

A mediação como ferramenta de condução e resolução de conflitos

Isabela Borba Lages

Oficial de Apoio Judicial do TJMG.

Pós-graduada em Direito do Consumidor e Família
pela Universidade Cândido Mendes.

1 Introdução

Os conflitos existem desde os primórdios. O exercício da autotutela não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. E o Estado, embora seja o maior detentor da jurisdição (mas não o único), através do meio heterocompositivo de resolução de conflito, não tem conseguido responder aos anseios dos que se encontram envolvidos na lide. Há, portanto, a ideia de disputa, de discórdia.

Com o desenvolvimento das sociedades, tais conflitos se mostraram intensificados, o que fez com que os doutrinadores e o legislativo se voltassem mais precisamente para formas alternativas de solução de litígios.

Além da negociação, conciliação e da arbitragem, a mediação é outra forma alternativa de solução de litígios que, embora não seja um instituto novo, está sendo revisitada em meio à crise do sistema judiciário.

Ela consiste na construção de uma solução pacificadora pelas próprias partes. Os envolvidos buscam respostas, a partir de uma reflexão aprofundada da situação problema, fazendo com que a conclusão ajustada seja a mais eficaz possível. Essa construção, muitas vezes, é essencial para a pacificação do litígio, para tratar esse dissabor que envolve as partes e prolonga o desgaste nas relações.

Para se valer desse instituto, as partes necessitam de um espaço físico adequado, de um mediador capaz de ouvir e estimular a comunicação e de acreditarem na possibilidade do diálogo e da construção. Não haverá a sentença de um terceiro imparcial, e sim uma decisão construída pelos próprios conflitantes, de maneira a amenizar e/ou harmonizar as relações, efetivando, dessa forma, a mediação como uma ferramenta de condução e resolução de conflitos.

Não é por acaso que o novo Código de Processo Civil vem abordando, com ênfase, a mediação, como forma alternativa de resolução de conflitos, incluindo o instituto como item obrigatório, regulamentado por lei própria, uma vez que o Judiciário já se encontra abarrotado de processos, e a decisão judicial, muitas vezes, não põe fim ao conflito, que continua afligindo os envolvidos.

Apesar de muito importante, poucos conhecem e utilizam esse meio. Isso acontece em razão da falta de informação, ausência de estruturas disponíveis, ou mesmo em razão da própria cultura brasileira, propensa a judicializar pequenos e grandes conflitos. Sendo assim, o mediador deve estar preparado para receber e ouvir as partes, trazer o equilíbrio para a realização do trabalho e promover a comunicação entre os envolvidos, a fim de que se disponham a mediar.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que a mediação pode ser um meio muito eficiente na solução de conflitos, capaz de trazer benefícios para os envolvidos na lide e para o Judiciário.

Para tanto, partiu-se da hipótese de que a mediação é um recurso à solução dos conflitos e deve ser enfatizada pelos cidadãos e pelo próprio Poder Judiciário, como um meio eficaz de estimular os conflitantes a repensar seus conceitos, seus problemas, a fim de encontrar as reais motivações de suas disputas e, com isso, pôr fim ao conflito, evitando o prolongamento das demandas.

Tendo em vista a questão levantada, o presente artigo mostra-se importante, uma vez que se espera que o resultado alcançado possa fornecer argumentos e informações capazes de auxiliar os envolvidos a utilizar com segurança essa forma alternativa de solução de conflito, de modo a evitar o prolongamento de demandas no Judiciário brasileiro.

2 Desenvolvimento

O estado de conflituosidade altera o ambiente social, rompe e/ou cria relações, estimula o desgaste e dissabor dos envolvidos, direta ou indiretamente, e acaba por transbordar hostilidade e, muitas vezes, violência. Todavia, esse estado de conflituosidade também pode proporcionar conhecimento e evolução, pode contribuir para o comprometimento social dos envolvidos, bem como para a promoção do crescimento pessoal. Segundo Michelle Pedrosa Paumgarten, “a maneira como se administra o conflito pode determinar consequências destrutivas, mas o conflito em si, como parte da dinâmica natural, é construtivo” (PAUMGARTTEN, 2015, p.79-80).

