Considerações finais

O ano de 2016 começou com um inovador arcabouço jurídico disciplinador da prática da mediação no Brasil em virtude da profícua produção legislativa ocorrida no ano anterior em relação às alterações do processo civil brasileiro. O novo Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, e a Lei nº 13.140/2015, caracterizada como marco regulatório da mediação no Brasil, com vigência desde o dia 26.12.2015, agregaram-se à Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e reconheceu a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Os três institutos mencionados, irrigados pelos princípios insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passaram a integrar o que denominamos de *microsistema* da mediação judicial no Brasil.

O ponto de partida rumo à institucionalização da mediação no Brasil foi dado pelo Poder Judiciário, que assumiu papel de protagonista no apoio à mediação como medida de solução de conflitos e administração da Justiça através da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Tal como reconhecido neste instrumento normativo, o papel do Judiciário não é mais apenas fornecer solução adjudicada mediante sentenças dos juízes, mas também dar outras respostas às partes, através dos mecanismos de resolução consensual de controvérsias. Portanto, são duas pautas distintas da justiça contemporânea: a justiça tradicional e formal da decisão e a justiça informal da mediação, sendo que o Poder Judiciário tem transitado entre ambas, além de garantir o controle da justiça informal por meio da formação e registro dos mediadores e homologação dos acordos alcançados.

Com a recente concretização do marco normativo da mediação e a sua entrada em vigor, inexistem dúvidas sobre o grande efeito positivo de voltar os

holofotes a esse meio de resolução consensual de conflitos. Fato é que foi necessária a conjugação de esforços para o estabelecimento de um microsistema da mediação judicial para que ela passasse a ser foco de interesse de muitos profissionais.

Esse cenário e a importância dada ao microsistema composto pelo Código de Processo Civil de 2015, a Lei nº 13.140/2015, caracterizada como marco regulatório da mediação no Brasil, e Resolução nº 125/2010 do CNJ refletem uma forma de institucionalização que vem de cima para baixo, isto é, de lideranças e normas de alto nível até chegar ao nível da prática de atendimento do cidadão. Assim está sendo no Brasil e assim vem sendo na Europa continental, com destaque para Portugal, após a edição da Diretiva 52/2008 da Comissão Europeia e suas consequentes normas nacionais de transposição. Essa experiência difere da observada em países como Estados Unidos e Austrália, nos quais os meios consensuais são produto de uma longa trajetória prática até ser incorporada na norma ou abraçada por altas lideranças.

Portanto, embora já houvesse programas pontuais de mediação com certo sucesso dispersos pelo Brasil, somente no ano de 2016, com a entrada em vigor da Lei da Mediação e do Código de Processo Civil de 2015, a mediação passou a ser uma iniciativa com potencial de capilaridade relevantes em todos o sistema de justiça.

Isso acontece por meio da institucionalização da mediação, que representa a difícil tarefa de mesclar estruturas tradicionais, como o processo jurisdicional, com outras, que preveem maior informalidade e participação das partes nos processos de tomada de decisão. O cidadão brasileiro habitou-se a buscar uma solução imposta por uma autoridade, e o objetivo é que ele também passe a integrar esse processo de tomada de decisão e exercer sua participação democrática no âmbito da resolução de disputas, posto que é possível concluir que a percepção de justiça é diretamente proporcional ao nível de participação das partes no processo a que elas se submetem. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas que contam com o protagonismo das partes na construção da solução aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Conselho Nacional de Justiça - Brasília, 2015.
- BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Associação dos Magistrados Brasileiros – Brasília, 2015.
- ANDRADE, Juliana Loss de. *Flexibilidade e satisfação das partes: base e legado da institucionalização da mediação no Brasil*. In: *Mediação*. Cadernos FGV Projetos, nº 26. Ano 10, dezembro 2015, p. 84-90.
- ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- AMORIM, José Roberto Neves. *Introdução*. In AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 4ª Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Glossário. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. vol. 3, p. 308-309.
- _____. (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 4ª Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013.
- BACELLAR. Roberto Portugal. *A mediação, o acesso à justiça e uma nova postura dos juízes*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS, nº 2, agosto/2004. Acesso http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63579/mediacao_acesso_justic_a_nova.pdf último acesso em 13.09.2016.
- _____. *Juiz Servidor, Gestor e Mediador*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2013, p. 93.
- _____. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. (Orientador Roberto João Elias).
- BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *Preâmbulo da CR: função e normatividade*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do*

Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. 1ª Edição. Madrid: Reus, 2009.

