V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

MARIELLA BERNASCONI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F724
Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Charlise Paula Colet Gimenez, Mariella Bernasconi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-261-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

Los temas que ahora se presentan hablan de la necesidad de reconocimiento y la aplicación de nuevas formas de resolución de conflictos como medio de pacificación social y la realización de la ciudadanía. Se entiende que la transferencia al tercero juez de los resultados de la decisión de conflictos determina quién gana y quién pierde, pero carecen las personas implicadas en una respuesta eficaz a sus necesidades e intereses. Por otra parte, se observa que el poder judicial se constituye en una forma de venganza institucionalizada, siendo la difusión de ganador-perdedor.

Así, los textos se centraron en la necesidad de legislar sobre la negociación, conciliación, mediación e justicia restaurativa. Que sean integrantes del proceso y no simples medios no vinculantes en el derecho. Dichas modalidades deben estar reglamentadas por ley y si se celebran tengan valor jurídico que evite un proceso.

Por tanto, se trató la abogacía preventiva y la prevención del litigio, tratando de cambiar el perfil del egresado, que el mismo no se centre en el abogado litigante sino también en el abogado que previene el litigio y que puede por medio de las modalidades relacionadas supra evite un proceso y con ello se solucione un conflicto evitando todo un proceso judicial.

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez - URI

Profa. Mariella Bernasconi - UDELAR

A MEDIAÇÃO NO BRASIL: SOLUÇÃO OU UTOPIA?

MEDIATION IN BRAZIL: SOLUTION OR UTOPIA?

Anna Christina Gonçalves De Poli [1]

Resumo

A mediação no Brasil ganhou destaque coma edição da Lei 13.140 de 2015. Porém, o atual Código de Processo Civil tornou a mediação obrigatória quando impõe às partes o dever de "cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" e dita que a audiência de conciliação ou mediação somente deixará de ser realizada "se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual" violando o princípio da voluntariedade das partes na mediação. No Brasil a questão ainda é insipiente e merece a atenção devida.

Palavras-chave: Mediação, Acesso à justiça, Pacificação social, Obrigatoriedade legal

Abstract/Resumen/Résumé

In Brazil, conflict mediation began to be highlighted with the edition of the Law 13.140, 2015. However, under current norms of the Code of Civil Procedure, conflict mediation has become compulsory when it imposes to the parties the duty of "cooperate among each other to get, in a reasonable time, a fair and effective decision on the merits" and says that the conciliation or mediation hearing will happen, unless "both parties explicitly state a lack of interest in a consensual agreement", which would violate the voluntary principle of mediation. In Brazil, such matter is still new and deserves appropriate consideration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Access to justice, Social pacification, Legal enforceability

[1] Ph.D. in Business Administration, Mestre em Direito Econômico e Social, professora de Mediação e Arbitragem e Direito Empresarial no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução 125/2010, elegeu a conciliação e a mediação como solução tanto de resolução de conflitos como de desobstrução do Judiciário. Isso porque o acúmulo excessivo de processos nos tribunais é considerado o principal fator de comprometimento da qualidade da prestação jurisdicional. Ademais a maioria dos processos em andamento seriam facilmente resolvidos entre as partes, se a elas fosse dada uma oportunidade genuína de assim fazê-lo, utilizando-se, para tanto, da ferramenta adequada.

Em setembro de 2015 a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) lançou o Placar da Justiça (AMB1. 2016), tendo como fonte os Tribunais Estaduais, naquela ocasião eram mais de 106 milhões de processos em trâmite, sendo que aproximadamente 42 milhões desses processos que “não deveriam estar lá”. Hoje são aproximadamente 110 milhões de processos tramitando e aproximadamente 44 milhões de processos que “não deveriam estar lá” (AMB2. 2016).

Percebeu-se com o levantamento feito pela AMB que o número de processos é inconcebível e que algumas questões comprometem sobremaneira o viver em sociedade no Brasil. O relatório denominado “O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil” (AMB 3. 2016), que relatou dados coletados nos anos de 2010 a 2013 apontou algumas questões importantes quanto aos donos do litígio elegendo os 100 maiores litigantes no Judiciário brasileiro.

Esse cenário estarrecedor apresentado em 2015, logo depois de sancionado o atual Código de Processo Civil, deu substancial importância às disposições do CPC que priorizam os meios autocompositivos de solução de conflitos.