Sendo o conflito inerente à condição humana, verifica-se a sua existência desde os primórdios. Contudo, com o desenvolvimento das sociedades, passaram a ser mais evidentes e inevitáveis, necessitando assim de uma solução a fim de restabelecer a harmonia nas relações.

Proporcionalmente à complexidade das sociedades surgem normatizações, regras

e leis e, como consequência, sanções à sua violação. Tudo isso a fim de se estabelecer uma organização e controle para que as pessoas pudessem conviver umas com as outras o mais harmoniosamente possível.

Como se pode observar, há enormes dificuldades em se conter os conflitos, e, mesmo naqueles países mais desenvolvidos, onde há legitimidade das leis e penas severas, essa tensão não tem se amenizado. A população, insatisfeita, reclama por mais penas, mais normas, e os conflitos, por sua vez, aumentam a cada dia.

Paumgarten explica que o necessário é cortar a origem do problema, evitando assim outras ramificações, sendo isso “[...] o resultado de uma política preocupada com o remédio, focada nas consequências e não nas causas que originam aquele ambiente permeado pelo conflito” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 99). A noção contemporânea de Estado Democrático de Direito consagra a divisão das três funções atribuídas ao Estado, sejam elas a legislativa, a executiva e a judiciária, ficando a cargo desta última julgar os conflitos que são submetidos à sua apreciação. A prestação da atividade jurisdicional está garantida na Constituição, na qual se encontram, também, princípios inerentes ao processo como um todo. Entretanto, nem sempre foi assim.

Na fase primitiva das civilizações, não existia esse Estado suficientemente forte, capaz de conter os ímpetos e ditar o direito, com autonomia e propriedade. Sequer existiam leis (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996).

Dessa forma, os envolvidos no conflito resolviam por si sós a questão, segundo a máxima “olho por olho e dente por dente”, prevalecendo assim a vitória do mais forte sobre o mais fraco, do mais corajoso sobre o mais tímido, do mais rico sobre o mais pobre, e assim por diante.

Essa forma de conflito denominada de autotutela tem como traços característicos a ausência de um juiz distinto das partes e a imposição de uma decisão por uma das partes à outra.

Tal situação acarretava insegurança e desequilíbrio nas relações. Houve a necessidade de se pensar outras formas para a solução dos conflitos. E, conforme os ditames de Grinover, “[...] outra solução possível, nos sistemas primitivos, seria a autocomposição, quando uma das partes ou ambas abrem mão do interesse ou de parte dele: desistência, submissão ou transação” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 21).

Tais soluções, contudo, são parciais, uma vez que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

Em um estágio posterior da civilização, os conflitantes passaram a eleger terceiros

desinteressados e imparciais, os chamados árbitros, que, na sua maioria, eram sacerdotes ou anciãos, que detinham a confiança de ambas as partes, e suas decisões eram baseadas em paradigmas culturais que regiam a coletividade, bem como nos costumes. Tratava-se então da arbitragem facultativa, a qual, nas exatas palavras de Luís Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “[...] foi sem dúvida o embrião do sistema de justiça atualmente adotado no mundo civilizado” (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 93).

Posteriormente, segundo os ensinamentos de Fabiana Splenger e José Luís de Moraes, a arbitragem se tornou obrigatória, “[...] sendo os árbitros auxiliados pela força do Estado no que tange à efetivação das suas decisões” (MORAIS; SPLENGER, 2007, p. 58).

Os contendores compareciam perante o pretor, autoridade estatal, e escolhiam o árbitro (privado), e o pretor fixava os parâmetros de como se daria esse processo, e as partes se comprometiam a aceitar o que viesse a ser decidido, o que recebia o nome de *litiscontestatio*. Observe-se aqui que, embora discretamente, há traços do Estado na resolução, ao indicar qual o preceito a preponderar em um caso concreto envolvendo conflito de interesses. O processo civil romano era assim: pretor e árbitro (escolhido pelas partes) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996).

Em uma etapa seguinte, com o fortalecimento do Estado, a nomeação do árbitro passou a ser feita por ele próprio. É como nos ensina Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o legislador (a lei das XII Tábuas, do ano 450 A.C, é um marco histórico e fundamental dessa época) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 23).

