

**JULIANA RIBEIRO GOULART**

**CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO  
JUDICIAL E O RECONHECIMENTO DO OFÍCIO DO  
MEDIADOR JUDICIAL NO BRASIL**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito na área de concentração Teoria e História do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagúndez

Florianópolis  
2018

Goulart, Juliana Ribeiro

Concretização do acesso à justiça: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil. Juliana Ribeiro Goulart. – Florianópolis, 2018.

156 f. ; 14,81cm21cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

Bibliografia: f. 141-150.

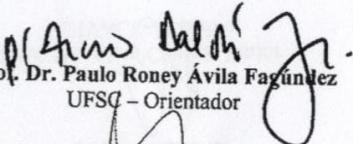
1. Direito. 2. Acesso à justiça. 3. Mediação. 4. Mediador judicial. 5. Lei de Mediação. I. Título.

Catálogo na fonte elaborada por Marcelo Cavaglieri CRB 14/1094

**CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO  
JUDICIAL E O RECONHECIMENTO DO OFÍCIO DO  
MEDIADOR JUDICIAL NO BRASIL**

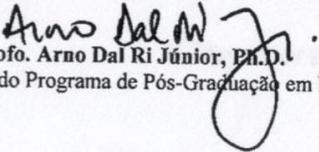
**JULIANA RIBEIRO GOULART**

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

  
**Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagúndez**  
UFSC – Orientador

  
**Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa**  
UFSC – Membro

  
**Prof. Dr. Aírto Chaves Júnior**  
UNIVALI – Membro

  
**Profo. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.**  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 01 de março de 2018.



Este trabalho é dedicado aos meus pais, Ana Cesarina Ribeiro Goulart e Julião Ayrton Ribas Goulart, meus exemplos de amor.



## AGRADECIMENTOS

O meu profundo respeito e gratidão aos que, antes de mim, iniciaram a jornada em territórios desconhecidos na investigação do tema Mediação de Conflitos, até chegarmos ao estágio em que hoje nos encontramos.

No caminho, novas amizades foram feitas, embaladas pelo desejo não apenas de que a mediação se concretize na cultura brasileira como técnica de resolver conflitos, mas também de que os saberes que envolvem seu corpo teórico, em permanente construção, inspirem uma convivência mais tolerante e compassiva com as diferenças.

Diante da atual exigência de que a justiça dê soluções satisfatórias aos conflitos, como lecionou Warat, agradeço aos mediadores que conheci ao longo do período em que pesquisei o tema, a exemplo de Juan Carlos Vezzulla.

Agradeço à Jessica Gonçalves, amiga, interlocutora e parceira em projetos e estudos a respeito do tema.

Agradeço aos amigos e professores que contribuíram para a elaboração deste trabalho, entre eles Alexandre Moraes da Rosa, Ricardo Stersi, Pedro Manoel Abreu, Vanessa Silva, Grasielle Mello, Raquel Tóppor, Sarah Tóppor, Janaína Bortolato, Giovanni Secco, Ana Lúcia Silveira e Andressa Tomazini.

Agradeço ao meu orientador, professor Doutor Paulo Roney, pela lealdade, confiança e incentivo na elaboração do trabalho.

Agradeço ao meu amor, Diego Nunes, pelo privilégio da convivência amorosa e paciente.

A Luis Alberto Warat (*in memoriam*), voz sempre presente nas minhas reflexões, com amor, por ter me mostrado que haveria lugar para mim no Direito. Durante a escrita me deparei com as suas lições subversivas e apaixonantes, que ora me guiaram, ora me lançaram ao desconhecido em busca da minha reserva selvagem de sensibilidade. Obrigada, Mestre!



Quando alguém nos agride, observemo-lo. A agressão tornar-se-á uma flor. Absorveremos a energia dela, deixando-a lutar com um vazio. É o desarmado descobrindo uma beleza profunda que estava escondida na agressividade periférica. Se alguém pretende agredir-nos, chocar-se contra nós, deixemos que ele se choque, deixemos que ele passe através de nós. Não sejamos uma parede, não fiquemos no caminho, sejamos poderosos.

(Luis Alberto Warat)



## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral verificar se o acesso à justiça pode ser concretizado pela atuação do mediador na mediação judicial e, como objetivos específicos, explicar o direito ao acesso à justiça, discutir o papel do mediador judicial e analisar se a sua atuação é bem avaliada pelos usuários. A pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica realizada mediante a consulta de material científico (artigos, dissertações e teses), interdisciplinar (direito, psicologia, sociologia e filosofia), manuais e demais obras, na sua maioria brasileira, com o apoio do direito comparado. Ainda, foram utilizados dados estatísticos constantes em bancos públicos e privados que avaliam o desempenho do mediador. O trabalho também possui caráter prescritivo, na medida em que revisita categorias buscando nova interpretação do direito vigente. O resultado confirmou a hipótese de que a mediação concretiza o acesso à justiça diante do reconhecimento do desempenho do facilitador para possibilitar o adequado atendimento das necessidades e interesses dos usuários. O que significa dizer que as partes se sentem satisfeitas e compreendidas após passar pela experiência de serem auxiliadas pelo mediador judicial. As evidências apontam que para concretizar o acesso à justiça como ordem jurídica justa, ainda que a mediação judicial nos termos propostos pela legislação se enquadre como uma categoria *sui generis* de mediação (diante da conversão do conflito em litígio e eventual obrigatoriedade de comparecimento das partes), sua inserção no sistema brasileiro é um ganho no acesso à justiça como um meio “alternativo de resolução de litígios.” Os dados estatísticos de apoio reforçam este entendimento, ao mostrar que apesar de recente, a experiência brasileira dos mediadores judiciais é avaliada de forma positiva pelos usuários, ainda que nenhum acordo tenha sido firmado.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Mediação judicial. Mediação *sui generis*. Mediador judicial. Meio alternativo de resolução de litígio.



## ABSTRACT

### IMPLEMENTING ACCESS TO JUSTICE: JUDICIAL MEDIATION AND THE RECOGNITION OF THE ROLE OF JUDICIAL MEDIATORS IN BRAZIL

This work aims to verify whether access to justice can be implemented through the mediator's role in judicial mediation, and more specifically to explain the right to access to justice, to discuss the role of judicial mediators and to analyse whether their action is well evaluated by their users. The research we have carried out employs literature review as its main research method, accomplished by examining scientific material (articles, dissertations and theses), interdisciplinary (law, psychology, sociology and philosophy), manuals and other works, mostly Brazilian, supported by comparative law. Complementarily, it also draws on statistical data gathered from public and private databases, that evaluates the performance of mediators. This work also has a prescriptive character, in that it reviews categories seeking a new interpretation of current law. The results we have found confirm our hypothesis that mediation concretizes access to justice, as a result of the recognition of the role of facilitators in enabling the adequate attendance of the needs and interests of their users. Specifically, the parties feel satisfied and understood after going through the experience of being assisted by a judicial mediator. Even though under the terms provided by Brazilian legislation judicial mediation falls into a *sui generis* category of mediation (because of the conversion of disputes into litigation and the eventual mandatory presence of the parties), evidence suggests that, as an “alternative means of dispute resolution”, the emergence of judicial mediation in Brazilian law represents an advancement towards access to justice and therefore towards a fairer legal order. Supporting statistical data reinforces this understanding, showing that, although recent, the role of mediators in Brazil is positively evaluated by their users even when they do not reach a settlement.

**Keywords:** Access to justice. Judicial mediation. *Sui generis* mediation. Judicial mediator. Alternative means of dispute resolution.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AED	Análise Econômica do Direito
AJG	Assistência Jurídica Gratuita
Cejusc	Centro Judicial de Solução de Conflitos
CC	Código Civil
CCP	Código Civil Português
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
Enfam	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LAE	<i>Law and Economics</i>
LM	Lei de Mediação
Marc	<i>Modes Alternatifs de Règlement des Conflits</i>
NCPC	Novo Código de Processo Civil
Nupemec	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
PE	Projeto de Lei
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJSC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>2 O ACESSO À JUSTIÇA E A ADEQUADA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS .....</b>	<b>23</b>
2.1 ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA.....	23
2.2 ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL: TUTELA RESIDUAL.....	24
<b>2.2.1 Vantagens e Desvantagens da Tutela Jurisdicional Estatal....</b>	<b>26</b>
2.3 A CONFIGURAÇÃO DE UM SISTEMA MULTIPORTAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.....	28
2.4 ACESSO À JUSTIÇA COMO ORDEM JURÍDICA JUSTA E A JUSTIÇA CONSENSUAL.....	29
2.5 TEORIA DOS CONFLITOS: CLÁSSICA VS. MODERNA .....	30
2.6 TEORIA DOS JOGOS .....	33
2.7 FORMAS DE ABORDAGEM DOS CONFLITOS.....	38
<b>2.7.1 Autotutela.....</b>	<b>38</b>
<b>2.7.2 Autocomposição.....</b>	<b>39</b>
2.7.2.1 <i>Negociação</i> .....	39
2.7.2.2 <i>Conciliação</i> .....	40
2.7.2.3 <i>Mediação</i> .....	42
<b>2.7.3 Heterocomposição .....</b>	<b>43</b>
2.7.3.1 <i>Arbitragem</i> .....	43
2.7.3.2 <i>Processo judicial</i> .....	45
<b>3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS .....</b>	<b>49</b>
3.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO .....	49
3.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO .....	51
3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.....	53
3.4 SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO DA MEDIAÇÃO: FACULTATIVO E OBRIGATÓRIO .....	54
3.5 ESCOLAS DE MEDIAÇÃO: EXISTE UM MODELO FUNDAMENTAL DE MEDIAÇÃO? .....	55
<b>3.5.1 Escola Tradicional-Linear de Harvard .....</b>	<b>56</b>
<b>3.5.2 Escola Transformativa.....</b>	<b>57</b>
<b>3.5.3 Escola Circular-Narrativa .....</b>	<b>58</b>
<b>3.5.4 Escola Waratiana .....</b>	<b>59</b>
<b>4 A MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL .....</b>	<b>63</b>

4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL .....	63
4.2 A FORMAÇÃO DA TRIÁDE NORMATIVA DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: ETAPA OU MEIO AUTÔNOMO .....	63
<b>4.2.1 A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça ....</b>	<b>63</b>
<b>4.2.2 O Marco Legal da Mediação: Lei nº 13.140/2015 .....</b>	<b>64</b>
<b>4.2.3 O Novo Código de Processo Civil de 2015.....</b>	<b>65</b>
4.3 ASPECTOS RELEVANTES DA MEDIAÇÃO JUDICIAL.....	67
<b>4.3.1 Conceito de Mediação Judicial .....</b>	<b>67</b>
<b>4.3.2 Objeto.....</b>	<b>68</b>
<b>4.3.3 Princípios Norteadores da Mediação .....</b>	<b>70</b>
4.3.3.1 <i>Isonomia das partes</i> .....	71
4.3.3.2 <i>Independência</i> .....	72
4.3.3.3 <i>Busca do consenso</i> .....	72
4.3.3.4 <i>Boa-fé</i> .....	73
4.3.3.5 <i>Oralidade</i> .....	74
4.3.3.6 <i>Informalidade</i> .....	75
4.3.3.7 <i>Confidencialidade</i> .....	76
4.3.3.8 <i>Decisão informada</i> .....	78
4.3.3.9 <i>Competência</i> .....	78
4.3.3.10 <i>Imparcialidade</i> .....	79
4.3.3.11 <i>Autonomia da vontade das partes</i> .....	81
4.3.3.12 <i>Respeito à ordem pública e às leis vigentes</i> .....	82
4.3.3.13 <i>Empoderamento</i> .....	82
4.3.3.14 <i>Validação</i> .....	84
<b>4.3.4 Sujeitos .....</b>	<b>85</b>
4.3.4.1 <i>Partes</i> .....	87
4.3.4.2 <i>Representantes legais</i> .....	89
4.3.4.3 <i>Mediador judicial</i> .....	94
4.3.4.4 <i>Comediador</i> .....	95
4.3.4.5 <i>Juiz</i> .....	96
4.3.4.6 <i>Ministério Público</i> .....	98
<b>4.3.5 O Procedimento da Mediação Judicial no NCPC e na Lei de Mediação.....</b>	<b>99</b>
<b>5 O OFÍCIO DO MEDIADOR JUDICIAL .....</b>	<b>105</b>
5.1 MODELOS OU NÍVEIS DE INTERVENÇÃO DO MEDIADOR: FACILITADOR OU INTERVENTOR.....	107
5.2 PERFIL DO MEDIADOR JUDICIAL.....	107
5.3 FERRAMENTAS UTILIZADAS PELO MEDIADOR JUDICIAL PARA GERAR MUDANÇAS NAS POSTURAS DAS PARTES.....	110

<b>5.3.1 Rapport .....</b>	<b>111</b>
<b>5.3.2 Recontextualização ou Paráfrase .....</b>	<b>112</b>
<b>5.3.3 Afago ou Reforço Positivo .....</b>	<b>113</b>
<b>5.3.4 Sessões Privadas ou Individuais (Caucus).....</b>	<b>114</b>
<b>5.3.5 Inversão de Papéis.....</b>	<b>115</b>
<b>5.3.6 Enfoque Prospectivo .....</b>	<b>116</b>
<b>5.3.7 Silêncio .....</b>	<b>118</b>
<b>5.3.8 Brainstorming.....</b>	<b>119</b>
<b>5.3.9 Audição de Propostas Implícitas.....</b>	<b>119</b>
<b>5.3.10 Normalização .....</b>	<b>120</b>
<b>5.3.11 Teste de Realidade.....</b>	<b>121</b>
<b>5.3.12 Organização de Questões e Interesses .....</b>	<b>122</b>
<b>5.4 HABILIDADES AUTOCOMPOSITIVAS PARA O MEDIADOR JUDICIAL.....</b>	<b>123</b>
<b>5.4.1 Empatia .....</b>	<b>123</b>
<b>5.4.2 Escuta Ativa.....</b>	<b>124</b>
<b>5.4.3 Perguntar para Ter mais Informações.....</b>	<b>127</b>
<b>5.4.4 Técnica do Resumo.....</b>	<b>128</b>
<b>5.5 FORMAÇÃO, CAPACITAÇÃO E REMUNERAÇÃO DO MEDIADOR JUDICIAL.....</b>	<b>128</b>
<b>5.6 AVALIAÇÃO DOS USUÁRIOS SOBRE A ATUAÇÃO DO MEDIADOR JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>133</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>139</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>141</b>
<b>ANEXO A - Resolução CNJ 125/2010 - Diretrizes Curriculares ..</b>	<b>151</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema “acesso à justiça” se justifica porque a garantia do direito de resolver conflitos sem a correspondente adequação de seu tratamento acaba por gerar, paradoxalmente, excessiva judicialização de demandas e dependência dos usuários no Poder Judiciário.

Diante dos problemas diagnosticados em virtude de um cenário de crise e ineficiência do Judiciário em dar conta de julgar as demandas, elaborou-se uma “política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do poder judiciário”, política pública de incentivo aos meios consensuais estabelecida na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), reafirmada na Lei nº 13.140/2015 e no novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), que privilegia as práticas consensuais.

A inserção da mediação judicial alçada, juntamente com a mediação de conflitos, à ordem preferencial para resolução de litígios, conforme incentiva o NCPC, encontra resistências por parte de juristas. Entre os desafios enfrentados estão a novidade do instituto e o número ainda não significativo de profissionais habilitados, bem como o pouco conhecimento do cidadão a respeito do tema.

Diante disso, é essencial a valorização dos profissionais responsáveis por promover esse novo modo de convivência e aceitação das diferenças. O mediador judicial, enquanto facilitador da mediação, tem como enfoque primordial aproximar as partes e estimular a comunicação entre elas na direção de saídas proveitosas mútuas. Essa tarefa reduz a dependência dos usuários no sistema de justiça forjado na “cultura da sentença” para que tenham voz e decidam por si as situações de insatisfação. Assim, a delimitação do tema partiu do acesso à justiça e do reconhecimento do ofício do terceiro imparcial na mediação judicial.