Ainda em 2015 é sancionada a Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 fazendo nascer no país um desejo de conhecer melhor os meios autocompositivos de solução de controvérsias. Isso porque a mediação, antes dessa data, não estava inserida no arcabouço legal, o que despertava pouco interesse no seu estudo.

Fez-se então, uma revolução tanto no Judiciário quanto na Academia. Os meios de Resolução Alternativa de Disputas (RAD), sigla que tem origem na denominação americana *Alternative Dispute Resolution* (ADR), encontraram seu lugar de destaque na comunidade jurídica e acadêmica.

Neste artigo explica-se os meios alternativos de resolução de disputas, dando ênfase à mediação de conflitos, analisando o instituto sob a ótica da legislação recente.

2. MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS

Os conflitos[1] podem ser resolvidos de duas formas: a impositiva (também chamada heterocompositiva, em que há uma sentença, que pode ser judicial ou arbitral), e a autocompositiva que pode ser: conciliada, em que o juiz (ou conciliador) servirá como intermediário entre as partes, sugerindo soluções; mediada, em que o mediador servirá como facilitador entre as partes, não interferindo na tomada de decisões das mesmas, mas facilitando o diálogo para que cheguem a um consenso, encerrando com isso o conflito; ou negociada, caso em que não há um terceiro a interferir, sendo o conflito analisado e resolvido entre as próprias partes.

Tais meios de solução de conflitos poder ser utilizados levando-se em consideração o conteúdo do conflito em questão. No Brasil há limitações legais quanto a esses conteúdos a exemplo do art.3º da Lei 13.140 de 2015[2] que dispõe que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.” (Brasil. 2015).

A definição de meios alternativos de resolução de conflitos[3] nas palavras de Mariana França Gouveia deve “ser alargada a todos os meios de resolução de conflitos que sejam diferentes da decisão por julgamento em tribunal judicial.” (2012. pg. 16).

Para a autora ainda, observado o contexto português

[1] Candido Rangel Dinamarco critica a tradicional conceituação de conflito argumentando que "o conceito de conflito não é muito claro em doutrina. A mais abalizada tentativa de defini-lo foi a que o envolveu na ideia de lide, apontada como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti). O conflito, elemento substancial da lide, seria representado pela incidência de interesses de dois ou mais sujeitos sobre o mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfazer a ambos, ou a todos esses interesses. A exteriorização do conflito, ou seu elemento formal, seria a tensão entre a exigência externada por um sujeito (pretensão) e a resistência oposta pelo outro. Essa construção, além de exageradamente ligada a relações de direito privado, dá destaque a algo que socialmente é quase indiferente, ou seja, ao conflito conforme definido pelo seu autor. Na vida social o que incomoda e aflige não é a teórica incidência de interesses sobre o bem mas justamente as exigências não satisfeitas. Aí estão os conflitos que o processo visa a dirimir." (2009, p. 116-117).

[2] Neste artigo não será considerada a mediação de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, pois entende-se haver nessa matéria uma especificidade própria.

[3] Para este artigo serão utilizadas como sinônimos as seguintes denominações: Meios alternativos de resolução de disputa ou de conflitos e meios adequados de resolução de disputas ou de conflitos.

> Os meios de resolução alternativa de litígios são, por regra, voluntários – dependem unicamente da vontade das partes aderir ou não um mecanismo alternativo. Esta sua característica permitia diferencia-los dos meios judiciais de resolução de litígios, sempre obrigatórios. No entanto, ainda dentro dos meios de resolução alternativa de litígios podemos encontrar meios obrigatórios. Desde logo a arbitragem necessária, imposta por lei. (GOUVEIA. 2012, pg. 16).

A resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ. 2010) ressaltou a importância de utilização desses meios adequados e prioriza a utilização da mediação e da conciliação como forma de solução de conflitos ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses.

Com isso, o CNJ oferece às partes em conflito obter para si a responsabilidade e o poder de decidir sobre o resultado de suas ações e decisões, priorizando a manutenção das relações sociais.

Vê-se claramente uma evolução do sistema, a partir do momento em que se considera a conciliação e a mediação como meios de auxiliar o cidadão a obter a justiça que busca e cujo acesso é ele garantido constitucionalmente.