BILLIET, Philippe; KURLANDA, Ewa. *An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial matters. In The New EU Directive on Mediation: first insights*. Antwerpen – Apeldoorn: Maklu, 2008.

BROWN, H.; MARRIOT, A.. *ADR: principles and practices*, 2ª edição. London: Sweet & Maxwell, 1999.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y mediación*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 2013.

CANLE, Inés C. Iglesias. SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes Llorente. *La mediación civil y mercantil em España tras la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación em asuntos civilis y mercantiles. In La mediación em las controversias civiles y mercantiles: guía para la práctica de la mediación civil y mercantil em España y em Italia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____; MOREIRA, Vital. *CRP: Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. 1, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n.74, p. 82-97, abril-junho. 1994.

_____. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 15ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014

CARRASCO, M. Blanco. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2009.

CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005.

CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal*. Revista Brasileira de Direito, 11(2), jul.-dez/ 2015, p. 53-65.

_____. *Resolução Extrajudicial de Litígios: um novo caminho, a costumada justiça*. Coimbra: Coimbra, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas*. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, vol. III. Salvador: Editora Juspodium, 2014, p. 197-216.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Preâmbulos das Constituições do Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 96, Brasília, 2001.

DELCASSO, Juan Pablo Correa. *Valoración crítica de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y de su trasposición en algunos ordenamientos jurídicos europeos*. In *La mediación em asuntos civiles y mercantiles: la transposición de la Directiva 2008/52 em Francia y em España*. Madrid: La Ley, 2013.

DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil – Evolução histórica e consensual*. In *Revista Forense*, vol. 374, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Constitucionalidade da mediação. Série Cadernos do CEJ – Seminário Mediação: um projeto inovador*. Brasília, v. 22, p. 23/33.

DEMEYERE, Luc. *Mediation in Belgium*. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 62/72.

DE PALO, Giuseppe; TREVOR, Mary B. (coordenadores). *EU Mediation: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. *A mediação no confronto entre direitos e deveres*. Revista do Advogado. São Paulo, n. 62, mar. 2001, p. 59-63.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público*. Revista Direito do Estado, número 151, ano 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>, último acesso em 04.09.2016.

- DIZ, Fernando Martin. *Desafios y propuestas sobre la mediación como complemento ao processo judicial*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano IX. Coimbra Editora, 2012, p. 81-97.
- _____. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. 1ª ed. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2010.
- FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada*. In: Revista Social e Sociedade, ano XXII, n. 67, setembro/2001.
- FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2005
- FRAUENBERGER-PFEILER, Ulrike. *Mediation in Austria*. In ESPLUGLES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (Coord.). *Civil and Commercial Mediation in Europe. National Mediation Rules and Procedures*. Volume I. Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2013, p. 3-23.
- FOLBERG, J.; TAYLOR, A.. *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*. 1ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1984.
- FREITAS, José Lebre de. Os paradigmas da acção executiva. Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, abril/2001, p. 543/560.
- GABBAY, Daniela Monteiro, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 82-83.
- GALANTER, Marc. *Compared to what? Assessing the quality of Dispute Processing*. Denver University Law Review, v. 66, 1989, p. 11-14.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Comentários ao art. 4º, VII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013
- GIRÃO, Antônio Ferreira. *Conferência: Meios Alternativos de Resolução de Conflitos*. Direcção-Geral da Administração Extrajudicial/Ministério da Justiça. Lisboa: Agora Publicações Ltda., 2001, p. 45-48.
- GOLDBERG, S. B.; SANDER, F.; ROGERS, N. H.; COLE, S. R.. *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and other processes*, 5ª ed. New York: Aspen Publishers: 2007.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2012.