Objetiva-se ressaltar, para além dos contornos jurídicos, evidências de que, para concretizar o acesso à justiça como ordem jurídica justa, não basta o reconhecimento da mediação como um dos meios possíveis para se resolverem conflitos. Necessita-se também valorizar o ofício do mediador judicial para que as mudanças trazidas pelas últimas inserções legislativas não sejam meramente simbólicas e desvirtuem o instituto. Desse modo, o problema formulado tem como objetivo responder se o acesso à justiça pode ser facilitado pela atuação do mediador na mediação judicial.

Para tanto, foram levantadas três hipóteses. A primeira delas supõe que o acesso à justiça, visto como ordem jurídica justa, não aponta a “porta” do Poder Judiciário como a única possível para o tratamento e a

composição de conflitos. É um novo momento da discussão acerca do acesso à justiça, em sua “terceira onda”, que inclui, além dos mecanismos jurisdicionais, os consensuais, como a mediação.

Já a segunda hipótese supõe que a mediação é um meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos para que encontrem saídas produtivas para suas controvérsias. Para que a prática seja efetivamente realizada no âmbito do Poder Judiciário, é indispensável a formação do mediador nos moldes estabelecidos na Resolução nº 125 do CNJ, que pode ser chamada de capacitação *standard*.

E a terceira, com base em dados estatísticos disponíveis em bancos públicos e privados, sugere que os usuários que participam do procedimento da mediação reconhecem o desempenho do facilitador em possibilitar o adequado atendimento das necessidades e interesses deles. Por essa razão, a existência de profissionais capacitados, habilitados e valorizados concretizaria a mediação judicial como uma forma possível de se acessar a Justiça, diminuindo, por consequência, a dependência do Estado-juiz. Ou seja, representaria um ganho no acesso à justiça.

A pesquisa utilizou predominantemente como metodologia a revisão bibliográfica realizada mediante consulta de material científico (artigos, dissertações e teses), interdisciplinar (direito, psicologia, sociologia e filosofia), manuais e demais obras, em sua maioria brasileira, com o apoio do direito comparado. Ainda, foram utilizados dados estatísticos de bancos públicos e privados que avaliam o desempenho do mediador. O trabalho também possui caráter prescritivo na medida em que revisita categorias e busca uma nova interpretação do direito vigente.

No primeiro capítulo são abordados o acesso à justiça e a adequada composição dos conflitos, diferenciando-se os meios à disposição do cidadão diante da formação de uma justiça multiportas influenciada pelo modelo norte-americano.

No capítulo segundo aponta-se a definição de mediação, características, vantagens e desvantagens de sua utilização, bem como as principais escolas de mediação.

Abordam-se no terceiro capítulo a mediação judicial no Brasil, a evolução legislativa e a formação da tríade normativa, e os aspectos relevantes da mediação (conceito, princípios, sujeitos e procedimento).

O quarto e último capítulo trata do ofício do mediador, dos modelos de intervenção, perfil, ferramentas e habilidades autocompositivas, bem como da formação, capacitação e remuneração do mediador judicial, até culminar na avaliação dos usuários acerca da atuação deste.

## 2 O ACESSO À JUSTIÇA E A ADEQUADA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS

### 2.1 ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA

O notável estudo de Mauro Capelleti e Bryant Garth, desenvolvido principalmente no Projeto Florença, propiciou tanto um diagnóstico do panorama sobre o acesso à justiça como as possibilidades de superação dos obstáculos, observados por meio das denominadas “ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça”.<sup>1</sup>

O projeto de pesquisa teve como objeto principal a identificação de entraves ao acesso à justiça sob os enfoques dogmático (como os sistemas de normas estatais e o normativismo) e empírico, “que resultou em acentuadas críticas à concepção excessivamente formalista e dogmática do direito e da perspectiva unidimensional da Justiça como aplicadora das disposições legais”.<sup>2</sup>

A primeira onda renovatória de universalização do acesso à justiça focou a necessidade de propiciar serviços jurídicos aos pobres pois se diagnosticou a ausência de acesso e representação adequada ao cidadão. A segunda buscou reformar os sistemas jurídicos para dotá-los de meios para a representação jurídica dos interesses difusos e atuou especialmente em adaptar conceitos processuais clássicos à adequada concepção de processo coletivo. A terceira onda preconizou uma concepção mais abrangente de acesso à justiça com a inclusão da advocacia (judicial e extrajudicial) e deu especial atenção ao conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas na sociedade moderna.<sup>3</sup>

Nesse contexto, afirmaram os autores a necessidade de conceber vários meios de composição de conflitos, considerando a sugestão de que a mediação e outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos.<sup>4</sup> Ou seja,

---

<sup>1</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 78.

<sup>2</sup> CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: DIDIER, Fredie (Coord.). **Justiça multipostas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 487.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 67-68.

<sup>4</sup> TARTUCE, op. cit., p. 79.

segundo Capelleti e Garth, a solução eficaz para a questão do acesso à justiça seria a combinação de soluções plurais.

## 2.2 ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL: TUTELA RESIDUAL

A garantia da inafastabilidade da prestação jurisdicional, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira, embora seja importante conquista do Estado Democrático de Direito, não afasta pensar o acesso à justiça de modo maximizado a partir do oferecimento de meios outros que não a ação judicial para o resgate da responsabilidade do cidadão em resolver seus próprios conflitos por inclusão de métodos não adversariais.

Contudo, diante da necessidade de se “repensar a administração da justiça, resgatando antigos elementos, aprimorando o modelo já existente e propondo novas modalidades de respostas para tratar de forma eficaz os conflitos”,<sup>5</sup> a via jurisdicional, diante do contexto dos meios adequados, portanto, passa a ser vista como uma modalidade residual. Isso porque a via jurisdicional como opção prioritária para a composição de controvérsias “traduz uma visão exacerbada de garantia de acesso ao Poder Judiciário que em nada contribui para a efetiva distribuição de justiça em um regime democrático, pluralista e participativo”.<sup>6</sup>

Ademais, não se pode fazer uma avaliação apressada, sem os rigores técnicos da garantia constitucional,<sup>7</sup> ao adotar-se “a (falsa) impressão de que todo e qualquer histórico de lesão sofrida ou temida fica, necessariamente, sujeita à apreciação judicial, para tanto bastando uma simples provocação da parte ou do interessado”<sup>8</sup>, pois o acesso à justiça, no sentido de composição justa do litígio, difere-se do acesso ao Poder Judiciário (mecanismo jurisdicional heterocompositivo tradicional).<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> TARTUCE, 2015, p. 129.

<sup>6</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>7</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>8</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 820, separata, p. 11-49, fev. 2004, p. 14.

<sup>9</sup> TARTUCE, op. cit., p. 131.

A sociedade brasileira, acostumada e acomodada ao litígio e à ideia de que a justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida por um juiz togado,<sup>10</sup> reflete o imaginário comum da “cultura da sentença”.<sup>11</sup> Porém, os usuários do sistema de justiça precisam tomar conhecimento de outros mecanismos de composição de controvérsias a serem utilizados, como a mediação de conflitos, de forma a contribuir para a redução da dependência da decisão judicial.

Ademais, ao não mais dar conta das demandas sociais, conforme apontam os altos índices de sobrecarga contenciosa apontados pelo relatório Justiça em Números 2017, “o fenômeno da hiperprocessualização encontrou seus limites, com a incapacidade de gerar respostas céleres aos litígios (crise de morosidade)”.<sup>12</sup> Contudo, deve-se ter cuidado: a experiência de outros países, como a Alemanha, demonstra que deve haver espaço para a mediação também no contexto de uma jurisdição estatal, que funciona ao máximo de sua eficiência.<sup>13</sup>

Com vistas a mudar esse cenário, redimensionando-se o entendimento sobre o acesso à justiça como ordem jurídica justa, em que os meios consensuais autocompositivos encontrem oportunidade, há a necessidade de valorização do mediador. Esse profissional possui tarefa diametralmente oposta à do juiz, pois não impõe um veredito; é escolhido pelas próprias partes e cuida especialmente do relacionamento entre os

---

<sup>10</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação e o conflito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 2.<sup>a</sup> reimp. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.

<sup>11</sup> WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7.

<sup>12</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017

<sup>13</sup> CAPONI, Remo. La mediazione nelle legislazioni straniere. In: DIDIER, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 753-754.

envolvidos a partir da descoberta dos interesses reais de cada um deles.<sup>14</sup> Ou seja, o mediador é um profissional que estimula diálogos entre as pessoas conflitantes para que elas próprias tomem uma decisão a respeito do conflito, o que estimula a noção de responsabilidade e de autodeterminação.

## 2.2.1 Vantagens e Desvantagens da Tutela Jurisdicional Estatal

A tarefa de julgar exercida pelos juízes deve observar uma série de princípios e normas constitucionais e processuais. Fernanda Tartuce elenca algumas vantagens da tutela jurisdicional mencionadas pela doutrina, como a observância das garantias do devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, o juiz natural, a imparcialidade, a motivação das decisões, a coisa julgada e a coerção dos indivíduos ao cumprimento dos comandos emanados pelos órgãos estatais.<sup>15</sup>

Com relação às desvantagens, a autora colhe da doutrina a burocratização e a ineficiência dos poderes estatais, as incertezas do direito, a lentidão da justiça, os altos custos do processo, a falta de alcance da efetiva pacificação das partes, a falta de infraestrutura do Poder Judiciário e seu número reduzido de servidores, a qualidade duvidosa dos julgadores, a ineficácia no cumprimento da decisão judicial e a publicidade do processo.<sup>16</sup>

Warat, aponta outra desvantagem na escolha pelo meio adjudicatório, pois ao decidir, o juiz resolve sobre duas violências e gera, com a dele, uma terceira.<sup>17</sup> Tal objeção diz respeito a certos modos de decisão dos conflitos por juízes produzidos com base em componentes ideológicos externos e alheios à trama que desencadeou o conflito. Segundo o autor, os conflitos da vida das pessoas não podem ser decididos a partir de abstrações ideológicas ou de olhares políticos coletivos.<sup>18</sup>

Nas palavras de Warat,

---

<sup>14</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e prática: guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora, 2001, p. 39.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 135-138.

<sup>16</sup> VEZZULLA, 2001, p. 139-144.

<sup>17</sup> WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: \_\_\_\_\_ (Org.).

**Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Buenos Aires: Angra, 1998, p. 38.

<sup>18</sup> WARAT, 1998, p. 32-33.

No direito, por exemplo, se decide abstraindo-se a temporalidade, como um jogo de múltiplos procedimentos de abstração. Os juízes terminam decidindo sobre diferentes posições teóricas do Direito, esquecido dos conflitos reais que afetam a vida dos que foram decididos pelo Direito. São interpretações que legitimam decisões, roubando o tempo das partes: nos conflitos (transformados em litígios) submetidos à decisão dos tribunais de justiça, as partes perdem o direito de dispor do seu tempo. A variável temporal não influi na interpretação. O trabalho de interpretação fora da temporalidade não produz nenhuma formulação de sentido, unicamente produz uma fórmula. A interpretação judicial é um mecanismo de administração da polissemia, funciona como um aparato de controle, de burocratização dos sentidos. No poder judiciário se domesticam os sentidos, tentando, inutilmente, completar o que não se completa. Interpretações que tentam silenciar a impossibilidade, isso qualquer linguista sabe.<sup>19</sup>

Warat aponta, ainda, que o juiz se baseia na lei e nas pretensões manifestadas pelas partes para tomar as decisões no lugar delas,<sup>20</sup> ou seja, nem sempre a decisão judicial será a melhor saída para o problema enfrentado. Daí a necessidade de avaliar a adequação, ou não, do ingresso da via judicial tradicional.

Do mesmo modo, Fernanda Tartuce explica que,

Como se pode perceber, nem sempre a decisão judicial de mérito, embora imbuída de uma série de garantias, revela-se a melhor saída para a lide. Eis porque se mostra essencial considerar aspectos variados, em confronto com as vantagens e desvantagens de outros meios, para tomar a decisão de abordar o conflito por uma ou outra via.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 33, sem grifos no original.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>21</sup> TARTUCE, 2015, p. 144.

A escolha pelo meio da decisão adjudicada, portanto, apresenta vantagens e desvantagens que precisam ser objeto de análise pelos gestores do conflito, alinhados às necessidades e interesses das partes, ponderando-se entre os custos e benefícios da escolha.

### 2.3 A CONFIGURAÇÃO DE UM SISTEMA MULTIPORTAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

A partir das discussões sobre os limites do modelo adversarial, que nem sempre representa a melhor e mais adequada forma de solução dos conflitos, nos EUA iniciou-se um movimento de democratização do Judiciário, marcando o desenvolvimento científico de novas formas de solução de conflitos, além da via adjudicatória, com os chamados tribunais multiportas (*Multi-door Courthouse*) – destacada a contribuição teórica de Frank Sander –, em que cortes americanas conduzem os conflitos também por meios alternativos.

Com inspiração no modelo americano, hoje, no Brasil, tem se afirmado que outras portas estão abertas para receber os jurisdicionados no tratamento de seus conflitos, diante da inclusão da conciliação e da mediação no NCPC. O novo modelo decorre das vias autocompositivas, que conclamam os agentes para um trabalho cooperativo, e não no modelo tradicional, em que “um poder interventor determina um ganhador e um perdedor”.<sup>22</sup>

Na perspectiva da justiça multiportas, deve-se dar o adequado encaminhamento da causa à conciliação, à mediação, à ação judicial ou a outro método, a depender de cada caso concreto. No Brasil, espera-se que os advogados façam a primeira filtragem da causa e que, depois, os serventuários da justiça façam outra triagem, se possível. No mesmo sentido, juízes e membros do Ministério Público precisam incentivar o uso dos meios consensuais a qualquer momento do processo, conforme estabelece o NCPC.

Contudo, talvez seja precipitado dizer que no Brasil há um modelo “multiportas” nos moldes do fórum multiportas norte-americano. Isto porque transplantar um modelo de uma cultura para outra tem seus entraves. Como lembra Warat, os americanos têm a autodeterminação bem desenvolvida, retratam uma cultura que decide sobre seu próprio destino e até sobre o dos demais.<sup>23</sup> Por outro lado, o brasileiro parece mais acostumado a ter seus conflitos decididos por um terceiro, que diz quem

---

<sup>22</sup> SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação**: uma solução judicosa para os conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 10.

<sup>23</sup> WARAT, 1998.

detém a razão. Se multiportas diz respeito a ter a disposição instrumentos outros que não o processo judicial, então seria possível afirmar que outras portas existem, mas que ainda são desconhecidas de muitos cidadãos.

Silvana Yara, por outro lado, percebe contornos positivos na adoção do sistema multiportas. Nas palavras da autora,

É exatamente na oportunidade do sistema multiportas dentro o Judiciário brasileiro, que surge a mediação, recentemente inserida na ordem jurídica brasileira, e considerada, no aspecto legal, um verdadeiro processo inovador e de grandes perspectivas de resultados positivos, tanto no aspecto social quanto no jurídico.<sup>24</sup>

O modelo conhecido como “Justiça Multiportas”, além da porta que dá acesso ao processo judicial, tradicionalmente oferecida pelo Poder Judiciário, disponibiliza outras para melhor endereçar os conflitos trazidos pelos jurisdicionados. Entre as novas portas que se abrem está a da mediação.

## 2.4 ACESSO À JUSTIÇA COMO ORDEM JURÍDICA JUSTA E A JUSTIÇA CONSENSUAL

A partir da noção de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, ou seja, como obtenção de justiça substancial, “a atuação dos grupos e dos cidadãos como protagonistas na composição de seus conflitos é conduta a ser estimulada pelo Estado. Nesse sentido, merece destaque a Justiça Coexistencial, modalidade protagonizada pelos envolvidos na controvérsia”.<sup>25</sup>

Conforme destaca Tartuce, “na perspectiva que visa à composição do conflito em bases (co)existenciais é possível ampliar o objeto da discussão para alcançar outros pontos importantes para os interessados”.<sup>26</sup>

Diante desse cenário, questões antes transformadas em pedido jurídico podem ser trazidas à pauta de negociação entre as partes. No âmbito do processo, as partes orbitam em volta do pedido jurídico, o que se chama de “lide processual”. Já a mediação, por tratar de questões

---

<sup>24</sup> RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **A mediação judicial no Brasil: avanços e desafios a partir do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 46.