Em linhas gerais, na conciliação o conciliador procura aproximar as partes ao mesmo tempo em que busca compreender o conflito instaurado, ajudando na negociação travada entre elas, sugerindo e indicando propostas. Pode o conciliador apontar falhas, vantagens e desvantagens fazendo sempre jus à composição.

Nesse meio autocompositivo o conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria as partes.

Entretanto as partes podem chegar a uma composição por meio de uma sugestão do conciliador, o que retira a autorresponsabilidade dos envolvidos, podendo levar ao descumprimento do firmado. Nesse modelo não há o verdadeiro empoderamento das partes.

Isso porque "[...] na medida do que for praticamente possível, o processo deverá propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber [...]" (DINAMARCO, 2009, p. 108). Verificando-se aí que oportunizar a conciliação faz parte do Direito Processual brasileiro, como um dever imposto às partes.

Na conciliação as partes se polarizaram sobre a questão apresentada, ou seja, cada envolvido permanece em um polo da divergência, havendo a identificação

clara do problema que deve ser resolvido. Nesse meio a solução do conflito é o objetivo do conciliador e ele busca os termos de como será cumprido o acordo.

Há a permissão do uso da conciliação para qualquer espécie de conflito, tendo em vista não haver vedação expressa a sua utilização. Com o advento da Lei 13.105 de 2015 que instituiu o atual Código de Processo Civil essa ferramenta passa a poder ser utilizada em caráter não obrigatório, como se infere do texto legal citado art. 319, VII. (BRASIL. 2015).

Ocorre que, mesmo que não tenha caráter obrigatório, a conciliação ainda permite ao conciliador interferir objetivamente na solução da disputa. Isso leva a conciliação a um modelo que prima pela praticidade em detrimento do restabelecimento das relações sociais.

A mediação ao contrário da conciliação irá privilegiar o restabelecimento das relações sociais. Porém, é muito mais que uma técnica ou ferramenta a ser empregada, devendo a ela ser agregada a necessidade de coesão social[4], ou seja, as pessoas devem conhecê-la e estar cientes de sua importância, assim como valorizar as relações sociais que o instituto visa restabelecer.

Nas palavras de Maria Carme Boqué Torremorell

> La mediación, tal y como creemos que puede y debe desarrollarse, supone un pequeño empujón hacia la anhelada cohesión social, puesto que, al incluir a los distintos participantes en un conflicto, promueve la comprensividad; al aceptar diferentes versiones de la realidad, defiende la pluralidad; y al fomentar la libre toma de decisiones y compromisos, contribuye a la participación democrática. De ello no deducimos que los procesos de mediación, en solitario, vayan a construir el puente social hacia un futuro más humanizado, aunque quizá sí asienten una de las piedras que nos pueden ayudar a cruzar el cauce en ambos sentidos. (2003. pg. 10).

3. A MEDIAÇÃO E O PROCESSO CIVIL

A mediação é conceituada em *A Glossary of Terms and Concepts in Peace and Conflict Studies* como

[4] O conceito de Coesão Social é comummente aceite, em termos de dinâmica da vida social, designando a harmonia, a união das forças sociais e das instituições que as sustentam e que concorrem para um fim harmonioso e coerente de vida em comum. A Coesão Social implica, por isso, e necessariamente, um certo grau de solidariedade para a concretização da qual a integração social é o processo mais indicado. Opõe-se a uma sociedade coesa uma sociedade desorganizada, polarizada espacial e socialmente, que exclui pessoas, grupos ou mesmo territórios. (MADEIRA. 1996. pg. 5).

> Um processo voluntário, informal, não vinculativo orientado por um terceiro que promove a resolução de conflitos entre as partes. Os mediadores têm, frequentemente, um interesse geral na resolução de um determinado conflito ou disputa, mas, teoricamente, eles são capazes de operar de forma neutra e objetiva. Sem a autoridade para coagir ou impor julgamentos, circunstâncias ou resoluções, tais facilitadores visam transformar a dinâmica da situação de conflito com a introdução de novos e relevantes conhecimentos ou informação, especialmente sobre o processo de negociação entre as partes e revelando interesses comuns e sugerindo possíveis direções no sentido de liquidação[5]. (UPeace. 2005. pg. 49). (Tradução livre do autor).

Osvaldo Alfredo Gozaíni afirma que mediar "es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad." (1995. pg. 71).