Aos poucos, o Estado foi adentrando no mérito dos conflitos entre os particulares, ao proferir sentenças ao invés de nomear ou mesmo aceitar a nomeação de um árbitro. Esse período ficou conhecido como *cognitio extraordinem*. Completa-se, dessa forma, o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública.

Essas fases ocorreram paulatinamente e de formas não marcadamente distintas. A consolidação do Estado, através de seu desenvolvimento, se deu primeiramente por meio do soberano, o qual ditava o direito, e, gradativamente, foi amadurecendo e alicerçando tal instituto, mediante o que hoje se chama de Poder Judiciário, dotado de independência estrutural, através da Jurisdição conceituada por Grinover como “[...] a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos” (CINTRA;

GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 23).

Caracteriza-se, portanto, como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. Contudo, se a jurisdição estatal foi a mais difundida em todas as sociedades, não significa que não existem outros mecanismos capazes de solucionar os conflitos. Como prelecionam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios —, desde que eficientes. Por outro lado, cresce a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 26).

A maturidade e independência dos cidadãos acaba por revelar uma sociedade menos institucionalizada, com certo nível de domínio de um discurso, em que os próprios conflitantes constroem uma determinada solução. Michelle Pedrosa Paumgarten explica que:

Quanto menor o nível de institucionalização da função intermediadora e do poder coercitivo, maior será o espaço retórico do discurso e, conseqüentemente, mais amplo será o desenvolvimento de um diálogo. A estrutura desse processo permite que, não obstante uma das partes seja mais vencedora que a outra, o resultado alcançado seja bem diferente do que ocorre na adjudicação, na qual a figura de vencedor e derrotado é bastante clara, modelo que atualmente é dominante nos sistemas jurídicos oficiais. A estrutura dos métodos não adversários de resolução de conflitos (particularmente a negociação, a mediação e a conciliação) remata a topografia de um espaço de abdicções mútuas e ganho recíproco (PAUMGARTTEN, 2015, p. 96).

E, considerando a metamorfose vivenciada, seja pelo próprio Estado, seja por indivíduos e ou grupos sociais, aquele é incapaz de atender de forma célere e efetiva as demandas, e, embora com os inúmeros sinais de desgaste, percebe-se que esse vínculo não será facilmente superado, tendo em vista os paradigmas arraigados ao longo do desenvolvimento da civilização. Nesse sentido, Michelle Pedrosa Paumgarten:

[...] inevitável admitir que haja uma súbita inversão de tendências. Ao juiz competia a análise da moral das relações comerciais ou políticas, porém a contemporaneidade tende a invocá-lo para a solução de conflitos cada vez mais íntimos, sendo o juiz chamado a exercer quase um magistério sobre pessoas mais frágeis. A jurisdição continua como um modo de governo, mas o processo deixa de ser um reto instrumento de solução de conflitos para ser exigido como gestor de problemas mais profundos, e o que antes era tido como ameaça à dissolução de laços sociais, hoje ganha a função de socializar (PAUMGARTTEN, 2015, p. 271).

Por tudo isso, precisam ser repensadas e praticadas outras formas alternativas de resolução de litígios, redefinindo o modelo de terceiro, de decisão, e admitindo a não exclusividade da jurisdição, a qual se encontra em crise diante da complexa e dinâmica sociedade contemporânea.

Diante desse cenário, de uma cultura de judicialização de conflitos, o Poder Judiciário encontra-se abarrotado. Portanto, há que se (re)pensar em formas alternativas para a resolução dos conflitos, que trabalhem com a autonomização e responsabilização dos cidadãos pelas decisões, em uma concepção de autorregulamentação.

Não se pode desconsiderar outras dificuldades, como as custas processuais, a longa duração do processo e outros sintomas de inadequação que são vivenciados por aqueles que recorrem à Justiça para ver um conflito decidido. Oferecendo uma importante contribuição para o entendimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco atestam:

[...] que a primeira característica das vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual [...]. Depois, dada a preocupação social de levar justiça a todos, também a gratuidade [...] e também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não jurisdicionais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 27).