<sup>25</sup> TARTUCE, 2015, p. 130.

<sup>26</sup> Ibid., p. 88.

ligadas aos sentimentos, interesses e outras questões, se debruça sobre a “lide sociológica”.

A Justiça Coexistencial, portanto, se ocupa em dar soluções satisfatórias aos conflitos, no sentido de que realmente se utilize a via adequada para a resolução do conflito. Ainda estão sendo criadas as condições materiais para isso, razão pela qual é preciso trabalhar na divulgação desse novo modelo e incentivar as práticas que privilegiem o diálogo em todos os ambientes, desde a escola, para que se alcance essa tão almejada mudança cultural, incentivada pelas políticas públicas de acesso à justiça.

## 2.5 TEORIA DOS CONFLITOS: CLÁSSICA VS. MODERNA

O conflito se caracteriza como um choque de interesses e remete à ideia de briga e tensão entre os envolvidos.<sup>27</sup> Em vários estudos, o conflito está ligado à inquietação, distúrbio,<sup>28</sup> permeia a vida na convivência democrática e, portanto, não pode ser eliminado do sistema social.

Serpa lembra que, quando duas crianças brigam pelo controle remoto de uma televisão ou dois comerciantes se acusam no processo judicial sobre certo direito no mercado internacional, sabem que um dos lados ganhará e outro perderá ao buscar a interferência de uma autoridade.<sup>29</sup>

Os termos “disputa” (conflito comunicado ou manifestado) e “conflito” (quando as partes definem posição e se armam com infrações nos relacionamentos) são comumente empregados como sinônimos. Para Serpa, a diferenciação entre eles se pauta na necessidade de verificar qual é o meio mais adequado para intervir. Neste trabalho, opta-se pela diferenciação dos termos.

As expressões “litígio” e “lide” também costumam ser empregadas como sinônimas. Na clássica definição de Francesco Carnelutti, ambas significam “conflito (intersubjetivo) de interesse qualificado por uma pretensão resistida”.<sup>30</sup> Todavia, considera-se coerente adotar o termo

---

<sup>27</sup> ALOISIO, Victoria. **Co-mediacion**. Aporte emocional para fortalecer la relacion com el otro. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. (Série Resolución Alternativa de Disputas), p. 24.

<sup>28</sup> SERPA, 2018, p. 3.

<sup>29</sup> Ibid., p. 7.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 78.

“litígio” apenas como manifestação da lide, resguardando a noção de conflito como qualquer embate de interesses, em que não se tenha manifestado a pretensão resistida.

No modelo estatal, segundo Alexandre Morais da Rosa, manifesta-se pelo litígio uma forma convencionada em que o Estado-juiz aponta a decisão correta para o caso concreto. Contudo, tal visão desqualifica e varre o conflito para debaixo do remédio-simulacro denominado processo judicial.<sup>31</sup> O interventor-juiz tem o poder de “ditar o que é de quem, ou tudo ou nada”.<sup>32</sup>

Utiliza-se neste trabalho o termo “conflito” no sentido amplo, incluindo os “conflitos latentes”<sup>33</sup> (nos quais as tensões básicas não se convertem em conflito); os “emergentes”<sup>34</sup> (referentes aos conflitos em que as partes reconhecem o problema, mas, ainda, não estabelecem a busca pela solução); e os “ocultos”<sup>35</sup> (que conduzem ao tratamento consciente de que as causas podem no máximo ser tratadas, e não encerradas).

Assim, para que as partes concluam acordos satisfatórios, é preciso tomar contato com o local do segredo (essência do conflito ou lide sociológica), por meio de agir estratégico, baseado na cooperação entre as partes.

Warat lembra que cada escola de mediação possui uma maneira de entender o conflito, uma forma de endereçá-lo e uma forma de atuação do mediador. Segundo ele, a corrente de orientação “acordista” considera o conflito como um problema que pode ser resolvido mediante um acordo entre as partes. Já a corrente “transformadora” percebe o conflito como uma oportunidade para que as partes melhorem sua qualidade de vida.<sup>36</sup>

A teoria clássica determina o conflito como fenômeno destrutivo. Contudo, de acordo com a moderna teoria do conflito, as controvérsias da

---

<sup>31</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. Prefácio. In: WARAT, Luis Alberto.

**Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 11.

<sup>32</sup> SERPA, 2018, p. 3.

<sup>33</sup> MOORE, Christopher W. **O processo de mediação:** estratégias práticas para resolução dos conflitos. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 47.

<sup>34</sup> Ibid., p. 47.

<sup>35</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>36</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 63.

vida podem nos auxiliar a desenvolver mudanças emocionais e comportamentais que podem trazer resultados positivos.<sup>37</sup>

Nesse sentido, é importante reformular os conceitos já ultrapassados de que o conflito é algo negativo, que causa dor e mal-estar, para uma nova concepção, que destaque também seus aspectos positivos, como a oportunidade de crescimento e de mudança de comportamentos.

Morton Deutsch classificou os processos de percepção dos conflitos em procedimentos construtivos e destrutivos.<sup>38</sup> Segundo o autor, as partes podem adotar uma postura competitiva com a acentuação de antagonismos, o que demonstraria a ineficiência do meio eleito para a solução do problema (destrutivo). Sob outra perspectiva, os envolvidos poderiam encerrar o procedimento com a sensação de fortalecimento da relação social (construtivo). A partir da ideia de que o conflito pode ser um processo construtivo, elencam-se as seguintes características:<sup>39</sup>

a) estimula as partes a desenvolverem soluções criativas que compatibilizem interesses aparentemente contrapostos;

b) motiva os envolvidos para que, no futuro, resolvam as questões sem atribuição de culpa; e

c) aborda quaisquer questões que estejam influenciando a relação, além das questões meramente jurídicas.

A partir dessa visão fica fácil perceber que o conflito pode ser visto como algo positivo, resolvido a partir de um processo construtivo, no qual o mecanismo da mediação é capaz de se mostrar uma escolha adequada.

Muito se questiona se a teoria do conflito precisa ser mais psicológica ou mais jurídica. Para Warat, é necessário introduzir uma teoria do conflito “mais psicológica que jurídica”, pois falta no direito

---

<sup>37</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**.

Organização de André Gomma de Azevedo. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017, p. 51.

<sup>38</sup> DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira e revisão de Francisco Schertel Mendes. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32; 349-400 apud AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

<sup>39</sup> BRASIL, 2016, p. 65.

uma teoria do conflito que mostre como uma controvérsia pode ser entendida como uma forma de produzir com o outro a diferença.<sup>40</sup>

Independentemente da corrente que se adote, a mediação só será um meio democrático se puder conviver ao lado das demais formas de tratamento dos conflitos e litígios, como a negociação, a conciliação, o processo judicial e a arbitragem.

## 2.6 TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos consiste em um dos ramos da matemática aplicada e da economia que “estuda situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage”.<sup>41</sup> Logo, essa teoria oferece subsídios para entender a mediação de conflitos por um prisma de análise matemática.

Como as pessoas precisam fazer escolhas, a tomada de decisão exige ponderar os custos e os benefícios referentes às alternativas de ação, adotando-se a conduta que, dadas as condições e as circunstâncias, ofereça maior satisfação.<sup>42</sup>

As premissas microeconômicas adotadas pela teoria dos jogos são entender que os homens: a) são racionais (possuem um objetivo e traçam metas para alcançá-lo); b) são individualistas (visam satisfazer seus próprios desejos); e c) realizam escolhas (*tradeoffs*) baseadas no custo-benefício da tomada de decisão.

Assim, a teoria dos jogos, inicialmente estudada como disciplina autônoma da matemática, estendeu seus conceitos para outros ramos científicos para examinar o comportamento dos indivíduos, em especial o modo como pessoas reagem (comportam-se e fazem escolhas) diante no fato de que os bens são escassos (limitados). É o que se explica:

[...] analisa o comportamento dos jogadores que creem que seus concorrentes ou oponentes são racionais e atuam visando maximizar seus poderes – conjectura de que modo ele deverá levar o

---

<sup>40</sup> WARAT, 2004, p. 61.

<sup>41</sup> BRASIL, 2016, p. 55.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça e Teoria dos Jogos**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da Mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 123.

comportamento deles em consideração a tomar suas decisões com o objetivo de maximizar. Assim, a verificação da existência de interação entre os indivíduos se faz necessária, tendo em vista que o resultado obtido entre as partes possa ser o equilíbrio.<sup>43</sup>

Segundo a teoria dos jogos, jogo, em sentido genérico, é toda “interação ou situação de interdependência entre si”,<sup>44</sup> ou seja, um ambiente em que os sujeitos estejam envolvidos conscientemente uns com os outros, já que a tomada da decisão de um indivíduo afeta o resultado da decisão do outro.

Os jogadores, ou *players*, são também participantes ou agentes e tomam decisões com base na análise do custo-benefício de suas escolhas. Segundo descreve Ádamo Alberto de Souza, os jogadores são indivíduos que tomam decisões e “comportam-se de forma a atingir seus objetivos, planejando diferentes estratégias, decidindo ao mesmo tempo como agir nos segmentos sociais em que estão inseridos”.<sup>45</sup> Como recorda Jéssica Gonçalves, os *players* agem baseados em estratégias como num plano de ação, objetivando maximizar os ganhos e diminuir as perdas, mas sempre obedecendo às regras, sob pena de “jogo sujo”, vedado pelo sistema jurídico.<sup>46</sup>

As táticas são as formas como os sujeitos alcançarão os resultados desejados, isto é, são as condutas do jogador sob quaisquer circunstâncias com vistas a atingir os objetivos preliminarmente desejados, podendo dar-se de maneira competitiva ou cooperativa, segundo os interesses e os incentivos do sistema. As táticas são classificadas como competitivas (ou não cooperativas) quando não há comunicação (diálogo) entre os

---

<sup>43</sup> DIXIT, Avinash K.; PINDYCK, Robert S. **Investment under uncertainty**. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 5. Original: “*analyzes the behavior of the players who believe that their competitors or opponents are rational and act to maximize their powers – conjecture how he should bring their behavior into consideration when making their decisions in order to maximize it. Thus, the finding of interaction among individuals is required in order that the result obtained between the parts can be the balance*”.

<sup>44</sup> FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 2.

<sup>45</sup> SOUZA, Ádamo Alberto de. **A Teoria dos Jogos e as ciências sociais**. Marília: Unesp, 2003, p. 155.

<sup>46</sup> GONÇALVES, 2016, p. 155.

participantes e quando a decisão individual opera prejuízos coletivos. Já nas táticas cooperativas há comunicação entre os jogadores e negociação mútua em benefício do grupo (perde-se um pouco do lucro em vez de arriscar todos os ganhos e, conseqüentemente, não existe um ganhador e um perdedor, pois o resultado será diferente de zero).

Em termos simples, numa situação de conflito, a autora Jéssica Gonçalves destaca que a tática deve equacionar o que se mostra mais vantajoso: colaborar pela cooperação mútua ou abster-se para uma decisão de competição de modo que a estratégia dominante será aquela cujas recompensas sejam maiores que os prejuízos futuros.<sup>47</sup>

Por último, da evolução no processo de jogada, desde a escolha das táticas pelos participantes (competitivas ou cooperativas) até a obediência às regras do jogo, chega-se ao momento esperado desde o início, que é o resultado ou, na linguagem teórica, os *payoffs*. Os resultados, ganhos ou recompensas são obtidos usualmente como +1 (para o ganhador), -1 (para o perdedor) e 0 (em caso de empate).<sup>48</sup>

Dessa forma, o panorama dos elementos que compõem a teoria dos jogos indica que essa prática pode ocorrer em qualquer ambiente de interdependência ou interação entre dois ou mais indivíduos ou grupos, chamados de jogadores ou *players*, que agem baseados num plano de ação, isto é, em táticas que podem ser competitivas ou cooperativas e que visam alcançar algo (prêmio ou recompensa), ou seja, um resultado – *payoffs* – positivo quando sua soma é diferente de zero, ou resultado negativo quando sua soma dá zero.

Partindo dos apontamentos sobre os elementos da teoria dos jogos, fica evidente como ela é uma fonte atual para compreender, de modo diverso da teoria clássica, o conflito jurídico, porque o direito é visto, segundo Jéssica Gonçalves, como jogo de interação em que as táticas adotadas pelos usuários do sistema demonstram como os litigantes (jogadores) participarão como competidores ou cooperadores, conforme a análise dos custos-benefícios imediatos do processo e o valor esperado pela demanda.<sup>49</sup>

No mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa destaca que, se o jogo pode ser conceituado como uma interação dentro do sistema de

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 156.

<sup>48</sup> BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos**: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004, p. 45.

<sup>49</sup> GONÇALVES, 2016, p. 203.

regras, assemelha-se ao Direito vislumbrado como “atividade em contraditório em que há complexa interação entre jogadores, regulado pela Lei, na busca do melhor resultado, a ser decidido pelo órgão julgador”.<sup>50</sup>

Joga-se ou compete-se, diz Johan Huizinga, “por alguma coisa; ou por alguma vitória”,<sup>51</sup> e, do mesmo modo, litiga-se por alguma recompensa ou prêmio ao final, sendo inerente à forma tradicional de tratamento dos conflitos (jurisdição contenciosa) que cada parte esteja dominada pelo desejo de ganhar sua causa. Por isso, a forma de tratamento dos conflitos que ocorre por meio do instrumento do processo civil pode ser vista como um jogo de natureza competitiva porque nela há interação entre as pessoas desde a petição inicial, a audiência, a instrução probatória, a sentença e o recurso, mas cujos resultados serão sempre negativos: a procedência do pedido de um sujeito é a improcedência do pedido da outra parte.

Resolver um conflito por meio do processo civil é apelar para a competição em razão das intrínsecas características competitivas desse instrumento, tais como: a) adversariedade: as partes encaram-se como adversárias (autor x réu); b) não cooperação: ainda que esteja positivado o princípio da cooperação no NCPC, ele diz respeito à cooperação processual (poderes-deveres) entre as partes e os juízes, e não se refere à cooperação material (transação de direitos disponíveis); e c) verticalização: decisão adjudicada pelo magistrado, de modo que, no dilema entre litigar ou acordar, a tática preponderante da pessoa será optar por litigar quando os custos do processo forem menores (mais baixos) que aquilo (valor esperado) que ela pretende alcançar com o julgamento. Todos esses pontos foram analisados e confirmados por Jéssica Gonçalves:

A decisão entre o processo ou acordo orienta-se pelas expectativas de ganhos frente aos custos imediatos, já que jogador racional dificilmente ajuíza ação cujos custos imediatos sejam superiores

---

<sup>50</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38.