Já Luiz Fernando Tomasi Keppen e Nadia Bevilaqua Martins trazem como conceito de mediação "um método ecológico de resolução e conflitos, em que se convoca um terceiro, o mediador, que atua de modo confidencial, imparcial equidistante, e cuja função é promover a melhora da comunicação entre os envolvidos." (2009. pg. 83).

Kenneth J. Gergen (2010, p. 40), por sua vez, define a mediação como um ambiente onde se prolifera a autorreflexividade, responsabilidade relacional ou cocriação de realidades: "Se uma determinada construção do eu ou do mundo vai contra o nosso bem-estar, somos instados a desenvolver alternativas." Assim às partes é dado o ambiente fértil para a resolução do conflito, ou seja, a cocriação de uma nova realidade em que o conflito desaparece. (GERGEN, 2010, p. 40).

Como se vê diversos são os conceitos apresentados pela doutrina. Porém, embora haja diferentes definições para o instituto, concordam todas que a mediação empodera os envolvidos a dar solução e direção à própria vida. Mariana França Gouveia explanando sobre o pleno domínio das partes na mediação expõe que

5 No original: A voluntary, informal, non-binding process undertaken with an external party that fosters the settlement of differences or demands between directly invested parties. Mediators often have a general interest in the resolution of a given conflict or dispute, but theoretically they are able to operate neutrally and objectively. Lacking the authority to coerce or impose judgements, conditions, or resolutions, such facilitators aim to transform the dynamics of the conflict situation by introducing new relevant knowledge or information, especially regarding the negotiation process between the disputants, and by revealing common interests and suggesting possible directions towards settlement.

> a. Um dos princípios básicos da mediação é o controlo desta pelas partes, o denominado *empowerment*. Em tribunal, os poderes decisórios estão na mão de advogados, a linguagem é técnica, o procedimento é formal e opaco, as partes nem sequer podem falar se o pretenderem. O afastamento das partes do seu caso é enorme e é pretendido. Na mediação a postura é exatamente a oposta: parte-se do princípio que as partes são as pessoas que melhor colocadas estão para resolver o seu litígio. Há uma ideia de responsabilidade pessoal que se traduz na atribuição às partes do domínio do problema e do processo. Enquanto em tribunal tudo lhes é afastado, em mediação tudo lhes é entregue, dependendo delas o início, o decurso e o fim da mediação. (2012. pg. 44).

Assim, sendo a mediação uma forma de devolver aos envolvidos em um conflito ou disputa seu poder de gerir e decidir sua própria vida, o processo de construção da solução não pode sofrer intervenção de terceiro no sentido de ditar possíveis soluções, tampouco a solução que entende mais adequada deve ser imposta às partes.

Maria Carme Boqué Torremorell aduz que a disposição das partes em participar do processo de mediação é imprescindível. Essa disposição de vontade é um dos princípios fundamentais da mediação[6] e deve ser seriamente considerada. Segundo a autora:

> A fin de conducir un proceso de mediación resulta imprescindible, como se ha dicho y repetido, la plena participación de todos, es decir, que se alguna de las partes so está dispuesta, se halla debilitada, en peligro o, simplemente, opta por un proceso adversarial, será mejor paralizar el proceso en caso de haberlo iniciado. (2003. pg. 66).

As partes mediadas devem querer dar início e permanecer no processo de mediação. Isso porque a mediação, naturalmente, não é um processo impositivo.

> A voluntariedade estabelece uma notável diferença entre a mediação e o procedimento judicial, pois, na mediação, basta que uma das partes não tenha interesse em continuar no processo, fazendo com

[6] São princípios da mediação: "o caráter voluntário; os mediandos ali se encontram por livre vontade; o poder dispositivo das partes, respeitando o princípio da autonomia da vontade, desde que não contrarie os princípios de ordem pública; a complementaridade do conhecimento; a credibilidade e a imparcialidade do mediador; a competência do mediador, obtida pela formação adequada e permanente; a diligência dos procedimentos; a boa-fé e a lealdade das práticas aplicadas; a flexibilidade, a clareza, a concisão e a simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos, de modo que atenda à compreensão e às necessidades dos participantes; a possibilidade de oferecer segurança, em contraponto à perturbação e ao prejuízo que as controvérsias geram nas relações sociais; a confiabilidade do processo." (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR. 2008. pg. 61).

> que ele tenha o seu fim decretado. (RODRIGUES JUNIOR. 2007. pg. 86).