Nesse contexto, comprovada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, aliada às inúmeras demandas de uma sociedade complexa e em constante transformação, tende-se a desenvolver procedimentos alternativos de resolução de conflitos, ou sistemas multiportas, ou mesmo equivalentes jurisdicionais, como prefere Daniel Amorim Assunção Neves:

[...] Compreendo que atualmente não seja mais apropriado falar em meios alternativos, o que daria uma ideia de subsidiariedade a tais meios de solução de conflitos, mas, certamente, chamá-los de “meios adequados” não parece ser o mais conveniente. Por isso é preferível denominá-los simplesmente de “equivalentes jurisdicionais” (NEVES, 2015, p. 29).

Os mecanismos, como conciliação, negociação, arbitragem e mediação, colocam-se ao lado do processo tradicional como opção para descongestionar o Judiciário e reduzir a demora e o custo dos procedimentos e enfatizam a participação do cidadão na resolução de seu próprio conflito.

A conciliação como forma de solução de conflito “é um método autocompositivo atípico em que as partes negociam para chegar a um acordo, auxiliadas por um terceiro imparcial” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 445).

Como nos ensina Paumgarten, “[...] desde as ordenações Filipinas, há notícias de uma tradição voltada para a tentativa conciliatória prévia à propositura da demanda” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 448).

A conciliação destina-se, preferencialmente, àqueles casos em que não há um vínculo anterior entre as partes, bem como aos conflitos que não envolvam relação continuada, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, ficando aqueles a cargo da mediação, que será aprofundada adiante. Nas palavras de Daniel Amorim Neves:

[...] significa que a conciliação é mais adequada para os conflitos de interesses que não envolvam relação continuada entre as partes envolvidas, que passaram a manter um vínculo justamente em razão da lide instaurada, como ocorre numa colisão de veículos. Ou ainda para aquelas partes que têm um vínculo anterior pontual, tendo a lide surgido justamente desse vínculo, como ocorre num contrato celebrado para a compra de um produto ou para a prestação de um serviço (NEVES, 2015, p. 34).

O Novo Código de Processo Civil enfatiza, no art. 3º, a conciliação, bem como outros métodos alternativos de resolução de conflitos. O objetivo da conciliação, segundo Walsir Edson Rodrigues, é “[...] que as partes cheguem a um entendimento, independentemente da qualidade das soluções ou da interferência na interpretação das questões” (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p. 47).

Ao contrário da mediação, em que o terceiro não deve interferir e sim colaborar para a construção de uma solução do caso concreto, na conciliação, o terceiro intervém de determinada maneira, não importando a qualidade do acordo (PAUMGARTTEN, 2015). E os institutos se diferenciam não apenas quanto ao meio, mas também quanto aos fins. E, como bem salienta Daniel Amorim Neves, acerca das diferenças entre os tipos de resultados na conciliação e na mediação, conforme §§ 2º e 3º do art. 165 do novo Código de Processo Civil:¹

Enquanto o § 3º do artigo ora comentado expressamente prevê que na mediação a solução de conflitos deve gerar benefícios mútuos, ou seja, satisfazer ambas as partes de forma que nenhum interesse seja sacrificado, o § 2º nada indica quanto à forma de solução obtida pela conciliação. Não obstante o silêncio do legislador, é clássica a lição de que na conciliação — transação — a solução do conflito gera sacrifícios recíprocos, com resultante renúncia e submissão parcial das partes envolvidas no conflito (NEVES, 2015, p. 35).

Importante ressaltar que a conciliação pode ser extrajudicial, podendo ser realizada

¹ NCPC – “Art. 165 [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os 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” (BRASIL, 2015).

a qualquer momento e depende exclusivamente da vontade dos envolvidos, podendo ser vinculada a órgãos institucionais ou realizada por intermédio de profissionais independentes. A conciliação também pode ser judicial, podendo ocorrer em dois momentos. A conciliação pré-processual ocorre antes da propositura da ação, por intermédio de conciliadores judiciais, ocasião em que, atingido o objetivo, será evitada a ocorrência do processo judicial. A conciliação processual é promovida durante o processo e a qualquer tempo, devendo ser estimulada, de acordo com o novo CPC, por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, de acordo com o § 3º do art. 3º do novo Código de Processo Civil.²

A negociação como forma de resolução de conflitos prescinde da intervenção de terceiros, caracteriza-se pela conversa direta entre os conflitantes. Mas não raras vezes as partes não conseguem resolver diretamente o problema e necessitam contar com a figura de um terceiro a fim de obter uma negociação assistida, ocasião em que o nível de atuação deste variará de acordo com sua participação, seja como conciliador ou mediador (PAUMGARTTEN, 2015).