<sup>51</sup> HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**: o jogo como elemento da cultura. Tradução de João Paulo Monteiro. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1945, p. 6-7.

ao que ele espera receber com o julgamento. Significa, isto dizer, que a decisão pela proposta ou não do processo obriga sopesar os prós e contras dos possíveis riscos e resultados, baseada nas informações de que dispõem os jogadores.<sup>52</sup>

Portanto, o que faz determinado indivíduo colocar sua questão *sub judice* é sempre o resultado da avaliação mais ou menos informada e cautelosa dos custos e benefícios inerentes ao julgamento final. O contencioso do processual civil detecta uma negativa ao manter presente o binômio “ganhador x perdedor” entre os participantes, retroalimentando aquilo que Kazuo Watanabe chama de “cultura da sentença”<sup>53</sup> e obstaculizando o direito constitucional de acesso à justiça para o tratamento dos conflitos. A teoria dos jogos ajuda, portanto, a compreender os processos autocompositivos, a exemplo da mediação, por apresentar respostas a complexos questionamentos: a mediação produz bons resultados apenas quando as partes se comportam de forma ética ou funciona apenas quando há boa intenção dos participantes?<sup>54</sup>

A teoria dos jogos esclarece que a relação entre cooperação e competição nos processos de resolução de conflitos não deve ser entendida como um aspecto ético da conduta das partes, e sim sob a perspectiva da racionalidade (voltado à otimização dos resultados). Se em uma relação continuada (por exemplo, divórcio) uma das partes opta por uma postura competitiva, esse comportamento deve ser percebido como o desconhecimento de tratar o conflito da forma mais eficiente para si.<sup>55</sup> Embora seja um ambiente diverso do processo civil, a mediação de conflitos também pode ser vista como um jogo. O papel do mediador consiste em estimular as partes a agirem como jogadoras de um mesmo time, de forma a tratar o conflito da forma mais eficiente para todos.

O ambiente da mediação é especialmente favorável para a cooperação porque tem as seguintes características: a) valorização da autonomia das pessoas envolvidas: a participação na abordagem da mediação depende exclusivamente da vontade dos sujeitos; b) cooperação (não é adversarial): sem estar preocupada com a verdade formal dos autos,

---

<sup>52</sup> GONÇALVES, 2016, p. 211.

<sup>53</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

<sup>54</sup> BRASIL, 2016, p. 62.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 63.

a decisão não será de uma pessoa, tampouco da outra pessoa, porque se conciliam os interesses que as motivaram, e não as posições que elas adotaram e que estimulariam a competição; e c) horizontalidade: a decisão será construída pelas pessoas envolvidas, e será descartada a hipótese de adjudicação por um terceiro. Todavia, a maior dificuldade em tornar efetivo o valor da tática cooperativa da mediação no Direito brasileiro reside na postura e na mentalidade dos profissionais do direito. Por isso é tão importante compreender que o conflito pode ser solucionado (resolvido ou tratado) de forma diversa da do modelo tradicional (competição).

## 2.7 FORMAS DE ABORDAGEM DOS CONFLITOS

Conforme visto, pela teoria moderna o conflito é entendido de modo amplo, como possibilidade de transformação das pessoas, ou seja, com ele as pessoas também podem crescer e sair transformadas. Dessa forma, rebate-se o efeito negativo do conflito.

Questão crucial, portanto, é endereçar os conflitos ao meio mais adequado às necessidades, interesses e sentimentos das partes. Para isso, não basta apenas conhecer as diferentes abordagens de tratamento das disputas e suas disposições legais, ou aguardar que as partes (por elas mesmas) saibam escolher apropriadamente o melhor meio para solucionar a controvérsia. É preciso também que os profissionais do direito estejam habilitados e aptos a trabalhar diante de um novo modelo de tratamento dos conflitos, que privilegia os meios autocompositivos. Ou seja, precisam conhecer cada um deles para além da análise normativa do litígio.

### 2.7.1 Autotutela

A autotutela (ou autodefesa) é uma maneira de resolver conflitos em que o “indivíduo resolve o conflito por sua própria força, em relação à situação desejada. Sua prática costuma ser malvista por trazer a ideia de violência e ser identificada como um resquício de justiça privada”.<sup>56</sup>

O Direito restringe a utilização da autotutela, que só é permitida nos casos legalmente previstos, sob pena de cometimento de crime do exercício arbitrário das próprias razões, constante no art. 345 do Código

---

<sup>56</sup> TARTUCE, 2014, p. 18-19.

Penal. Nesses termos, a autotutela somente pode ser adotada em situações expressamente autorizadas pelo Estado, como, por exemplo, no desforço imediato nas ações possessórias do Direito Civil e legítima defesa no Direito Penal.<sup>57</sup>

## 2.7.2 Autocomposição

Quando a solução do conflito conta com a vontade de uma ou de ambas as partes envolvidas no conflito chega-se a autocomposição. Ou seja, na autocomposição os próprios envolvidos no conflito buscam saídas proveitosas, levando em conta seus interesses na viabilização de uma solução viável para todos. A autocomposição divide-se em:

a) direta: aquela em que os próprios envolvidos negociam e tratam seus conflitos, sem auxílio de terceiros externos; e

b) indireta: quando as próprias partes envolvidas buscam soluções conjuntas, mas com o auxílio de terceiro (mediador ou conciliador). São espécies de autocomposição, portanto, a negociação, a mediação e a conciliação. Vigora entre as três espécies de autocomposição a característica da autonomia na construção da solução.<sup>58</sup>

A mediação e a conciliação são formas de autocomposição indireta, porque, embora as soluções sejam criativamente geradas pelos envolvidos, contam com a intervenção de profissionais que buscam favorecer o diálogo entre as partes conflitantes para que, querendo, acordem.

Contudo, quando a autocomposição é imposta, acaba perdendo sua legitimidade, tendo em vista que no lugar do estímulo se configura a coerção. Tal conduta, nos dizeres de Tartuce, se configura como “pseudoautocomposição”, algo altamente criticável.<sup>59</sup>

Registra-se, por fim, que, de acordo com o § 3º do art. 166 do NCPC, admite-se a aplicação de técnicas negociais na autocomposição.

### 2.7.2.1 Negociação

A negociação é forma de autocomposição direta porque a solução do conflito é negociada direta e exclusivamente pelas partes, sem o apoio

---

<sup>57</sup> GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos: teoria e prática**. Florianópolis: Empório Modara, 2018, p. 44.

<sup>58</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>59</sup> TARTUCE, 2015, p. 89-90.

de terceiros externos ao conflito. Segundo William Ury, a negociação é “uma verdade da vida”, pois, querendo ou não, os seres humanos são negociadores.<sup>60</sup> Negocia-se para comprar um carro, quando se tenta entrar em um acordo em razão de um acidente de trânsito, quando se busca decidir em que bairro morar, quando o filho pede dinheiro e explica o porquê da necessidade.

Pesquisadores da Escola de Harvard, conforme será visto na seção 3.5.1, desenvolveram um método chamado “negociação baseada em princípios”, que sugere que o negociador deve procurar benefícios mútuos sempre que possível e que, quando seus interesses entram em choque, o resultado deve ser baseado em padrões justos e independentes da vontade de qualquer das partes.<sup>61</sup>

A doutrina costuma apresentar dois tipos principais de negociação: a distributiva e a integrativa. A negociação distributiva é “aquela em que as partes competem pela distribuição de uma soma fixa de valor. A pergunta-chave em uma negociação assim é ‘quem vai exigir o maior valor’? Em negociações distributivas, um lado ganha à custa do outro”. Já a negociação integrativa é “aquela em que as partes cooperam entre si para obter o máximo possível de benefícios, conjugando seus interesses em um acordo. Esses casos implicam criação e reinvidicação de valor”.<sup>62</sup>

A valorização da negociação como forma de tratamento de conflitos modifica, portanto, o enfoque “ganha-perde” para o enfoque cooperativo do “ganha-ganha”, se mostrando uma forma apropriada de fortalecimento dos vínculos entre as pessoas.

### 2.7.2.2 Conciliação

Por meio da técnica da conciliação um profissional imparcial (conciliador) auxilia os envolvidos no conflito a encontrarem saídas para seus conflitos, por meio de sugestões e opiniões.

Destaca Yara Rodrigues que, para alguns autores, mediação e conciliação são sinônimos; para outros, métodos diferentes. Os que fazem

---

<sup>60</sup> FISHER, Roger; URY, William; PANTTON, Bruce. **Como chegar ao sim:** negociação de acordos sem concessões. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borgers. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 15.

<sup>61</sup> FISHER; URY; PANTTON, 1994, p. 16.

<sup>62</sup> WATKINS, Michael (Org.). **Negociação:** seu mentor e guia para gerenciamento. Tradução de Cristiana de Assis Serra. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 14.

distinção entre elas adotam dois critérios. O primeiro diz respeito ao maior grau de intervenção do terceiro imparcial diante da autonomia das partes; e o segundo diz respeito ao tipo de conflito cabível a cada um<sup>63</sup>.

Conforme preceitua o NCPC em seu art. 165, § 2º, o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes e pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que elas conciliem.

Portanto, é possível perceber a opção realizada pelo legislador, “em regra, por distinguir a mediação da conciliação, aplicando os critérios do maior grau de intervenção do terceiro imparcial e o do tipo de conflito cabível a cada uma delas, entendendo, neste caso, conflitos episódicos, para a conciliação, e duradouros para a mediação”.<sup>64</sup>

Nesse sentido, é na figura do conciliador e no tipo de relação que se percebe a diferença com a mediação, porquanto o conciliador, terceiro que se coloca entre as partes, auxiliando-as, também pode fazer sugestões para que os participantes cheguem ao consenso. Significa dizer que o conciliador tem participação ativa na condução do processo e pode fazer interferências no conflito, não apenas equilibrando as partes, mas propondo ponderações aplicáveis ao caso concreto para que os litigantes, querendo, acolham.<sup>65</sup>

Já para Sales, a diferença fundamental entre mediação e conciliação está centrada na figura do terceiro e na forma de condução do diálogo entre as partes.<sup>66</sup> Na conciliação, o processo pode ser conduzido pelo juiz; na mediação não. Ainda que conheça as técnicas da mediação, o juiz não pode atuar como mediador, pois seu lugar é estranho à horizontalidade.<sup>67</sup>

Diferentemente da mediação, como se verá visto na seção 3.5, “não há escolas teóricas, com técnicas e instrumentos, para nortear o trabalho

---

<sup>63</sup> RODRIGUES, 2017, p. 19.

<sup>64</sup> RODRIGUES, 2017, p. 22.

<sup>65</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 49.

<sup>66</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC, 2007, p. 42.

<sup>67</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. Prefácio. In: GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos: teoria e prática**. Florianópolis: Empório Modara, 2018, p. 12.

do conciliador. Porém, a doutrina diz ser possível aplicar algumas técnicas de negociação e da mediação, se cabível”.<sup>68</sup>

### 2.7.2.3 Mediação

Embora esta forma não adversarial venha sendo tratada como um novo paradigma para tratar disputas, ela vem sendo utilizada desde os tempos mais remotos e nas mais diversas culturas.<sup>69</sup> Contemporaneamente, pode-se dizer que a mediação teve um maior incremento no início dos anos 70 nos EUA, difundindo-se em localidades como o Canadá, China e alguns países da Europa. Em face do processo de globalização, acabou se espalhando para outros países, como Argentina e Brasil.<sup>70</sup>

A mediação é um procedimento não adversarial em que um terceiro imparcial (que não decide) denominado mediador, por meio da utilização de determinadas técnicas e habilidades, aproxima e facilita a comunicação interrompida entre dois ou mais indivíduos, com o intuito de que eles próprios busquem saídas proveitosas (acordo, reconciliação, entendimento, entre outras) para seus impasses de maneira consciente e voluntária. A mediação pode ser utilizada em diversas áreas da vida: na Administração Pública, na seara familiar, no âmbito escolar, nos conflitos empresariais, na comunidade, no Direito Penal, nas organizações, entre outras.

A distinção entre a mediação e as demais formas de tratamento dos conflitos se dá pelo constante diálogo durante as sessões, pois esse procedimento não se preocupa com o conflito em sua dimensão apenas formal (lide processual), mas também em sua estrutura social (lide sociológica).<sup>71</sup>

Em razão do aprendizado que a mediação pode proporcionar, por meio da mediação, autores como Adolfo Braga Neto<sup>72</sup> e Warat<sup>73</sup> identificam seu caráter didático ou pedagógico respectivamente.

A composição, na mediação de conflitos, pode ocorrer de forma célere, até mesmo já na primeira sessão. Em alguns casos mais complexos, contudo, mais sessões podem ser necessárias. A doutrina

---

<sup>68</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 124.

<sup>69</sup> MOORE, 1998, p. 32.

<sup>70</sup> EGGER, 2005.

<sup>71</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 47.

<sup>72</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 91.

<sup>73</sup> WARAT, 2004, p. 65.

aponta que, em regra, a média para resolver um conflito é de 60 dias. Na Justiça adjudicada, por outro lado, o prazo de duração de um processo percorre um caminho mais longo. Muitas vezes quem recebe o valor da indenização são os filhos ou os netos da parte. Ademais, no processo as partes precisam lidar com as reviravoltas dos recursos. Na mediação, ao contrário, há a supressão dos riscos de modificação das decisões, pois elas são construídas pelas próprias partes, o que favorece o cumprimento do acordado.<sup>74</sup>

### 2.7.3 Heterocomposição

A abordagem da heterocomposição (heterotutela ou meio adjudicatório) diz respeito a um tipo de abordagem em que um terceiro alheio ao conflito, público ou privado, “define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores”.<sup>75</sup> Ocorre por meio de duas vias: arbitral (em que um terceiro da confiança das partes tomam a decisão por elas) e jurisdicional (em que uma autoridade estatal investida de poderes coercitivos profere decisão no lugar das partes).

Portanto, na heterocomposição não há autonomia na construção do acordo, pois quanto mais se delega a função de decidir o conflito a terceiro, maior será a coercibilidade na decisão e maior a probabilidade de um resultado que beneficie apenas uma parte.

#### 2.7.3.1 Arbitragem

Trata-se de um antigo meio de resolução de controvérsia em que um terceiro privado, denominado árbitro, resolve o conflito e profere a sentença arbitral. No Brasil está prevista na Lei nº 9.307/1996.

Segundo Gabbay, Faleck e Tartuce,

[...] a arbitragem é muito comum na área dos negócios na qual as próprias partes envolvidas no litígio atribuem a uma ou mais pessoas (os árbitros)

---

<sup>74</sup> MOTA, Sílvia Ventura. **A representação pelo advogado na mediação.**

2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 24. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35018/1/A%20Representacao%20pelo%20Advogado%20na%20Mediacao.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>75</sup> TARTUCE, 2004, p. 55.

o poder de decidir o conflito entre elas. Fazem isso através de um acordo de vontades denominado de “convenção de arbitragem” [...].<sup>76</sup>

Diferentemente da mediação, na arbitragem as partes não possuem o poder de decisão porque ele se encontra com o árbitro, que encerra o caso por meio de sentença arbitral.

Podem levar casos à arbitragem “pessoas físicas e jurídicas. No caso das pessoas físicas, devem ser maiores de 18 anos e com capacidade/discernimento para fazer suas escolhas e demonstrar sua livre vontade”.<sup>77</sup>

Os conflitos que podem ser resolvidos por arbitragem são os conflitos patrimoniais disponíveis, “ou seja, conflitos com valor econômico e que as partes possam dispor”.<sup>78</sup>

Pode ser árbitro qualquer um capaz que tenha a confiança das partes, de quem não haja suspeição ou impedimento, nos termos da Lei de Arbitragem.<sup>79</sup>

Gabbay, Faleck e Tartuce apontam que o árbitro é escolhido, em regra, por seu conhecimento técnico e sua experiência na matéria, ou seja, pode ser engenheiro, advogado, médico, a depender do tipo de conflito que as partes possuem e a ele desejem submeter.<sup>80</sup>

Cooley explica que existem muitas diferenças entre mediação e arbitragem. A mais básica é que a arbitragem envolve a decisão de um árbitro, terceiro que intervém no processo depois de uma audiência probatória, enquanto a mediação não. Outra diferença marcante diz respeito aos processos mentais da parte neutra nos dois processos. Segundo o autor, na arbitragem a parte neutra usa mais os processos mentais racionais – analíticos, matemáticos, lógicos, técnicos, administrativos (parte esquerda do cérebro), enquanto na mediação, holísticos, simbólicos, emocionais. Além disso, na primeira lida mais com o objetivo, enquanto o mediador lida com o subjetivo.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 75.

<sup>77</sup> Ibid., p. 79.

<sup>78</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>79</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 85.

<sup>80</sup> Ibid., p. 86.

<sup>81</sup> COOLEY, 2001, p. 27.