Assim sendo, na mediação o mediador não interferirá no processo de construção da solução do conflito pelas partes. Atuará, aplicando técnicas específicas[7] para, retirando o ruído, permitir que as partes percebam seus reais interesses e assim construam a solução.

Para Gladys S. Álvarez, Elena I. Highton e Elías Jassan

> La mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral -el mediador- facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo. La medición se configura con un sello propio que consiste en expandir las tradicionales discusiones a fin de lograr una avenencia y ampliar las opciones de resolución, a menudo más allá de los puntos jurídicos involucrados en la controversia.
> Se trata de un procedimiento de primer nivel de elección para intentar arribar a un acuerdo, debido a su extensiva aplicabilidad y bajo costo para los litigantes y el tribunal. (…) (1996. pg. 131).

A função do mediador, como se observa, é a de facilitar a comunicação e promover a pacificação das partes para que se mantenham as relações interpessoais após a resolução do conflito. Não interferindo na construção da solução, mas dando as partes um terreno limpo, sem ruídos de comunicação para poderem livremente negociar.

Importante observar na definição do instituto que o mediador, *a priori*, não sugere soluções. Ele apenas atua na facilitação da comunicação entre as partes. Exercendo o papel daquele que irá garantir a igualdade entre as partes durante o processo de mediação na medida em que possibilitará às partes se comunicar de forma adequada.

O mediador será aquele que conduzirá as partes por caminhos que facilitem a compreensão mútua de sentimentos, interesses e necessidades, encaminhando-os a uma solução comum.

Para José Benito Pérez Sauceda o mediador

[7] Uma dessas técnicas, a chamada “Caucus” inclusive é legalmente prevista (art. 19 e 31 da Lei 13.140/2015)

> sólo facilita la comunicación entre las partes, para que tomen el control del mismo y arriben voluntariamente a un acuerdo. (...) El mediador trata de que las partes tomen conciencia de su actuar, de sus acciones pasadas y presentes pero sobre todo, que las futuras pueden arreglar los errores cometidos, en un alto margen podemos ser arquitectos de nuestro destino. (2011. pg. 55).

Visto assim, para o autor "La mediación representa una verdadera evolución del ser humano a partir de la idea de que es capaz de conducir su vida y sus relaciones, de tomar decisiones y responsabilizarse de sus consecuencias." (SAUCEDA. 2011. pg. 55).

Ocorre que há também críticas quanto ao indiscriminado uso e a apropriação por alguns (e aqui o Judiciário de forma mais nociva) da mediação, por vezes descaracterizando e desnaturando o instituto a ponto de vê-lo perder-se de suas raízes.

Torremorell explica que a mediação se prolifera nos países de influência anglo-saxã (2003. pg. 17), porém essa proliferação é descuidada, pois se atribui a ela a salvação de toda uma sociedade.

> A pesar de este flujo inverso, las perspectivas apuntan ineluctablemente hacia la expansión de la mediación a escenarios hasta hoy inéditos, así como al nacimiento de una nueva profesión. Desde luego, no todo el mundo celebra a propagación, quizá indiscriminada, que podría desvirtuar la esencia misma de la mediación. En neste sentido, Six (1997: 21) remarca que <la mediación apareció como una planta milagrosa, a la manera de panacea universal y, desde entonces, se tomó como producto de futuro; todo el mundo se precipitó sobre ella, queriendo apropiársela y cultivarla a su manera>. El ímpetu con que diversos sectores se arrojan sobre la mediación induce a creer, ciertamente, en una mediación *fast food* destinada a saciar rápida y económicamente todas las necesidades. La controversia está servida. (TORREMORELL. pg. 18). (Grifos no original).

Esse movimento de apropriação da mediação se vê no Brasil quando a Lei 13.140/2015 passa a dispor sobre a matéria, em alguns momentos de forma desconexa. Outros países da América do Sul tiveram esse mesmo movimento. Na Argentina em algumas províncias como "Buenos Aires, Entre Ríos, Chaco, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis Y Tucumán es obligatorio intentar un acuerdo por medio de una mediación antes de promover una demanda" (ALMEIDA; ALMEIDA. 2012. pg. 03).

Há, assim, uma verdadeira imposição estatal para a utilização da mediação. Isso retira o empoderamento das partes que é o principal fundamento da mediação.