Nessa modalidade de resolução de conflitos, técnicas de argumentação e estratégias devem ser observadas pelos negociadores, e torna-se necessário realçar as habilidades e não permitir que as emoções criem impedimentos que venham a frustrar todo o processo. Segundo Paumgartten, “[...] pode-se chegar a um molde de cinco posicionamentos estratégicos para a gestão do conflito por negociação: colaboração, acomodação, disputa, inação e compromisso” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 444).

Pode-se assim dizer que o negociador, de posse de todas as técnicas de negociação, consegue minimizar as diferenças e obter um bom resultado. Nas palavras de José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli e Marcos Júlio Olivé Malhadas Júnior:

Na moderna negociação, compreende-se que negociar não é discutir, é conversar com o objetivo em mente. Também não se confunde com manipulação, posto que esta consiste em um indivíduo convencer outra pessoa de que está certo, quando sabe que está errado. Negociar não exige agressividade; requer determinação e preparo, acima de tudo (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JÚNIOR, 2008, p. 55).

A negociação permite que as partes, de acordo com suas próprias características e estratégias, busquem uma solução para o conflito, através da argumentação e do discurso.

Já a arbitragem é uma forma de atuação em que o conflito é solucionado por um

² Art.3º, § 3º, do novo CPC: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

terceiro estranho à relação. Nas exatas palavras de Paumgarten, a arbitragem pode ser definida da seguinte forma:

É um mecanismo paraestatal de resolução de conflitos, escolhido voluntariamente por pessoas jurídicas ou físicas maiores e capazes para contratar, que confiam a árbitro(s) a solução de controvérsias no presente ou no futuro, desde que relativas a interesses patrimoniais disponíveis (PAUMGARTTEN, 2012, p. 288).

No Brasil, a arbitragem é conhecida desde os tempos da Colônia, e mesmo após a Proclamação da Independência, que culminou com a emancipação política do País do Reino de Portugal, o instituto continuou sendo regulado pelas normas contidas nas Ordenações Filipinas e, com os anos, foi se adaptando e se revigorando (BARRAL, 2010).

A Lei nº 9.307/1996 prescreve que somente as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Dessa forma, temos como pressuposto da existência, eficácia e da validade do procedimento arbitral a capacidade das partes e a existência de litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis. Presentes os mencionados requisitos, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, mediante a convenção de arbitragem (BARRAL, 2010).

A convenção de arbitragem se dá mediante o estabelecimento de uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Por esse compromisso, ambas as partes renunciam à jurisdição estatal, não sendo permitido o afastamento da jurisdição arbitral, exceto se comprovado vício de consentimento, violação de preceitos legais para sua instituição ou força maior que levem um dos contratantes a descumprir a obrigatoriedade contratual, de acordo com o que está instituído na própria Lei de Arbitragem.

No procedimento arbitral, o árbitro efetivamente exerce uma cognição, uma vez que ele avalia as provas submetidas à sua apreciação, ouve as partes, determina providências, ou seja, tem, de fato, a competência de dizer o direito e de decidir sobre uma determinada lide.

Nesse sentido, alerta-se que, não obstante o art. 18 da Lei de Arbitragem³ diga que o árbitro é juiz de fato e de direito, ele não tem o poder de fazer valer suas decisões. A sentença do árbitro terá eficácia de título executivo judicial, independendo de homologação pelo Poder Judiciário, mas será neste que se buscará a *coercio* da ordem arbitral (PAUMGARTTEN, 2015).