- _____. *Resolução Alternativa de Litígios: relatório sobre o programa , os conteúdos e os métodos do seu ensino teórico e prático*. Lisboa, 2008.
- HENSLER, Deborah R. *Puzzling over ADR: Drawing Meaning from de RAND Report*. Dispute Resolution Magazine n. 8, 1997.
- HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix. *Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues*. In: HOPT, Klaus J.. STEFFEK, Felix (Coord.) *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 4-130.
- KNÖTZL, Bettina; ZACH, Evelyn. *Taking the best from mediation regulations*. Arbitration International, vol. 23, número 4, 2007, p. 663-685.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Comentários da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010*. In: GROSMAN, Cláudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário: teoria na prática*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 281-321.
- _____. *Mediação Judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MALBOSC, Patrícia. *Arbitration and Mediation in Europe, towards a common business deontology?*. In: VASCONCELOS-SOUSA, José (Coord.). *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens ins the European Union*. 1ª ed. Coimbra: MEDIARCOM/Minerva, 2010, p. 135.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARRA, Realino. *Max Webber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*. In: *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*. Milano: Università Degli Studi di Milano, n. 2/3, v. XXXII, p. 70-71, 2005.
- MARTÍN, Nuria Belloso. *Una propuesta de Código Ético de los Mediadores*. Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, número 15, 2007. Disponível em <http://www.uv.es/cefd/15/belloso.pdf>, último acesso em 30.09.2015.
- MARTINS, Dayse Braga. *A Mediação no processo de democratização do Estado*. In NETO, Adolfo Braga; SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.) *Estudos sobre Mediação e Arbitragem vários autores*. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. II, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1983.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MONTENEGRO, Jacqueline. *Mediação no Poder Judiciário: instrumento de democratização do acesso à justiça e de política de administração judicial*. In: *Mediação*. Cadernos FGV Projetos, nº 26. Ano 10, dezembro 2015, p. 46-52.
- MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.
- MUÑOZ, Ortuño. *El libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.2001 de la Comisión de las Comunidades Europeas*. IURIS-LA LEY, nº 77, novembro 2003.
- NELLE, A.. *Making Mediation Mandatory: a proposed framework*. Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 7, número 2, 1992, p. 287-313.
- OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PACHECO, Roberta. *A mediação de conflitos no direito civil: instrumento eficaz de acesso à justiça e pacificação social*. Coimbra: Coimbra, 2011.
- PELUSO, Cezar. *Especial, Discursos de Posse*. Tribuna da Magistratura nº 189. Ano XIX, maio 2010.
- PINTO, Alexandre Mota; MENDES, João Pedro Castro. *Os princípios gerais aplicáveis à mediação e o regime da mediação civil e comercial em Portugal*. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez – Foro de Actualidad, nº 35, septiembre-diciembre 2013, p. 143-145.
- PRIETO, Tania. *Mediação no Brasil*. In: *Anais do Seminário sobre Métodos Alternativos de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro, Confederação do Comércio, 2001.
- REUBEN, R. C.. *Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation*. Dispute Resolution Magazine, vol. 13, número 2, 2007, p. 13-15.
- RHODE, Deborah L. *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*. New York: Oxford University Press, 2000.
- RODRIGUES JÚNIOR. Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RODRÍGUEZ, José Manuel Arias. *Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. In Revista del Poder Judicial. España: Consejo General del Poder Judicial, 2009, nº 88, p. 133-175.

- SADEK, Maria Teresa. *Judiciário: mudanças e reformas. Estudos avançados*, v. 18, n. 51, maio-agosto 2004.
- SALLES, Carlos Alberto de. Prefácio. In: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *O marco regulatório para a mediação no Brasil*. In: *Mediação*. Cadernos FGV Projetos, nº 26. Ano 10, dezembro 2015, p. 30-36.
- SANDER, Frank E.. *A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse*. University of St. Thomas Law Journal: Vol. 5: Iss. 3, Article 4. P. 670. Disponível em <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj>, último acesso em 15.09.2016.
- _____. *The Future of ADR*. Journal of Dispute Resolution, n. 1, 2000, p. 3-10.
- SANTOS, Boaventura Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 10, 1982, p. 9-40.
- SCHONEWILLE, Manon. LACK, Jeremy. *Mediation in the European Union and abroad: 60 states divided by a common word?*. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014.
- _____. SCHONEWILLE, Fred. *Mediation in the Netherlands*. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 280/293.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- _____. *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 158, p. 93-106, abr. 2008.
- SOUZA ARAÚJO, Sérgio Luiz. *Dos preâmbulos nas Constituições*. 1989. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

- SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2008.
- VEZZULLA, Juan Carlos. *Adolescência, Família, Escola e Lei. A mediação de conflitos*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2006, p. 76
- _____. *Mediação: teoria e prática*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2003.
- VICENTE, Dário Moura. *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*. Separata da Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra: Almedina, 2009.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114/115.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; _____ (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: DPJ, 2005.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005.