Comparando os dois métodos, Cooley explica que “o arbitro normalmente é um participante passivo cujo papel é determinar o que está certo ou errado; o mediador, ao contrário, normalmente é um participante ativo que tenta levar as partes à reconciliação e ao acordo, independente de quem ou o que está certo ou errado”.<sup>82</sup>

Portanto, a arbitragem se configura como um importante meio de resolver conflitos, pois incentiva a procura por outras formas de decisão, que não pela via jurisdicional, contribuindo para a formação de uma cultura que procure diversas portas de acesso à justiça.

### *2.7.3.2 Processo judicial*

O processo judicial foi proposto com a finalidade de impedir que os sujeitos agissem por seus próprios meios. Para afastar a autotutela, foi estabelecida a necessidade de recorrer ao Estado – o detentor da jurisdição –, para outorgar, proteger e restabelecer os direitos das partes.

Segundo leciona Ovídio A. Baptista da Silva, a palavra “processo” está ligada à concepção de processo judicial, que diz respeito à atividade que se desenvolve perante os tribunais para a obtenção da tutela jurídica estatal, “tendente ao reconhecimento e realização da ordem jurídica e dos direitos, sejam individuais ou coletivos que ela estabelece e protege”.<sup>83</sup>

Contudo, ao tentar impedir a vitória do mais forte para garantir uma boa convivência social e realizar a ordem jurídica e dos direitos, acabaram sendo criados mecanismos que ameaçam o próprio acesso à justiça. O processo, assim, tornou-se um fim em si mesmo.

Os entraves à realização do direito material das partes acabaram transformando o Poder Judiciário em um “porto seguro, para quem pretende ignorar a própria reserva de sensibilidade”,<sup>84</sup> ou seja, é um ambiente para quem não quer renunciar ao infantilismo e assumir a vida adulta, como Peter Pan, que quer ir à terra do nunca para poder não crescer.<sup>85</sup>

Como adverte Warat, a transformação do conflito em litígio exige o percurso institucional de um processo, que acaba por traumatizar as

---

<sup>82</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>83</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>84</sup> WARAT, 2004, p. 15.

<sup>85</sup> Ibid., p. 200.

partes.<sup>86</sup> “Nos litígios jurídicos, ao contrário da mediação, se decidem os conflitos sem que ninguém melhore em termos de qualidade de vida. Num litígio nem o que vence melhora em termos de qualidade de vida.”<sup>87</sup>

A prolação da sentença, por vezes, não põe fim à batalha das partes, fazendo que estas retornem ao ambiente processual porque as condições anteriores ao processo, infelizmente, não se alteraram.<sup>88</sup>

O mundo das decisões judiciais, ademais, se revela como um conto de fadas, protagonizado por personagens normativos despersonalizados, reduzidos pelo senso comum teórico dos juristas a um conjunto de chavões. A narrativa empregada rouba do direito sua historicidade, coisifica as partes e ignora o fato de que são elas as destinatárias de suas decisões.<sup>89</sup>

Ademais, o comportamento dos litigantes durante o processo é voltado para obter uma sentença favorável, e não para descobrir a verdade, como muitos supõem. No processo os jogadores podem se aproveitar de sua posição de vantagem e usá-la como instrumento para espezinhar e aniquilar o outro. No mesmo caminho, a morosidade da justiça por si só pode ser percebida como instrumento de tortura, à espera do próximo despacho, que muitas vezes pode dar marcha à ré no caminho processual, revolvendo ainda mais o passado e o conflito.

Warat lembra que, no processo, esquecimentos são fatais, pois nele há um ritual inflexível; portanto, em regra, não se permitem correções. Ou seja, as partes estão ameaçadas por não terem cumprido com um inócuo “arbitrário-unilateralmente declarado pelo juiz-tempo processual”.<sup>90</sup> Por não apresentar algum documento (que não altera seu direito), a parte pode ter extinta a ação, por exemplo.

Por essa razão o autor destaca algumas vantagens da mediação, entre elas que, em caso de erro, sempre é possível introduzir um dado faltante. Esquecimentos não são fatais como na cultura do litígio.

---

<sup>86</sup> WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização de Vívian Alves de Assis; Júlio Cesar Marcellino Júnior; Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

<sup>87</sup> WARAT, 1998, p. 39.

<sup>88</sup> FISS, Owen. **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 142.

<sup>89</sup> WARAT, 2004, p. 199.

<sup>90</sup> WARAT, 1998, p. 37.

Tais diferenças impactam na atuação do terceiro imparcial. O juiz ocupa um lugar de poder, decide a partir do senso comum teórico dos juristas e a partir do imaginário da magistratura, e não em leva em conta o querer das partes.<sup>91</sup>

Já o mediador ocupa um lugar de amor, é uma figura imparcial, sem poder decisório, ajuda na reconstrução simbólica, seu discurso é amoroso, poético. Ajuda as partes a eventualmente encontrar uma solução (transformação do conflito).<sup>92</sup>

Warat esclarece o que muitas vezes está por detrás da litigância:

O ódio é uma energia, um impulso autodestrutivo. É uma pulsão autodestrutiva. Ela está geralmente presente nas formas jurídicas tradicionais de solução de conflitos. Os juízes resolvem sobre duas pulsões de morte (gerando, com sua violência, uma terceira).<sup>93</sup>

Os magistrados trabalham o conflito interditando-o, congelando-o no tempo, eliminando a variável temporal para poder demarcar o conflito num plano de abstração jurídica que permita controlar as variáveis com as quais organizará sua decisão.

O juiz resolve conforme o Direito em vigor, em uma intervenção jurisdicional que tenta compensar economicamente mediante uma sanção. Os juízes decidem os conflitos obrigacionais mudando de lugar uma parte dos patrimônios comprometidos. Trata-se de um sistema único excludente de resolução das controvérsias, o que hoje não se considera nem ideal nem conveniente.<sup>94</sup>

O processo judicial, portanto, a partir das contribuições de Luis Alberto Warat devem ser reservadas para certos tipos de direito, quando for analisada como melhor opção, pois desconsidera o querer das partes e muitas vezes não resolve o problema que está escondido no conflito, não contribuindo para que as partes melhorem em termos de qualidade de vida.

---

<sup>91</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>92</sup> Ibid., p. 18.

<sup>93</sup> Ibid., p. 37.

<sup>94</sup> Ibid., p. 21.



### 3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

#### 3.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Como lembra Tartuce, “a adoção de caminhos extrajudiciais para a condução dos conflitos é justificada, em grande medida, pela intensa dificuldade do Poder Judiciário de administrar o sistema de justiça, que conta com um número cada vez maior de causas em trâmite”.<sup>95</sup> O tempo é o inimigo da função pacificadora porque a permanência de situações conflituosas indefinidas é fator de angústia e infelicidade para muitos usuários.

Segundo Ada Pellegrini, o progresso científico do Direito Processual não correspondeu ao aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. Nas palavras da autora, a crise da Justiça tem, entre outros motivos,

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”).<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> TARTUCE, 2015, p. 158.

<sup>96</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5, abr. 2008. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos\\_justica\\_conciliativa.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf)>. Acesso em: 2 nov. 2017, p. 23.

A adoção dos meios alternativos deve ser feita de forma complementar à prestação jurisdicional, e não “alternativa”, e a incorporação de tais meios pelo sistema de justiça não deve ser pautada “por uma lógica economicista e de maximização da eficiência pela prestação de serviços de segunda classe, como se a justiça togada só estivesse disponível a quem pudesse arcar com seus custos”.<sup>97</sup>

A realidade atual demonstra que “Estados e sociedades estão construindo um novo sistema de resolução de litígios; nele devem ser reorganizadas as funções do Estado e da sociedade civil, sendo desenvolvidas parcerias entre o público, a comunidade e, eventualmente, o mercado”.<sup>98</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, “princípio fundamental que garante aos jurisdicionados o acesso integral à Justiça, no caso de direitos lesados ou ameaçados”. No entanto, ao longo dos anos, o sistema de justiça tradicional brasileiro não tem dado resposta eficiente, efetiva e célere aos jurisdicionados, conforme o mandamento constitucional.

Assim como em diversos países do mundo (Argentina, Itália e Portugal, por exemplo), a crise do Judiciário foi o estopim para disseminar opções, com novos métodos alternativos de resolução de conflitos, para a pacificação social dos conflitos sociais, entre elas a mediação de conflitos.

Esse sistema de Justiça, congestionado de processos, acabou por se tornar incompatível com as promessas constitucionais de tratar adequadamente os conflitos, originados da crise do Poder Judiciário e da necessidade de se reafirmar o direito fundamental de acesso integral à justiça e à pacificação social.

Nessa percepção, o Poder Judiciário assumiu como responsabilidade instituir órgãos peculiares com múltiplas funções e diferentes técnicas para garantir o acesso a uma ordem jurídica justa.

No Brasil, o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2017 e referente ao ano de 2016, revela o número de processos pendentes no Judiciário Brasileiro.<sup>99</sup> Segundo o Relatório, o estoque de processos pendentes em 2016 foi de 79,7 milhões, e mais da metade (51,1%) deles corresponde a processos em fase de execução. Já o número de casos novos aumentou 5,6%, o que representa 29,4 milhões de

---

<sup>97</sup> TARTUCE, op. cit., p. 160.

<sup>98</sup> TARTUCE, 2015, p. 160.

<sup>99</sup> BRASIL, 2017.

processos ingressados no referido ano, o que totaliza mais de 100 milhões de processos pendentes. Com isso, a taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro aumentou consideravelmente.

Diante dessa situação, ainda que o Poder Judiciário fosse paralisado sem receber novas demandas, para zerar os processos pendentes, considerando a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho.

Esses dados só demonstram a fragilidade do Judiciário brasileiro, diante da pouca vazão dos processos em tempo razoável. É evidente a sobrecarga, sem contar a qualidade dos resultados dos conflitos entregue aos jurisdicionados. Dessa forma, pode-se caracterizar a Justiça brasileira como ineficiente, pois a imensa quantidade de processos judiciais pendentes deixa evidente uma justiça desprovida de capacidade para dar conta das demandas ajuizadas que batem às suas portas.<sup>100</sup>

A implantação do novo modelo ainda está em permanente construção, levando em conta as práticas da experiência, que permitirão reajustes e estratégias para incentivar a cultura do diálogo, inclusive em âmbito judicial.

Contudo, é preciso ter em mente que a mediação opera com outra lógica, muito diferente da do processo judicial. Na ânsia da normatização, corre-se o risco de aniquilar um instituto que tinha como pretensão fundadora a possibilidade de tratar os conflitos com sensibilidade. Cair na tentação de normatização, ignora questões fundamentais, como o respeito à autonomia das partes na mediação.

### 3.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO

Existem no cenário doutrinário vários conceitos de mediação. Pode ser entendida como técnica de resolver conflitos e fazer acordos, como forma de viver, como novo paradigma para o Direito, entre outros.

Adolfo Braga Neto define mediação como técnica:

Uma técnica não adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com intuito de

---

<sup>100</sup> RODRIGUES, 2017, p. 46.

estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.<sup>101</sup>

Diferentemente, Warat vê a mediação como paradigma, forma de viver, cultura, ecopedagogia.<sup>102</sup> Ou seja, é uma visão de mundo diferenciada na abordagem e no tratamento do conflito, levando em consideração a sua complexidade<sup>103</sup>.

Segundo Cooley, “A mediação pode ser definida como um processo em que um terceiro desinteressado (ou parte neutra) ajuda os contendores na consecução de um acerto voluntário quanto a suas diferenças por meio de um acordo que pauta seu comportamento futuro”.<sup>104</sup> Ou seja, “Na mediação, as partes participam de um processo conjunto de tomada de decisões e tomam elas próprias a decisão.”<sup>105</sup>

Convém ressaltar, contudo, conforme adverte Adolfo Braga Neto, que “a mediação de conflitos não visa pura e simplesmente o acordo. Visa, antes, como já dito, construir soluções a partir de mudanças ou movimentos pessoais dos participantes em direção ao seu fortalecimento e ao reconhecimento mútuo”.<sup>106</sup> Mais do que realizar um acordo, a mediação pode ter outros desfechos satisfatórios, como o empoderamento e o autorrespeito.

Na mesma direção, Christopher W. Moore define a forma de estabilização dos conflitos como a “interferência em uma negociação, tendo o profissional poder de decisão limitado ou não autoritário, mas que

---

<sup>101</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: método de resolução das controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 93.

<sup>102</sup> WARAT, 2004, p. 33.

<sup>103</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. **O Marco Legal da Mediação no Brasil**: Aplicabilidade na Administração Pública. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 148 – 164, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/322621384\\_O\\_Marco\\_Legal\\_da\\_Mediacao\\_no\\_Brasil\\_Aplicabilidade\\_na\\_Administracao\\_Publica](https://www.researchgate.net/publication/322621384_O_Marco_Legal_da_Mediacao_no_Brasil_Aplicabilidade_na_Administracao_Publica)>. Acesso em: 03 jan. 2018, p.153.

<sup>104</sup> COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: Ed. da UnB, 2001, p. 24.

<sup>105</sup> Ibid., p. 25.

<sup>106</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 96.

ajuda os envolvidos a chegarem voluntariamente a um acordo mutuamente aceitável com relação às questões em disputa”.<sup>107</sup>

Deve o mediador, sem empregar a palavra para persuadir e sem centrar na adjudicação da justiça pelas partes, estabelecer sua credibilidade como terceira pessoa imparcial, explicando a técnica e as etapas da mediação, favorecendo a atitude de cooperação e inibindo a confrontação frequentemente utilizada pelo sistema tradicional de justiça.

### 3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Fernanda Tartuce colhe da doutrina as seguintes desvantagens quanto à utilização de meios alternativos à jurisdição estatal: a privatização da justiça (retira-a do Estado, enfraquecendo-o); a falta de controle e confiabilidade nos procedimentos e decisões (sem transparência e lisura); a exclusão de certos cidadãos e a relegação do contexto de uma “justiça de segunda classe”; a frustração do jurisdicionado; e o enfraquecimento do direito e das leis.<sup>108</sup>

Com relação às vantagens, Tartuce colhe da doutrina as seguintes: o protagonismo das partes; a obtenção de resultados rápidos; a confiabilidade do procedimento; baixos custos; a ampliação da gama de opções e meios compositivos ao cidadão; o aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal; a interação produtiva entre os indivíduos; a prevenção de futuros impasses; o cumprimento espontâneo das decisões; e o fortalecimento psicológico das partes.<sup>109</sup>

Warat aponta a vantagem de utilizar o mediador, pois este não pode tomar decisões pelos envolvidos nem impor sua decisão a eles. O mediador “trabalha para reconciliar interesses competitivos dos dois adversários”.<sup>110</sup> Ele entra em cena para ajudar as partes conflitantes a examinarem seus interesses e necessidades, de forma a negociar uma troca de promessas, com a definição de um relacionamento mutuamente satisfatório que corresponda aos padrões de justiça de ambos os indivíduos.<sup>111</sup>

São vantagens da atuação do mediador, para Warat, diante dos outros métodos:

---

<sup>107</sup> MOORE, 1998.

<sup>108</sup> TARTUCE, 2015, p. 169-172.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 168-169.

<sup>110</sup> WARAT, 2004, p. 58.

<sup>111</sup> WARAT, 2004, p. 58.