Ressalte-se que o que for pactuado não alcança terceiros, mas apenas aqueles

³ Art. 18 da Lei de Arbitragem: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário" (BRASIL, 1996).

que compõem a relação contratual. Quanto à confidencialidade, não é determinante, porém as partes podem optar por um procedimento sigiloso. O novo Código de Processo Civil modernizou algumas previsões, adaptando-se aos novos anseios da sociedade brasileira.

Outro método que merece destaque é a mediação, a qual se desenvolve através dos próprios sujeitos conflitantes, mediante a assistência de um terceiro, neutro e imparcial, que guia os envolvidos a uma construção de um acordo. Cabe a esse terceiro contribuir para uma melhor comunicação entre as partes, catalisando as emoções, a fim de chegarem a um resultado satisfatório e duradouro para todos os envolvidos.

A mediação é uma alternativa de resolução de conflitos em que os próprios envolvidos, voluntariamente, através de um diálogo aberto, racional, constroem uma solução para enfrentar o problema, de maneira que não há um vencedor e um perdedor, e sim ganhos recíprocos para ambas as partes. E esse debate é feito diante de um terceiro imparcial, o qual se denomina “mediador”.

Nos ensinamentos de José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli e Marcos Júlio Olivé Malhadas Júnior, “[...] ela não é psicoterapia; não tem por objetivo modificar estruturas intrapsíquicas. Por ser educativa — os mediandos aprendem novas maneiras de se comportar — é inevitável, entretanto, o efeito transformador” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JÚNIOR, 2008, p. 60).

O papel do mediador no desenvolvimento da mediação, como neutro imparcial, torna-se importante na medida em que acompanha as partes, mas não se intromete, permitindo que as mesmas construam por si sós a solução para o problema. Para Maria de Nazareth Serpa,

[...] a mediação é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta (SERPA, 1999 *apud* PAUMGARTTEN, 2015, p. 463).

Assim, analisando as conceituações retromencionadas, pode-se abstrair dessas a existência da figura do terceiro neutro, do mediador, que acompanha as partes na construção de uma solução para o conflito vivenciado.

Michele Pedrosa Paumgarten explica que a mediação “[...] é um procedimento sem formas rígidas, distante das regras processuais institucionais e que prima pela experiência e conhecimento do mediador” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 462).

Difere da arbitragem, uma vez que, nesta, há uma decisão, através de um árbitro, e, na mediação, há um facilitador da comunicação entre as partes, através do mediador, a fim de que solucionem o conflito. Já em relação à conciliação, o marco diferencial é o grau de interferência do terceiro, que, no caso do conciliador, é bastante direta e objetiva (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

No desenvolvimento da mediação, observa-se a presença de três elementos: as partes, o conflito e o mediador, e, entre eles, deve existir uma ética discursiva, orientada pelos princípios formadores de todo esse processo. Primeiramente, as partes devem estar dispostas a restabelecer a harmonia, devem participar desse processo, por livre vontade. Tal autonomia não se limita ao conteúdo da solução consensual do conflito, e sim abrange todo o procedimento da mediação⁴ (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Porém, esse princípio da autonomia da vontade, liberdade, ou também conhecido como da autodeterminação, como bem traduz Daniel Amorim, é mitigado quando há previsão contratual de cláusula de mediação, sendo, dessa forma, as partes obrigadas⁵ a participar da sessão inicial, como condição de procedibilidade da ação judicial (NEVES, 2015).

Durante todo o discurso, deve haver a prevalência da boa-fé e da lealdade das práticas aplicadas, quando os mediandos são convidados a expor suas razões, sentimentos, ocasião em que desabafam, literalmente, suas pretensões, valorizando, assim, a argumentação entre as partes.

Fomenta-se, então, uma mudança de perspectiva, em que cada um deixa de pensar apenas em si próprio e passa a valorizar o todo, o conjunto.

Pode-se dizer que há uma restauração dos sujeitos, através de um espaço para um debate racional. Há um ponto final em um conflito, por meio do consenso, ressaltando a não adversalidade, uma vez que aqui não há um ganhador e um perdedor; restabelece-se, dessa forma, a harmonia nas relações.

Nessa senda, a mediação deve atuar preferencialmente naquelas situações em que há indícios de determinados componentes emocionais do conflito e há ainda conveniência ou necessidade de dar continuidade na relação dos envolvidos. Todavia, “[...] permite-se o processo mediativo em qualquer conflito, desde que seja a vontade das partes” (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 136).