Maria Alba Aiello de Almeida e Mario de Almeida argumentam que a

> La búsqueda de la justicia a través de nuestro sistema jurisdiccional coloca generalmente a los litigantes en una situación de confrontación de poder, en la que cada uno pretende ganar lo más posible, en desmedro del otro.
> A ello se agrega que la actividad jurisdiccional es violenta. Se condena al vencido bajo apercibimiento de desapoderarlo de sus bienes; se priva da libertad a los condenados, y (…) hasta se le quita la vida a quien ha cometido un delito, a veces de modo sanguinario. (2012. pg. 2).

No Brasil a interferência estatal vem na conjugação dos art. 6º, 319 e 334 do Código de Processo Civil.

O comando contido no art. 6º diz respeito ao dever de priorizar a solução da demanda: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” e o Art. 319 lista como requisito obrigatório da petição inicial em seu inc. VII: “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.” (BRASIL. 2015).

Ocorre que o inciso I, parágrafo 4º do art. 334 dita que a audiência de mediação ou conciliação somente deixará de ser realizada “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.” (BRASIL. 2015).

Ora, se o princípio basilar da mediação é a autonomia da vontade, se uma das partes não quiser a mediação já é motivo suficiente para que ela não ocorra. Primeiro porque o processo de mediação somente tem início quando ambas as partes se dispõe a dela participar e segundo porque a violência empregada na sujeição do indivíduo à mediação derrota a razão de ser da mediação que é a pacificação social por meio da restauração de laços sociais e assevera ainda mais o conflito entre as partes.

Isso porque os “litigantes não são obrigados a negociar, mediar ou fazer acordo influenciados por nenhuma parte interna ou externa à disputa.” (MOORE. 1998. pg. 31).

Há, portanto, na legislação processual brasileira uma subversão da mediação. Porém isso não é exclusividade brasileira. Gouveia (2012. pg. 57-58)

relata que na Alemanha alguns Estados aprovaram normas tornando a mediação prévia obrigatória. Nesses Estados a mediação prévia é condição de admissibilidade da ação. Na Itália a obrigatoriedade da mediação prévia tem cabimento em alguns tipos de litigio tais como direitos reais, partilhas, sucessões, arrendamentos, comodato.

Gouveia (2012. pg. 58) informa ainda que nos Estados Unidos a discussão se deu em alguns tribunais sob o ponto de vista do acesso à Justiça. Tendo sido decidido, nesses tribunais, que desde que o *due process* fosse observado e houvesse a possibilidade de as partes rejeitarem o acordo e acederem livremente aos tribunais.

Verifica-se, portanto, que a mediação nos países citados, acaba por ser uma solução de desafogo do Judiciário. O que não deveria sequer ser considerado. Isso porque para promover o ajuste entre as partes no âmbito do Judiciário a conciliação cabe muito melhor, tendo em vista que o conciliador pode interferir na construção da solução, tornando o processo mais rápido e menos custoso.

Menos custoso porque, com a Lei de mediação e o Código de Processo Civil atual, o Judiciário terá que gastar muito dos recursos públicos para a criação da estrutura necessária ao atendimento dessas normas.

Na Inglaterra no caso Halsey X Milton Keynes General NHS TRUST a *Supreme Court of Judicature* decide que a mediação não pode ser imposta às partes. Fundamenta aquela Corte com base no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos que:

> 10. Se a Corte fosse obrigar as partes a entrar em uma mediação que elas recusaram, isso não iria dar em nada, exceto adicionar custos a serem suportados pelas partes, possivelmente adiar o momento em que a Corte determina a disputa e danificar a efetividade do processo da RAD. Se um juiz considera que o caso é adequado para RAD, então ele ou ela não são, claro, obrigados a fazer frente à oposição das partes. Em tal caso, o juiz deverá explorar as razões de resistência ao RAD. Porém, se as partes (pelo menos uma delas) permanecerem contra o processo de RAD, daí seria errada para a Corte obrigá-los a aceitar.)[8] (2004). (Tradução livre).