Os juízes, árbitros, os negociadores, o terceiro que ajuda em uma conciliação, intervêm, de modos diferentes, em processos decisórios, e, trabalhos de interpretação para a tomada de decisões. Em todos estes casos, tentam tomar decisões interpretando normas jurídicas, valores morais, princípios e interesses econômicos. Muitas destas decisões apelam para interpretações carregadas de vestígios ideológicos e políticos alheios às partes. Conflitos que se decidem política ou ideologicamente, sem considerar os afetos ou os pontos em que as partes são afetadas. Isto não quer dizer, com certeza, que um conflito entre partes não gravitem, ou possam gravitar, componentes políticos ou ideológicos.<sup>112</sup>

### 3.4 SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO DA MEDIAÇÃO: FACULTATIVO E OBRIGATÓRIO

A doutrina especializada costuma elencar a existência de dois modelos: o facultativo e o obrigatório. Pelo sistema facultativo, as partes, de forma voluntária, se submetem à mediação de conflitos e compete somente a elas a decisão de construção de soluções possíveis para suas controvérsias. Já no sistema obrigatório “a mediação é introduzida no sistema de justiça de forma compulsória. Não há ato de vontade das partes em decidir pela realização prévia do processo de mediação”.<sup>113</sup>

Ao contrário do que ocorre na Argentina, no Brasil a mediação judicial não é obrigatória, ou seja, não é condição de procedibilidade para o ajuizamento de ação. Contudo, existe uma obrigatoriedade imposta pelo Código de Processo Civil de que as partes, na primeira sessão, estejam presentes de forma impositiva, pois isso significaria uma oportunidade de conhecerem o instituto e desenvolver a cultura do consenso.<sup>114</sup>

Em razão da voluntariedade da mediação e da autonomia da vontade das partes, Adolfo Braga Neto entende que não há como impor a mediação conforme o NCPC, que determina a obrigatoriedade da presença das pessoas na primeira reunião.<sup>115</sup> Segundo ele, a mediação “só será possível quando há predisposição das pessoas envolvidas no conflito

---

<sup>112</sup> Ibid., p. 32.

<sup>113</sup> RODRIGUES, 2017, p. 30.

<sup>114</sup> Ibid., p. 131.

<sup>115</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 90.

em dialogar sobre questões relativas a suas respectivas visões, interações e conexões. E, a partir do momento em que sentirem que faz sentido para elas estar no processo, permanecerão enquanto considerarem oportuno para elas”.<sup>116</sup>

Contudo, no Direito de Família a participação na audiência inicial é obrigatória. Nas demais ações, de acordo com o NCPC, se uma das partes manifesta a vontade, esta deve prevalecer, e o comparecimento deve ocorrer sob pena de multa. Nesses termos, é possível afirmar que a mediação no Brasil é, em regra, facultativa, ainda que haja essas hipóteses de obrigatoriedade da mediação. Em Portugal também foi adotado o modelo facultativo. Contudo, nada impede que o modelo obrigatório seja uma hipótese a se experimentar no futuro, a depender dos resultados que a mediação apresente. Se assim for, a parte só poderá ingressar em juízo após a demonstração das tentativas autocompositivas.

### 3.5 ESCOLAS DE MEDIAÇÃO: EXISTE UM MODELO FUNDAMENTAL DE MEDIAÇÃO?

Ao longo da história da mediação foram se desenvolvendo concepções teóricas diferentes, com autores próprios e características diversas. Cada qual conta com um referencial teórico distinto, que impactará na forma de atuação do mediador, de acordo com a finalidade de cada modelo.

Duas dúvidas são bastante comuns a respeito desse tema. A primeira diz respeito a quem possa escolher o modelo de mediação: se o mediador ou se as partes. A segunda, se seria possível mesclar os modelos; por exemplo, usando em determinada mediação técnicas de Harvard e técnicas da Escola Transformativa. E a terceira se existiria um modelo fundamental de mediação ou se existira um não-modelo.

Silvana Yara de Castro Rodrigues parece se posicionar no sentido de que o mediador pode fazer a escolha do modelo a ser utilizado e que é possível mesclá-lo com outros quando diz que “não elimina a tendência de o mediador mesclar essas escolas de forma que, de acordo com o caso concreto, possa aplicá-las isoladamente ou utilizando-se de técnicas e instrumentos possíveis de forma complementar à outra”.<sup>117</sup>

Marian Roberts, por sua vez, destaca a possibilidade de abordagem “sem modelo”. Nessa abordagem o mediador construiria um modelo único de prática para cada ocasião levando em conta fatores como poder

---

<sup>116</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 91.

<sup>117</sup> RODRIGUES, 2017, p. 42.

e cultura. Das considerações lançadas, apesar de existirem escolas de mediação, extrai-se que não existe um modelo fundamental de mediação, tendo cada mediador uma abordagem única. Nessa esteira, portanto, cada mediador possuirá um estilo único, porque cada encontro é individual, e a abordagem da mediação deve atender às necessidades das partes ou dos grupos envolvidos no conflito.<sup>118</sup>

Para que a mediação seja uma abordagem democrática, seria apropriado que as próprias partes optassem pela abordagem que mais se adéqua a sua necessidade, de acordo com a finalidade que desejam para a mediação. Por exemplo, se a finalidade é obter um acordo, poderia a parte, entre os modelos oferecidos, optar pela Escola de Harvard. Por outro lado, se a finalidade fosse a transformação da relação, poderia se escolher a Escola Transformativa. Contudo, concorda-se com a opinião de que cada caso será único (terá abordagem única), ainda que se opte ter como guia determinada escola.

Quatro escolas se destacam no cenário doutrinário: a) Tradicional-Linear de Harvard; b) Transformativa de Bush e Folger; c) Circular-Narrativa de Sara Cobb; e d) “Programa de Mediação e Sensibilidade” (Terapia do amor mediado), de Luis Alberto Warat.

### 3.5.1 Escola Tradicional-Linear de Harvard

A escola “satisfativa” foi desenvolvida no Programa de Negociação de Harvard por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton. Encontra fundamento na comunicação entendida em seu sentido linear, ou seja, o mediador tem como função ser um facilitador da comunicação para poder conseguir um diálogo, que é entendido como uma comunicação bilateral efetiva.<sup>119</sup>

Os autores desenvolveram um método chamado “negociação baseada em princípios”, que sugere que envolvidos em conflitos procurem benefícios mútuos quando seus interesses entrarem em oposição e que o resultado se baseie em padrões justos (por exemplo, valor de mercado), independentes da vontade das partes.

Em resumo, o método baseia-se em quatro princípios básicos: a) separar as pessoas do problema; b) concentrar-se nos interesses, e não nas

---

<sup>118</sup> ROBERTS, Marian. **Developing the craft of mediation**: reflection on theory and practice. London: Jessica Kingsley, 2007, p. 162.

<sup>119</sup> EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 116.

posições; c) criar uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer; e d) insistir que o resultado tenha por base algum padrão objetivo.<sup>120</sup>

De acordo com os autores, a escuta ativa (detalhada na seção 5.4.2 desta dissertação) facilitará o diálogo entre as partes, que poderão compreender melhor as percepções do outro e suas emoções.<sup>121</sup>

Contudo, embora o modelo trabalhe inicialmente com as emoções dos mediados, para que se libertem da carga emocional e tenham maiores chances de tratar o problema,<sup>122</sup> o objetivo não é o tratamento das relações, mas sim encontrar um acordo, razão pela qual se recomenda utilizá-lo em situações que não representem relacionamentos complexos e duradouros. Nesse aspecto, essa proposta encontra críticas por não ter como escopo trabalhar os sentimentos das partes e suas relações, mas basicamente encontrar um acordo vantajoso mútuo.<sup>123</sup>

### 3.5.2 Escola Transformativa

A mediação transformativa foi idealizada por Robert Bush e Joseph Folger, com destaque à obra “A Promessa da Mediação” (*The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*). O método surgiu da observação das mediações tradicionais de Harvard, quando Bush e Folger perceberam que, ao longo da mediação, em alguns casos, além do acordo, também ocorria a transformação das relações e das pessoas.

Adolfo Braga Neto, adepto do modelo transformativo no Brasil, explica que para os especialistas norte-americanos o mediador é um facilitador do diálogo entre as partes. Este “não julga, não orienta, não assessora, não faz sugestões ou avaliações sobre o conflito e muito menos os direciona para algo que considera necessário ou adequado”.<sup>124</sup> Esse terceiro imparcial acredita no potencial dos participantes de transformar seus conflitos por si mesmos por meio de seus recursos próprios. A mediação, assim, promove mudanças nas percepções pessoais de fragilidade das partes,<sup>125</sup> para que ocorra o empoderamento (tomada de

---

<sup>120</sup> FISHER; URY; PANTTON, 1994, p. 25.

<sup>121</sup> FISHER; URY; PANTTON, 1994, p. 61.

<sup>122</sup> Ibid., p. 48-49.

<sup>123</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 85.

<sup>124</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 89.

<sup>125</sup> Ibid., loc. cit.

consciência ao interagir no espaço decisório) e o reconhecimento (admissão da legitimidade) da outra pessoa.<sup>126</sup>

Tem ainda como meta modificar a relação entre as partes, sendo, portanto, o oposto do modelo harvardiano, pois não objetiva apenas obter o acordo, por ser centrado na transformação das relações.<sup>127</sup>

Nas palavras de Ilana Martins Luz, “[...] o mérito da mediação transformativa é o incremento do poder das partes, que devem protagonizar o seu conflito e, por meio do processo mediativo, recuperar a sua autoestima, rompida com o problema vivenciado”.<sup>128</sup> Segundo Silvana Yara de Castro Rodrigues “a prática do diálogo direto das partes, é a base de sustentação da mediação transformativa, favorecendo mudança positiva da valorização pessoal e de reconhecimento do outro [...]”.<sup>129</sup>

Nesse sentido, o processo não vislumbra a desestabilização das pessoas, com a desconstrução das histórias iniciais e a criação de uma história alternativa, como propõe o Modelo Circular-Narrativo. Contudo, costuma ser elogiado e considerado como o modelo mais completo, justamente porque tem o objetivo de aprofundar a reflexão dos conflitos e de reconstruir a relação rompida, sem desconsiderar a importância do acordo.<sup>130</sup>

### 3.5.3 Escola Circular-Narrativa

Criado por Sara Coob, o modelo preconiza que os conflitos são criados, em grande parte, pelo uso inadequado da linguagem, já que a história é narrada pela pessoa que viveu a experiência. Essa vertente foca a desconstrução das exposições iniciais da história dos participantes para viabilizar novas percepções sobre o conflito e sua superação por meio de perguntas circulares (que mudam o foco do problema).

Usando as perguntas circulares, o mediador permite outras conotações e compreensões sobre as experiências vividas. Conforme destaca Ilana Martina Luz,

---

<sup>126</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 48.

<sup>127</sup> EGGER, 2008, p. 116.

<sup>128</sup> LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 123.

<sup>129</sup> RODRIGUES, 2017, p. 39.

<sup>130</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 87.

[...] nesta espécie mediativa, há a preocupação com a circularidade e a interdependência das pessoas. A Mediação, então, focaliza na necessidade de compreensão da outra parte, suas particularidades, interesses, objetivos, e características. Com evidência, na espécie “circular narrativa”, a causalidade não é mais imediata, tal como no modelo de Harvard. Para que as partes compreendam uma a outra, mediante um processo de conversação, facilitada por um terceiro estranho, é preciso analisar não a causa imediata que determinou aquela situação problema, mas o conjunto de causas remotas, anteriores, que, de alguma forma, contribuíram para o deslinde conflitual.<sup>131</sup>

Trata-se de um modelo de mediação que privilegia tanto as relações quanto o acordo.

### **3.5.4 Escola Waratiana**

Luis Alberto Warat, em sua obra o “Ofício do Mediador”, estabeleceu uma cartografia de suas reflexões sobre a mediação intitulada “Terapia do Amor Mediado”, que pretende transformar vínculos de conflitos em vínculos de amor.

Para compreender a proposta waratiana, antes é preciso entender que Warat pensava a mediação como a superação da cultura jurídica da modernidade, pautada no litígio que tem como pretensão revelar a verdade descoberta por um juiz. Segundo ele, a mediação fundada na sensibilidade seria até agora a melhor fórmula encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico. Trata-se de um encontro transformador entre pessoas conflitantes, que encontram por si mesmas saídas proveitosas para suas diferenças, interesses opostos e coincidentes.<sup>132</sup>

A “Terapia do Amor Mediado” não é propriamente um modelo de mediação, mas uma forma de cultura e de entender a vida que fala de amor. Assim como a mediação transformativa, não tem como objetivo prioritário a realização de um acordo. A proposta waratiana é peculiar,

---

<sup>131</sup> LUZ, op. cit., p. 121.

<sup>132</sup> WARAT, 2004, p. 66.

preocupa-se mais com a produção da diferença, em acolher o novo na temporalidade.<sup>133</sup>

Essa mediação, fundada na sensibilidade, conta com a figura de um mediador, que auxilia as partes envolvidas a “desdramatizar seus conflitos” a fim de resgatar o que há de bom na relação e de reconstruir os laços esmagados pela dor. Por isso, Warat entende que o processo da mediação “não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional; ele é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente vivendo-a.”<sup>134</sup>

Na concepção de Warat, conflitos nunca desaparecem; transformam-se. O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem para si mesmas, e não para o conflito, como se ele fosse algo absolutamente exterior a elas próprias. Essa é a metamediação.<sup>135</sup> Outro ponto de destaque diz respeito ao que é ou não mediável na proposta waratiana. Segundo Warat, são mediáveis os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo. Para ele, algumas transações podem estar disfarçadas de mediações, como, por exemplo, os casos patrimoniais sem história. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, de amor ou de dor.<sup>136</sup>

Sintetizando a obra waratiana a respeito da mediação, Ildemar Egger ensina que

o modelo waratiano, propõe mediar a partir da psicoterapia do reencontro ou do amor perdido. Um modelo que pretende inscrever o amor no conflito; buscando formas de realização da autonomia. Assim, a mediação oportuniza o crescimento através dos conflitos, ao se apresentar como um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades. Trata-se de uma prática dos conflitos” sustentada pela compaixão e pela sensibilidade, uma prática cultural e um paradigma específico do direito, um direito da outriedade, uma

---

<sup>133</sup> Ibid., p. 43-44.

<sup>134</sup> Ibid., p. 33.

<sup>135</sup> Ibid., p. 26.

<sup>136</sup> WARAT, 1998, p. 36.

concepção ecológica do direito, um modo particular de terapia.<sup>137</sup>

Segundo Warat, a maioria das escolas de mediação está preocupada em produzir respostas prontas e em formar o mediador para ajudar as partes a chegar a um acordo. Contudo, “Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que poderiam acalmar as partes, com seus truques. **A magia é outra, consiste em entender de gente**”.<sup>138</sup> A mediação waratiana é trabalhada como um processo para recuperar a sensibilidade, pois só assim ela atinge a simplicidade do conflito sem desprezar o valor positivo dele. Entretanto, as partes necessitam ter seus conflitos internos resolvidos para poderem se abrir ao amor, por isso essa mediação “é um estado de amor”.<sup>76</sup>

---

<sup>137</sup> EGGER, 2008, p. 116.

<sup>138</sup> WARAT, 2004, p. 36, sem grifos no original.



## 4 A MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

### 4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

Diversos projetos de lei foram elaborados por parlamentares com a finalidade de disciplinar o tema da mediação judicial e extrajudicial no Brasil. Antes dessas proposições houve também propostas de anteprojeto por especialistas da área, que impulsionaram a criação de um marco legal para a mediação no Brasil, por meio da Lei nº 13.140/2015<sup>139</sup> e do Novo Código de Processo Civil.<sup>140</sup> Além disso, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) colocou a mediação e a conciliação como políticas públicas de acesso à justiça no âmbito dos tribunais. Formou-se, então, o que a doutrina chama de tríade normativa da mediação judicial, que se passa a expor.

### 4.2 A FORMAÇÃO DA TRÍADE NORMATIVA DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: ETAPA OU MEIO AUTÔNOMO

#### 4.2.1 A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

A primeira mudança normativa importante surgiu com a Resolução n. 125 do CNJ, que, desde 2010, atribui ao Poder Judiciário o dever de incluir em sua estrutura políticas públicas de meios consensuais.

A Resolução nº 125 do CNJ instituiu a “Política Judiciária Nacional no tratamento das controvérsias, incumbindo aos órgãos do

---

<sup>139</sup> BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de janeiro 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. Lei de Mediação. Brasília, 2015a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#art47](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#art47)>. Acesso em: 6 jan. 2018.