De qualquer maneira, pode-se afirmar que ela é um meio adequado para a resolução de conflitos de base continuada. Todo o processo mediativo deve ser pautado

⁴ Art.166, § 4º, do novo CPC: “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (BRASIL, 2015).

⁵ Art. 2º, § 1º, da Lei de Mediação: “Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação” (BRASIL, 2015).

pela confidencialidade, não apenas do mediador, mas de todos os envolvidos. Se, porventura, ocorrer o insucesso da mediação, o mediador (e conciliador) não poderá atuar no processo, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, ficando impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes,⁶ a fim de evitar o aliciamento de clientes, uma vez que já detém informações detalhadas acerca das partes e mesmo do conflito.

Saliente-se que não há necessidade de os mediadores e conciliadores serem advogados. Por outro lado, há a possibilidade de mais de um mediador para trabalhar no mesmo processo, quando necessário, diante da complexidade da causa, e desde que as partes concordem, de acordo com o art. 15 da Lei de Mediação.⁷ E esta, por sua vez, pretende ser um instrumento de pacificação, por meio da comunicação. Destacam Diego Faleck e Fernanda Tartuce:

[...] podendo ser encontrada em diversas outras culturas como as de pescadores escandinavos, tribos africanas, e o que se observa é que o ponto convergente a todas elas é o objetivo do restabelecimento da paz e da harmonia em detrimento do conflito, da litigância e da vitória (FALECK; TARTUCE, 2014, p. 176).

Acontece que, a partir do século XX, a mediação ganhou contornos mais bem definidos, sobretudo nos Estados Unidos, como forma de resolução alternativa de conflitos de interesses, visando descongestionar os tribunais, acelerar as resoluções e diminuir os custos. Mas, bem anteriormente a isso já se falava em uma justiça comunitária entre os nativos norte-americanos e colonos, a fim de se construir a paz e reconstruir relacionamentos.

Em 1976, o professor de Harvard, Frank Sander, e Warren Burger, da Suprema Corte norte-americana, diante das inúmeras causas de insatisfação popular com a administração da justiça, inovaram com a ideia do sistema de multiportas, *multidoor courthouse*, em que os tribunais estatais não poderiam ter apenas uma porta de recepção de demandas relacionada ao litígio, mas poderiam direcionar casos para uma variedade de outros processos de resolução de disputas, entre os quais a mediação, a conciliação e a arbitragem (PAUMGARTTEN, 2015). Comentando essa ocorrência, Michele Pedrosa Paumgartten explica que:

⁶ Art. 172 do novo CPC, bem como no art. 6º da Lei de Mediação: "O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes". "O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes" (BRASIL, 2015).

⁷ Art. 15 da Lei de Mediação: "A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito" (BRASIL, 2015).

[...] seria um divisor de águas na história das ADRs nos Estados Unidos e o prenúncio de uma nova era na área da resolução dos conflitos, cujas ideias se expandiram ainda na década de oitenta, para países como Austrália e Nova Zelândia, e nos anos noventa ao Canadá (PAUMGARTTEN, 2015, p. 218).

Com toda uma crise do sistema judiciário, com uma judicialização excessiva dos conflitos, em que quaisquer controvérsias esbarram nos Tribunais, em um Estado Democrático de Direito, em que os cidadãos não conseguem resolver questões aparentemente simples, sem demandarem exaustivamente a uma estrutura saturada, não poderia haver outra resposta senão uma obstrução das vias jurisdicionais diante de uma explosão de litigiosidade.

Esse quadro retrata uma sociedade acomodada a levar todo e qualquer conflito para a decisão de um juiz, sem o esforço de um diálogo anterior, de uma tentativa de acordo e de uma resolução alternativa. Esse fato congestiona o Judiciário, prolonga o andamento processual e acaba por desagradar uma sociedade ansiosa por uma rápida solução.

Sendo assim, percebe-se a necessidade de se enfatizar outras alternativas de resolução de litígios. E como já analisado, a mediação tem tido aplicação prática e efetiva em diversos Estados, contribuindo para o sucesso das relações.