[8] No original: If the court were to compel parties to enter into a mediation to which they objected, that would achieve nothing except to add to the costs to be borne by the parties, possibly postpone the time when the court determines the dispute and damage the perceived effectiveness of the ADR process. If a judge takes the view that the case is suitable for ADR, then he or she is not, of course, obliged to take at face value the expressed opposition of the parties. In such a case, the judge should explore the reasons for any resistance to ADR. But if the parties (or at least one of them) remain

Verifica-se que, mesmo sendo criticada como uma decisão conservadora (GOUVEIA. 2012. pg. 59) verifica-se que é mais centrada, mostrando que há outras opções pelas quais pode o legislador chegar ao mesmo resultado. Não há a necessidade de se impor um meio adequado de resolução de disputa a uma sociedade que sequer entende o instituto da mediação.

Novamente o legislador usa a lei para criar a cultura. Até pouco tempo a sociedade brasileira sequer conhecia a mediação como meio de resolver conflitos, hoje ela está obrigada a submeter-se a ela.

Outro ponto fundamental é a política adversarial que vem regendo o estudo do Direito nas faculdades brasileiras até pouquíssimo tempo não deu margem à formação e profissionais que entendam com profundidade o valor da mediação. E mais, entendam o que é a mediação e como ela funciona. Qual o papel do advogado na mediação é uma questão de suprema importância e que não pode deixar de ser trazida a lume.

Sob o ponto de vista do litígio, deve-se observar que nem todas as pessoas são mediáveis. Nem todos simpatizam com a exposição a que se submete a parte na mediação. Mediar vai além de colher propostas de acordo e sugerir soluções. É mais uma descoberta do ser humano, a identificação de suas necessidades e interesses.

O homem é um ser desejante (Spinoza. 2016. pg. 166-167). Caminha com seus desejos e interesses e não os identificar é impossibilitar o consenso. É viver na luta entre o bem o mal (ganhar e perder). Nem sempre o homem efetivamente sabe o que o satisfaz, pois desconhece (conscientemente) a origem verdadeira da sua necessidade e o conflito é um alimento para aquele que não se conhece o suficiente.

Muitas vezes as partes se utilizam do Judiciário como instrumento de vingança, pois não entendem como o consenso pode favorecer a vida em sociedade. A mediação bem pode ser o instrumento da esperança. O foco é restabelecer as frágeis relações humanas em um mundo que as tornou líquidas, fugazes. Onde os desejos são crescentes e infinitos e a satisfação é momentânea não dura uma fração de segundos (BAUMAN. 2001. 86-88).

---

intransigently opposed to ADR, then it would be wrong for the court to compel them to embrace it. (SUPREME COURT OF JUDICATURE. 2004).

Com isso as pessoas ressignificam falsas vitórias, transformando-as em algo que dê a sensação que tanto buscam. Isso não combina com a estruturação mecânica do Judiciário.

Trazer ao conhecimento da sociedade uma ferramenta como a mediação, foi o ponto alto da Lei 13.140 de 2015 que dispõe sobre a mediação no Brasil. Fazer dela ferramenta de uso obrigatório no atual CPC foi um lapso do legislador, pois desconsiderou o próprio instituto. Desconsiderou que por princípio não pode haver mediação sem que as partes se disponham a dela participar (princípio da voluntariedade).

Sendo obrigatória por lei, a mediação deixaria de cumprir seu papel de meio de acesso à Justiça para tornar-se um instrumento de violência. O que não se pode permitir. Portanto a análise do uso obrigatório da mediação não pode orientar-se apenas pelo Processo Civil, ou como meio de desafogar o Judiciário, deve sim, estar atento às reais necessidades da sociedade como um todo.

Por fim, ainda se faz necessária uma observação quanto a mediação. Quem pode participar de uma mediação? Por lei, as pessoas plenamente capazes. Mas todas as pessoas capazes são funcionalmente aptas a resolverem seus próprios problemas? A resposta a esta pergunta demanda a tomada de conhecimento advindo de outras áreas importantes como a psicologia e a psiquiatria.

Essas questões não abarcadas pelo Direito possibilitam a visão de um novo universo. São questões que demandam severas considerações que ainda não foram formuladas, mas que interferem sobremaneira no resultado da mediação.

Uma pessoa incapaz de sentir empatia por outra será capaz de participar de uma mediação? A solução encontrada por uma pessoa em estado depressivo será exigível, se dentro desse processo autodestrutivo ela inconscientemente desejar acabar com sua própria vida? Tais perguntas merecem um aprofundamento que este artigo não almeja.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora o instituto da mediação seja tão antigo quanto antigas são as relações humanas, somente agora no Brasil, esse instituto alçou voo e começa a ser mais aprofundadamente estudado como Meio de Resolução Alternativa de Disputas.