<sup>140</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm#art1045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm#art1045)>. Acesso em: 6 jan. 2018.

Poder Judiciário oferecer mecanismos consensuais, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão.”

A Resolução é composta de dezenove artigos, distribuídos em quatro capítulos, que versam sobre: a) política pública de tratamento adequado de interesses (capítulo I); b) atribuições do CNJ (capítulo II); c) atribuições dos tribunais (capítulo III); e d) Portal de Conciliação (capítulo IV). Contém ainda o anexo I, que dispõe sobre cursos de capacitação e aperfeiçoamento (para magistrados e servidores); o anexo II, que cuida de sugestões de procedimentos a serem adotados nos setores de solução pré-processual e processual; o anexo III, que trata do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais; e o anexo IV, que cuida dos dados estatísticos a respeito dos meios consensuais.<sup>141</sup>

Os princípios éticos que devem nortear as práticas dos mediadores judiciais estão previstos no art. 1º do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Como a mediação comporta padrões éticos que fogem aos moldes tradicionais de qualquer outra profissão, Nazareth Serpa acredita que os programas educativos acerca da mediação precisam compreender tais diretrizes. Ao mencionar a experiência americana, a autora destaca que o estado da Flórida, dispõe do estatuto mais bem desenvolvido dos Estados Unidos. Lembra a autora que cada país deve construir seu sistema ético mediador, que depende das bases culturais, morais e sociais de cada local.<sup>142</sup>

#### 4.2.2 O Marco Legal da Mediação: Lei nº 13.140/2015

A Lei nº 13.140/2015,<sup>143</sup> aprovada em 2 de junho de 2015, vigente desde dezembro de 2015, é considerada o marco inaugural da legalização da mediação (judicial e extrajudicial) no Brasil.<sup>144</sup> Em seu capítulo primeiro trata da mediação (mediadores judiciais e extrajudiciais, procedimento comum, mediação judicial e extrajudicial e regras de

---

<sup>141</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 109.

<sup>142</sup> SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação**: uma solução judiciousa para os conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 307-308.

<sup>143</sup> BRASIL, 2015a.

<sup>144</sup> RODRIGUES, 2017, p. 53-54.

confidencialidade). No segundo capítulo a Lei trata da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Com o marco legal, chega-se a uma nova concepção para o Direito: “ao paradigma que determina o novo objeto jurídico que desloca a análise jurídica das normas (lide processual) para o conflito em si (lide sociológica)”.<sup>145</sup>

Contudo, o risco de que essas normas se acrescentem às outras em uma análise meramente normativa da mediação é grande. É preciso que os profissionais se informem e mudem a mentalidade contenciosa de combate e antagonismo.

A Lei de Mediação traz um conceito legal no art. 1º ao dizer que a mediação “significa 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”.<sup>146</sup> Isso significa dizer que o legislador prioriza o acordo, e com isso se pode concluir que o Brasil optou, em regra, pela Escola Tradicional-Linear de Harvard.<sup>147</sup>

Porém, nada impede que a mediação tenha outras finalidades, a exemplo da mediação transformativa. Para que seja um mecanismo democrático, seria apropriado que as próprias partes pudessem escolher a escola que mais se adéqua para resolver a controvérsia.

Assim como a Resolução nº 125/2010 do CNJ, a Lei de Mediação traz princípios definidos: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

### **4.2.3 O Novo Código de Processo Civil de 2015**

Avançando sobre as medidas legislativas, a recente alteração no Código de Processo Civil, trazida pela Lei nº 13.105, aprovada em 16 de março de 2015, vigente desde o dia 18 de março de 2016, representa uma nova forma de compreender a dogmática processual civil, que mostra uma disposição favorável diante dos meios consensuais, com ênfase na mediação judicial, como fórmula capaz de solucionar adequadamente certos tipos de conflitos (disponíveis ou indisponíveis, que admitam a transação e cuja manutenção mereça ser preservada no tempo).

---

<sup>145</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 38.

<sup>146</sup> BRASIL, 2015a, art. 1º.

<sup>147</sup> RODRIGUES, 2017, p. 128.

Espalhada por diversos artigos, a mediação judicial deverá ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público no curso do processo judicial, em qualquer instância, conforme preconiza o art. 3º da Lei. Ou seja, a mediação judicial poderá ser pré-processual (antes do início do processo) ou processual (incidente ao processo).

O NCPC, seguindo a orientação prevista pela Resolução nº 125 do CNJ, trouxe a atividade da mediação judicial para o interior da estrutura do Poder Judiciário, sem excluir, contudo, a forma prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos. No entender de Yara Rodrigues, apresenta uma nova base estruturante, que estimula a autocomposição e o respeito à autonomia da vontade das partes.<sup>148</sup>

Além disso, no Livro III do NCPC, cujo título se refere aos sujeitos do processo, encontram-se orientações para que os tribunais criem os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejus), responsáveis pela realização das sessões de mediação – e não de audiências de conciliação – e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.<sup>149</sup>

Segundo destaca Yara Rodrigues, “foram destinados diversos dispositivos para discipliná-la, nos termos dos art. 3º, 149; 165 a 175; 334; 515, VII; 475-N, IV; 565; e 694”.<sup>150</sup>

Para melhor compreender a mediação judicial, a Lei de Mediação deve ser conjugada com o NCPC, que disciplina aquela. Ao mesmo tempo em que têm diretrizes semelhantes em alguns pontos, apresentam algumas diferenças. Na opinião de Yara Rodrigues, a interpretação desses dois diplomas deve ser realizada pelos critérios definidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na forma do Decreto-Lei nº 4.657/1942. No entendimento da autora, o critério da especialidade parece ser o mais razoável, pois a Lei de Mediação é específica no que diz respeito ao tema.<sup>151</sup> Contudo, por ser a mediação menos sobre a lei e mais sobre a autonomia da vontade das partes, interesse, sentimentos e necessidades, parece que esta discussão é dispensável.

Apesar de apresentar algumas contradições com o princípio da autonomia da vontade das partes, o novo diploma processual elevou os

---

<sup>148</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>149</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 111.

<sup>150</sup> RODRIGUES, 2017, p. 54.

<sup>151</sup> Ibid., p. 55-56.

meios consensuais como corolário do direito fundamental de acesso integral à Justiça, que devem ficar à disposição dos jurisdicionados.<sup>152</sup> Nesses termos, por determinação legal, a mediação deve ser oferecida no âmbito dos tribunais compondo com outros meios consensuais, o denominado “Sistema Multiportas de Solução de Conflitos, de inspiração americana”.<sup>153</sup> A expectativa é que ocorra a diminuição de processos no Poder Judiciário. Contudo, precisa-se ter o cuidado de não desvirtuar o instituto, que não deve ser visto somente como meio para reduzir o número de demandas nos tribunais, pois esse é um efeito secundário apenas.<sup>154</sup> Conforme lembra Adolfo Braga Neto, “a mediação não é uma panaceia para a resolução de todos os conflitos”.<sup>155</sup>

Da forma como se configura a Mediação Judicial há doutrinadores, como Charlise Gimenez e Fabiana Spenger que entendem que não houve institucionalização da mediação como instituto próprio para tratar os conflitos, havendo, portanto, a judicialização do procedimento, como requisito da petição inicial e como etapa processual<sup>156</sup> (“audiência” de mediação).

#### 4.3 ASPECTOS RELEVANTES DA MEDIAÇÃO JUDICIAL

##### 4.3.1 Conceito de Mediação Judicial

Como já visto, o conceito legal de mediação de conflitos está previsto no art. 1º da Lei nº 13.140/2015 e significa a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou a desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Contudo, a Lei não traz um conceito específico para a mediação judicial. A partir do conceito de mediação e das inserções contidas no NCPC, percebe-se que a mediação judicial, portanto, não é conduzida diretamente por um juiz e que supõe a existência de um conflito já judicializado (litígio), ou seja, o conflito abordado já é objeto de uma demanda apresentada ao Judiciário. Assim, em razão da escalada do conflito, que acaba por chegar até o Poder Judiciário, verifica-se que a

---

<sup>152</sup> Ibid., p. 127-128.

<sup>153</sup> Ibid., p. 126.

<sup>154</sup> Ibid., p. 130.

<sup>155</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 97.

<sup>156</sup> GIMENEZ; SPENGLER. 2016, p. 275.

controvérsia não encontrou oportunidade para resolução amigável na seara extrajudicial, sendo endereçada para um mecanismo em que provavelmente o espaço para o diálogo seja menor.<sup>157</sup>

Nesses termos, pode-se afirmar que a mediação judicial é uma forma *sui generis* de resolução alternativa de litígios (em razão da escalada do conflito) em que as possibilidades de diálogo são, em tese, mais restritas, já que as vozes das partes foram silenciadas e transformadas em pedidos jurídicos pelo representante legal de uma das partes (em razão do endereçamento do conflito ao Judiciário), o que exige do mediador judicial a habilidade de facilitar a comunicação entre os envolvidos para que aumentem a disposição de negociar.

Em contrapartida, pode-se afirmar que a mediação extrajudicial é uma forma alternativa de resolução de conflitos, em que as possibilidades de diálogo são mais favoráveis do que na mediação judicial.

#### 4.3.2 Objeto

Pode ser objeto de mediação todo ou parte do conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam a transação, ou seja, é perfeitamente possível que seja endereçado apenas uma parte do conflito para a mediação de conflitos, conforme estabelece o art. 3, § 3º, da Lei de Mediação.

No caso de direitos indisponíveis, mas transigíveis, registra-se que deve o acordo ser homologado em juízo e é exigida a oitiva prévia do Ministério Público.

Realizadas tais considerações, registra-se o posicionamento de Luis Alberto Warat, para quem são mediáveis apenas “os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor”.<sup>158</sup>

No Direito de Família, a propósito, em que a maioria dos direitos são indisponíveis, houve decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande

---

<sup>157</sup> ANDRADE, Juliana Loss. Magistratura e mediação. In: DIDIER, Fredie (Coord.). **Justiça multipostas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 215.

<sup>158</sup> WARAT, 1998, p. 32.

do Sul no sentido de triunfar a vontade das partes para resolver os conflitos de forma amigável:

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO CELEBRADO ENTRE AS PARTES EM SESSÃO DE MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O CPC estabelece que, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694, caput). Seguindo a diretriz legal, e as Resoluções do CNJ (n.º 125/2010) e do Conselho da Magistratura deste TJRS (n.º 1.026/2014), foi instaurada Vara Adjunta de Conciliação Pré-processual na comarca de Pelotas. O acordo eventualmente obtido e celebrado nas sessões de mediação pré-processual, depois submetidos para apreciação do MP e para homologação judicial, não é inválido, ainda que as partes não estejam acompanhadas por advogados. A presença de advogados é facultativa, não obrigatória. Há expressa autorização judicial para isso (art. 10, da Lei n.º 13.140/2015). O acordo obtido em sessão de mediação não é vedado nem mesmo se o direito objeto do acordo for indisponível. Pois no direito de família a maioria dos direitos é indisponível. Assim, se adotado o entendimento de que não pode haver mediação se o direito for indisponível, ficará afastada praticamente toda e qualquer hipótese de mediação em ações de direito de família. E por conseguinte, haverá negativa de vigência ao art. 694, *caput*, do CPC. A obtenção de acordo nas sessões de mediação pré-processual, realizada sem a presença do agente ministerial e do juiz, representa o cumprimento estrito da nova principiologia adotada pelo CPC, de privilegiar soluções consensuais, especialmente em ações de direito de família. Ademais, no presente caso não se verifica, e aliás nem sequer foi alegado em grau de apelo, qualquer espécie de prejuízo concreto em

função dos termos do acordo que foi homologado.  
NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.<sup>159</sup>

Se a intenção da lei foi desafogar o Poder Judiciário, a decisão mencionada dá pistas de que não houve avanços significativos quanto ao entendimento da mediação por parte dos profissionais do Direito, pois o intuito das mudanças trazidas pelo microssistema normativo da mediação é justamente evitar a judicialização dos conflitos, ainda mais quando há a manifesta vontade das partes em realizar um ajuste satisfatório entre elas. A falta de informação sobre os meios consensuais e a respeito do que diz o próprio art. 3º do NCPC evidencia a necessidade de permanente atualização e capacitação dos profissionais que atuam no sistema de justiça.

Alexandre Morais da Rosa aponta, lembrando os ensinamentos de Juan Carlos Vezzulla e de Luis Alberto Warat, que o grande diferencial da mediação é a força e a ética da palavra. As propostas consensuais podem dialogar com o Direito e até serem materializadas em termos jurídicos. Contudo, a compulsão de dar forma jurídica ao instituto pode ser o oposto da cultura da mediação, tratando-a como um mero subsistema do processo (civil, penal, etc.).<sup>160</sup>

Portanto, ainda que a lei traga restrições quanto ao objeto da mediação, pode ser relativizada a regra, a exemplo do que ocorre no Direito de Família, em respeito ao princípio da autonomia da vontade das partes, sob pena de inviabilizar o instituto.

### **4.3.3 Princípios Norteadores da Mediação**

Os princípios contidos no microssistema normativo de mediação são importantes diretrizes para compreender como deve ser a interação entre as partes e para que a comunicação eficaz leve ao melhor

---

<sup>159</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70071448567, Oitava Câmara Cível. Apelante: M. P. Apelado: A. J. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 9 de março de 2017, sem grifos no original.

<sup>160</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. A força da palavra deve ser sustentada na mediação penal. 25 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-25/limite-penal-forca-palavra-sustentada-mediacao-penal>>. Acesso em: 10 maio 2016.

encaminhamento da controvérsia.<sup>161</sup> Como lembram Gabbay, Faleck e Tartuce, durante todo o procedimento, “os princípios que norteiam a mediação precisarão ser expostos e aplicados para tornar viável a comunicação eficiente entre os participantes”.<sup>162</sup>

Como visto, os “princípios” norteadores da mediação estão previstos no novo Código de Processo Civil (instrumentais), na Lei de Mediação (legais) e na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (éticos). No presente trabalho não se discute a natureza da terminologia “princípios” ou se estabelecem conclusões a respeito de se tratar de regras, princípios ou diretrizes técnicas. Para fins didáticos, são elencados todos os princípios previstos no microsistema normativo da mediação. Ressalta-se, porém, que não se tratam de princípios taxativos.

#### 4.3.3.1 Isonomia das partes

A igualdade é um princípio fundamental constante no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Isso significa dizer que “em todo o processo de mediação deve ser observado o tratamento isonômico, de modo que o mediador deve sempre ter o cuidado de oferecer iguais oportunidades em todas as etapas da mediação de conflitos ao mediandos”.<sup>163</sup>

Como lembra Ravi Peixoto, a imparcialidade deve dialogar com o princípio da igualdade material.<sup>164</sup> Daí a importância da realização da técnica denominada *caucus* (ou sessão privada), que é um modo de dialogar particularmente com um dos envolvidos sem que esteja presente o outro, para, entre outros objetivos, eliminar “comunicação improdutiva” e “explorar possível desequilíbrio de poder”.<sup>165</sup>

É importante destacar que a utilização do *caucus* deve constar na declaração de abertura do procedimento para que as partes tenham clareza quanto às regras do jogo, bem como as aceitem. Recomenda-se que, se feita com uma das partes, seja também realizada com a outra. É que a

---

<sup>161</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 55.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>163</sup> RODRIGUES, 2017, p. 64.

<sup>164</sup> PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os princípios que regem a mediação e a conciliação. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, 2015, p. 97.

<sup>165</sup> BRASIL, 2016.

sessão privada não deve ser motivo de surpresa para as partes, para que não se coloque em xeque a imparcialidade do mediador.<sup>166</sup>

Portanto, a igualdade ou isonomia entre as partes deve ser objeto de atenção pelo mediador, para que os envolvidos não se sintam desmerecidos diante do outro.