No Brasil, a mediação é mais salientada no âmbito das relações de família, mas em boa parte dos países é trabalhada no meio empresarial, a fim de resolver questões trabalhistas e corporativas; questões de vizinhança, enfim, questões que abrangem vários tipos de conflitos (PAUMGARTTEN, 2015).

De qualquer sorte, é ainda muito incipiente na sociedade brasileira. Seja por receio, por falta de informação ou mesmo pela cultura da judicialização dos conflitos, a mediação encontra-se tímida e recatada, à espera de uma ascensão.

Todavia, com a vigência da Lei de Mediação e o novo paradigma do Código de Processo Civil, tal situação tende a mudar, exigindo esforços múltiplos a fim de reconciliar as partes, em prol de benefícios comuns.

Publicada em 29 de junho de 2015, a Lei nº 13.140/2015, intitulada Lei de Mediação e em vigor depois de decorridos 180 dias de sua publicação oficial, bem como o novo Código de Processo Civil, vigente a partir de 18 de março de 2016, tratam de maneira enfática das práticas de solução de conflitos e reforçam a Resolução nº 125 do CNJ. O novo Código de Processo Civil realça a importância da mediação e conciliação como métodos de resolução consensual de conflitos, destinando a ambos uma seção inteira de um capítulo com intuito de concretizar, incentivar e investir em tais métodos.

3 Conclusão

Compreende-se a necessidade de se efetivar outras formas alternativas para a resolução dos conflitos, uma vez que o Judiciário, por si só, há tempos, não responde de forma satisfatória aos anseios e atritos de uma sociedade complexa e em constante evolução. E o instituto da mediação não apenas soluciona o conflito aparente como também o trata desde a sua origem, evitando assim futuros desentendimentos ou mesmo demandas judiciais.

Trata-se, na verdade, de uma restauração dos sujeitos, tanto das partes diretamente envolvidas, que se encontram dispostas a mediar, através de seu caráter voluntário, como também dos operadores do direito e da sociedade de modo geral, que compreendem a mediação como um processo discursivo de debate racional em prol da harmonia nas relações.

De sorte que, com a vigência da Lei de Mediação e o novo Código de Processo de Civil, o instituto se torna uma realidade. Todavia, cabe ao Estado estruturar-se, a fim de que os mediados sejam bem recepcionados e possam acreditar na capacidade do processo mediativo, e, à sociedade, uma mudança de paradigma, que encontra no diálogo a base primeira de uma (re)construção.

Sendo assim, há uma necessidade de se propagar uma mudança de mentalidade, de perspectivas, em uma sociedade individualista, egoísta, a fim de se processar a alteridade, o fortalecimento do discurso democrático e racional, com vistas à solução consensual dos conflitos.

Nessa senda, percebem-se as dificuldades que se edificarão em torno do instituto, uma vez que tal mudança de paradigma tende a ser paulatina, sobretudo em uma sociedade acostumada a judicializar, e, por mais que esse sistema já não responda totalmente aos anseios, é familiar e de certa forma confortável para aqueles que preferem protelar a lide a solucioná-la.

Portanto, ainda que o caminho não seja de todo acessível, a mediação é uma resolução construída com a participação dos próprios litigantes e retrata a maturidade dos envolvidos, um novo olhar para o conflito em consonância com um Estado Democrático de Direito, assim como a dinâmica social. Todavia, para que essa ferramenta se torne de fato efetiva, necessário se faz a adesão não apenas dos operadores do direito, mas da sociedade como um todo, a fim de trilharmos uma cultura do diálogo.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias, mediação familiar, conceituação e distinções necessárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARRAL, Gleice Leila. *A possibilidade de utilização da arbitragem na solução de conflitos decorrentes de relações individuais de consumo*. Monografia. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 18 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Lei da Mediação e novo CPC reforçam acerto da Resolução 125 do CNJ. *Agência CNJ de Justiça*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcaram-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>. Acesso em: 5 abr. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (Orgs.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elieser, 2014. p. 171-189.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Júlio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolsan de; SPLENGER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. Ed. rev. e atual. com o projeto de lei do novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.