Considerando-se que a mediação tem como princípio a voluntariedade das partes, significando que para se submeterem à mediação as partes devem estar dispostas, o atual Código de Processo Civil brasileiro veio na contramão do instituto e torna a mediação obrigatória.

Alguns entendem a obrigatoriedade de mediação no Judiciário como retrocesso outros como avanço, por disponibilizar aos litigantes o acesso à Justiça por meio da mediação. Visto dessa forma há ainda a questão relativa à essência da mediação que tem por fim o restabelecimento das relações sociais.

Países como a Alemanha, a Itália e os Estados Unidos trazem essa obrigatoriedade entendendo que se houver a possibilidade das partes de não fazer acordo, então o acesso à justiça estaria garantido, podendo assim a obrigatoriedade da mediação prévia ser instituída sem prejuízo para as partes.

A Inglaterra de forma diferente entendeu por meio do julgamento do caso Halsey X Milton Keynes General NHS TRUST que as partes podem ser levadas a mediação, mas não obrigadas, pois isso feriria seus direitos fundamentais.

Se observado do ponto de vista dos direitos fundamentais obrigar as partes a passar por um processo de mediação sem que elas estejam predispostas, fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso sem mencionar assim agindo se poderia violar liberdades individuais.

Assim a Lei 13.140 de 2015 de forma positiva apresenta aos cidadãos um meio de resolução de disputas capaz de ir muito além do Judiciário, verdadeiramente devolvendo às partes a autorresponsabilidade e o pleno domínio de suas vidas.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Alba Aiello de; ALMEIDA, Mario de. **Mediación y conciliación**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elías. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

AMB1 – Associação dos Magistrados Brasileiros. **Placar da Justiça atrai atenção da mídia em São Paulo**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/novo/?p=24083>. Acesso em 28 mai 2016.

AMB2 – Associação dos Magistrados Brasileiros. **Placar da Justiça**. Disponível em: <https://www.placardajustica.com.br/>. Acesso em: 08 jun 2016.

AMB3 – Associação dos Magistrados Brasileiros. **O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Disponível em: <https://www.placardajustica.com.br/assets/files/placardaJustica_o_uso_da_justica_e_o_litigio_no_brasil.pdf >. Acesso em 28 mai 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Lei 13.105. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 mai 2016.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 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. Acesso em 10 mai 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14ªed. São Paulo: 2009.

Estados Unidos da América. ***SUPREME COURT OF JUDICATURE****. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. Neutral Citation Number: [2004] EWCA Civ 576. Case No: B3/2003/1458 and B3/2003/1582.* Data de julgamento: 11.05.2004. Disponível em: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>. Acesso em 05 jun 2016.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. 1. ed., 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2008.

GERGEN, Kenneth J. **Construcionismo social**: um convite ao diálogo. Tradução Gabriel Fairman. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução de litígios**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos.** Buenos Aires, AG: Depalma, 1995.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativas de conflitos:** negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente.... Curitiba: JM Editora, 2009.

_____ Lei 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**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 10 mai 2016.

MADEIRA. Maria Joaquina Ruas. **Coesão social e acção social**. Disponível em: http://www.seg-social.pt/documents/10152/51814/Coesao_social_accao_social/f96c2efc-7ada-4766-a195-18e74b27c780. Acesso em 05 de jun 2016.

MILLER, Christopher E. **A glossary of terms and concepts in peace and conflict studies.** Addis Ababa: Universidad for peace, 2005. Disponivel em: <https://www.upeace.org/pdf/glossaryv2.pdf>. Acesso em 05 jun 2016.

MOORE, Chistopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PÉREZ SAUCEDA, José Benito. **Métodos alternos de solución de conflictos: justicia alternativa y restaurativa para una cultura de paz**. 2011. 491 f. Tesis Doctoral (Doutorado em Direito), Universidad Autónoma de Nuevo Lion, México. 2011.

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

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª ed. 5ª reimp. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2016.

TORREMORELL, Maria Carme Boqué. **Cultura de mediación y cambio social**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003.

UPeace – University of Peace. **A Glossary of Terms and Concepts in Peace and Conflict Studies.** Disponível em: <https://www.upeace.org/pdf/glossaryv2.pdf>. Acesso em 04 jun 2016.