#### 4.3.3.2 *Independência*

O mediador deve atuar com liberdade, sem sofrer qualquer tipo de pressão em seu ofício, podendo, inclusive, interromper ou recusar manter a sessão se ausentes as condições necessárias para sua realização. Também não é obrigado a redigir acordo ilegal ou inexecutável.

Apesar de o mediador judicial ser auxiliar do juiz, não deve se olvidar que ele não pode sofrer interferências ou pressões deste para que tenha metas de incentivo ao acordo a qualquer custo.

Para Adolfo Braga Neto, a independência deve ser entendida como a “inexistência de qualquer conflito de interesse ou relacionamento anterior capaz de afetar a credibilidade do mediador e a condução do processo de mediação”.<sup>167</sup>

Em Portugal, a independência também é prevista, conforme o art. 7º da Lei nº 29, de 19 de abril de 2003.

A independência, portanto, representa a autonomia do mediador diante das imposições das partes, advogados ou juízes, devendo exercer seu múnus com liberdade, sem estar submetido a qualquer tipo de pressão para a realização de acordos.

#### 4.3.3.3 *Busca do consenso*

Intimamente ligada aos princípios da autonomia e da isonomia, a busca do consenso significa que as partes devem decidir o que é melhor para elas, sem a imposição de uma decisão que desconsidere seus interesses, emoções e vontades. As partes poderão, a partir do restabelecimento da comunicação, conhecer os interesses umas das outras e, diante deles, criativamente chegar a um consenso que seja mutuamente satisfatório.

Yara Rodrigues lembra que a busca pelo consenso está bastante ligada à finalidade do modelo linear de Harvard, em que o foco principal

---

<sup>166</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 143.

<sup>167</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 102.

é chegar a um acordo. Segundo a autora, há uma comunicação desse princípio e a escola preferida pela legislação brasileira.

A busca pelo consenso deve ser entendida pelo mediador para que, diante de uma reação de fechamento e antagonismo, o que desfavorece o entendimento, intervenha e promova um clima de diálogo entre os participantes, que deixe as partes desarmadas para um encontro proveitoso. As partes devem entender que precisam trabalhar dentro de uma estratégia cooperativa, como se jogassem em um mesmo time.

Logo, como lembra Silvana Yara de Castro Rodrigues, o ambiente da mediação deve ser uma “verdadeira comunidade de trabalho. Para isso, indispensável o compromisso sério do mediador no que se refere ao trabalho de conscientização dos mediados nesse processo cooperativo”.<sup>168</sup>

#### 4.3.3.4 Boa-fé

O marco legal da mediação no Brasil introduziu a diretriz da boa-fé para nortear o processo de mediação, o que impõe a todos os envolvidos o dever de agir com lealdade e probidade.<sup>169</sup> Isso diz respeito às partes e também aos facilitadores, afinal não se pode imaginar uma tentativa de consenso se as partes não atuarem com lealdade e com presteza.

Lembra Adacir Reis que:

[...] não se pode admitir qualquer conduta de má-fé de uma das partes em litígio que, sob a dissimulada pretensão de buscar a autocomposição no âmbito das audiências de mediação e conciliação ou em outra fase do processo, tenha por objetivo, de fato, apenas a procrastinação de uma solução que lhe seria desfavorável.<sup>170</sup>

Gabbay, Faleck e Tartuce ensinam que o princípio da boa-fé é de grande relevância porque a participação dos envolvidos precisa contar com lealdade e disposição para que o processo seja produtivo. Se uma das

---

<sup>168</sup> RODRIGUES, 2017, p. 70.

<sup>169</sup> Ibid., p. 72.

<sup>170</sup> REIS, Adacir. Mediação e impactos positivos no Judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe (Org.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222-239, p. 237.

partes não leva a sério a mediação, todos perdem tempo, a viabilidade de possíveis saídas proveitosas fica comprometida.<sup>171</sup>

Deste modo, a boa-fé é uma diretriz indispensável do processo de diálogo, sob pena de que a mediação seja realizada, na expressão de Warat, “entre dois fantasmas”.

#### 4.3.3.5 *Oralidade*

Durante muito tempo os litígios foram massivamente decididos pelo Poder Judiciário, em que a voz das partes é silenciada e convertida em pedido jurídico firmado pelo advogado. Hoje, contudo, diante do reconhecimento dos meios consensuais para tratar conflitos, garante-se às partes o direito de terem voz, de sentirem e de expressarem uns para os outros os sentimentos envolvidos na controvérsia. É algo que a burocracia, que envolve o meio tradicional de composição de conflitos, não permite.<sup>172</sup>

O princípio da oralidade, conforme ensina Yara Rodrigues, “é a regra geral da mediação, para facilitar a comunicação entre os mediandos, estimulando a busca pelo consenso do ganha-ganha”.<sup>173</sup> Ou seja, as tratativas de solução do problema devem ser incentivadas a serem feitas de forma oral. Tal prática torna mais célere o procedimento e promove a confidencialidade.

Para Fernando Gama e Irineu Carvalho, a oralidade na mediação judicial possui tríplice objetivo, “a) conferir celeridade ao processo; b) fortalecer a informalidade dos atos; e c) promover a confidencialidade, registrando-se por escrito o mínimo possível”.<sup>174</sup>

Segundo Fernanda Tartuce, as técnicas contemplam a oralidade como escopo principal: “a clarificação de percepções, a provocação de reflexões e a elaboração de perguntas que abram canais produtivos e novas possibilidades para os envolvidos”.<sup>175</sup> A oralidade favorece

---

<sup>171</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013.

<sup>172</sup> WARAT, 2004, p. 124.

<sup>173</sup> RODRIGUES, 2017, p. 66.

<sup>174</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina (Coord.). **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 113.

<sup>175</sup> TARTUCE, 2015, p. 198.

também a “escuta ativa”, importante técnica da mediação, “que busca valorizar o sentido do que é dito com vistas a compreender o que foi exposto pelo interlocutor”.<sup>176</sup>

A força da palavra na mediação pode significar a não necessidade de se apresentar um termo escrito ao final da mediação. Segundo Tartuce, “em alguns casos, a exigência de formalizar o fruto do consenso pode acabar restaurando a desconfiança entre as partes e prejudicar sua relação futura. Assim, compete ao mediador escutá-las para perceber se é efetivamente o caso de reduzir por escrito os termos das avenças”.<sup>177</sup> Contudo, a Lei de Mediação concretiza a tendência de reduzir a termo o acordado, segundo o art. 20.

Na opinião de Yara Rodrigues, o termo final deve ser feito por escrito, por ser uma forma segura de cumprimento do acordado, que se traduz em um título judicial (homologado pelo juiz) ou extrajudicial (sem homologação por juiz).<sup>178</sup>

A mediação se desenrola por meio de conversas entre as partes com a contribuição de um terceiro imparcial, que se vale de técnicas para clarificar situações, percepções, afirmações e possibilidades aventadas pelas próprias pessoas da interação. Embora haja certas pautas e ações direcionadas a elas, não há um roteiro fechado a ser seguido. As técnicas serão úteis e utilizadas com cautela, mas não se pode precisar o certo e o errado em uma lógica reducionista, razão pela qual muitas vezes o mediador pode, após o encontro, se questionar a respeito de ter feito a coisa certa.<sup>179</sup>

#### 4.3.3.6 *Informalidade*

A mediação não opera com as pretensões de verdade que se encontram no processo judicial e não possui regras fixas, porque ela é um processo de interação entre as partes. A informalidade enquanto princípio da mediação, portanto, “traz consigo a simplicidade com que o procedimento deve se pautar”.<sup>180</sup>

Na lição de Yara Rodrigues, “O princípio da informalidade vai garantir ao mediador e aos mediados a condução do processo de

---

<sup>176</sup> Ibid., p. 199.

<sup>177</sup> Ibid., p. 201.

<sup>178</sup> RODRIGUES, 2017, p. 66.

<sup>179</sup> TARTUCE, 2015, p. 195.

<sup>180</sup> MIRANDA NETTO; SOARES, 2016, p. 114.

mediação, em qualquer fase ou ato a ser praticado por eles, sem apego exagerado às formalidades como acontece, em regra, nos processos judiciais”.<sup>181</sup>

Em se tratando de um procedimento informal, é importante que o mediador tenha um roteiro a seguir, mas ao qual não deve ficar apegado mecanicamente, cortando o “clima de negociação”, apenas para aplicar uma das técnicas que aprendeu em cursos de formação.

Assim como se prepara um encontro de amor, por exemplo, fazendo um jantar, preparando o clima, com música e velas, o mediador precisa preparar o “clima para a mediação”; mas a dinâmica do encontro, os olhares, os sentimentos envolvidos, assim como no jantar mencionado, serão inesperados, ou seja, não poderão ser previstos ou controlados.

Warat adverte que “a maioria das escolas de mediação estão preocupadas em produzir respostas prontas; formam um mediador ensinando-lhe a planejar como ajudar as partes a chegar a um acordo”.<sup>182</sup>

O foco da mediação são as pessoas, os verdadeiros protagonistas, e não as normas ou o procedimento. Portanto, a mediação precisa contar com ambiente informal, privilegiando o processo interativo das partes. Ou seja, na medida em que avançam as partes, a intervenção do mediador no processo de comunicação diminui.

#### *4.3.3.7 Confidencialidade*

A confidencialidade estabelece que o mediador precisa guardar sigilo a respeito das informações obtidas na sessão de mediação, salvo quando autorizado expressamente pelas partes, por determinação da lei ou quando necessário para o cumprimento de acordo, conforme o art. 30 da Lei de Mediação. O princípio aplica-se a todas as pessoas que tenham participado direta ou indiretamente do procedimento. Trata-se de uma diretriz essencial para a construção da confiança das partes diante do mediador e daquilo que poderão dispor na solução mutuamente satisfatória.

Segundo Adolfo Braga Neto,

A mediação pressupõe a confidencialidade, no sentido de que informações, fatos, relatos, situações, propostas e documentos trazidos, oferecidos ou produzidos ao longo de seu processo

---

<sup>181</sup> RODRIGUES, 2017, p. 66-67.

<sup>182</sup> WARAT, 2004, p. 36.

serão cobertos pelo manto do sigilo, não podendo ser revelados a pessoas que dele não participam. Esse sigilo inclui o processo como um todo. Caso se desenvolva em reuniões separadas, ele também deverá ser preservado, **sendo que o mediador somente revelará alguma informação de uma pessoa a outra com autorização daquela que ofereceu a informação.**<sup>183</sup>

Nesses termos, a confidencialidade não tem caráter absoluto, pois pode ser renunciada pelas partes, de forma a permitir ao mediador revelar informações à outra parte.<sup>184</sup>

Se o caso exige a ausência de exposição pública do conflito, por se tratar de uma relação familiar ou empresarial, por exemplo, a mediação possibilita a preservação das relações entre as partes e o sigilo das informações da controvérsia, ou seja, não se pode divulgar as informações prestadas na mediação, salvo exceções que a lei elenca.

Isso é um grande diferencial, pois sabe-se que o processo, muitas vezes, alimenta a animosidade entre as partes e até mesmo cria novos conflitos. Já a mediação pode ajudá-las a aceitar o fim de uma relação e seguir em frente, o que favorece a resiliência. A possibilidade de discussão de sentimentos e interesses, além das questões meramente jurídicas, torna a mediação um meio muito eficaz de solução de conflitos porque traz maior satisfação às partes.

Segundo Lia Regina e Adolfo Braga Neto, a confidencialidade “Significa que fatos, situações, documentos, informações e propostas expostos durante a mediação, sejam mantidos sob o necessário sigilo [...]”.<sup>185</sup>

Caso haja quebra da confidencialidade, lembra Yara Rodrigues que, no caso das partes, pode ser recomendada a mesma sanção prevista para a quebra de contrato, com o pagamento de perdas e danos pela parte descumpridora do dever. Por outro lado, se a quebra da confidencialidade ocorrer por parte do mediador, será aplicada a sanção correspondente ao Código de Conduta para Mediadores. O mediador judicial que viole a confidencialidade terá uma grave punição: a exclusão do cadastro,<sup>186</sup> nos

<sup>183</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 91-92, sem grifos no original.

<sup>184</sup> MIRANDA NETTO; SOARES, 2016, p. 112.

<sup>185</sup> SAMPAIO, Lia Regina; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos?** São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 96.

<sup>186</sup> TARTUCE, 2015, p. 210.

termos no art. 173 do NCPC. Para fins penais, não se pode esquecer que a Lei de Mediação, em seu art. 8º, prevê que o mediador é equiparado a servidor público.<sup>187</sup>

É importante ressaltar que devem ser observadas as confidencialidades interna e externa. A externa diz respeito ao que acontece dentro da mediação, e a interna, às sessões de *caucus*, em que só podem ser reveladas as informações consentidas pela parte.

#### 4.3.3.8 *Decisão informada*

Trata-se de um princípio adotado no NCPC que se traduz no dever de o mediador manter as partes informadas a respeito de seus direitos e do contexto fático no qual estão inseridas em razão da submissão ao procedimento da mediação. Essa diretriz tem por escopo evitar acordos abusivos e está ligada ao princípio da isonomia das partes. Sua aplicação compreende “todas as etapas da mediação e até mesmo os contatos que precedem o processo”.<sup>188</sup>

Contudo, o mediador não pode prestar orientação jurídica às partes, missão que é do advogado, que precisa informá-las a respeito do processo de mediação, sobre os direitos envolvidos no conflito e sobre as vantagens e desvantagens da utilização da mediação. Por isso se diz que o advogado é um aliado do mediador, ao trazer segurança ao trabalho do terceiro imparcial<sup>189</sup>. Nesses termos, a decisão informada diz respeito ao que o mediador precisa esclarecer à parte com relação a seu papel, sobre como funciona a mediação, entre outros.

#### 4.3.3.9 *Competência*

A competência prevista no Código de Ética do Mediador não se confunde com a competência do processo judicial, que diz respeito a divisão da atuação jurisdicional. Aquela significa que o mediador deve possuir a qualificação necessária que o habilite para atuar como facilitador.

---

<sup>187</sup> RODRIGUES, 2017, p. 71-72.

<sup>188</sup> MIRANDA NETTO; SOARES, 2016, p. 115.

<sup>189</sup> LAWRENCE, James. Mediation advocacy: partnering with mediator. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 15, n. 2, p. 425-442, 2000.  
Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/osjdr/issues/volume-11-20/>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

Segundo Adolfo Braga Neto, “o mediador deverá comprovar capacidade para efetivamente mediar o conflito de maneira eficaz e eficiente, reunindo os requisitos mínimos e as qualificações necessárias para coordenar o processo”.<sup>190</sup>

De acordo com o art. 11 da Lei de Mediação, para atuar na mediação judicial, o profissional deverá ser graduado há pelo menos 2 anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e obter a 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 CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

Para ser competente na mediação extrajudicial, conforme o art. 9 da Lei de Mediação, o profissional deverá ser capaz de adquirir a confiança das partes e ser capacitado para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou inscrever-se em um desses.

Segundo Lia Regina e Adolfo Braga Neto, “treinamento, experiência em mediação, habilidades, entendimento das diferenças culturais e outras qualidades são habilidades fundamentais a um mediador, sendo o que o torna competente”.<sup>191</sup>

Desta forma, é a confiança das partes no mediador bem como as habilidades e experiências substantivas adquiridas que o tornam competente para o ofício de mediar conflitos.

#### *4.3.3.10 Imparcialidade*

Em âmbito nacional, conforme lembra Yara Rodrigues, não há na Lei de Mediação e no NCPD uma definição de imparcialidade.<sup>192</sup> Trata-se de uma “essencial diretriz dos meios alternativos de resolução de conflito e representa a equidistância e a ausência de comprometimento de qualquer ordem em relação aos envolvidos no conflito”.<sup>193</sup> Está prevista no Código de Condutas para Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/2010 do CNJ e representa o dever de agir com ausência de

---

<sup>190</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 101-102.

<sup>191</sup> SAMPAIO; BRAGA NETO, 2014, p. 41-42.

<sup>192</sup> RODRIGUES, 2017, p. 61.

<sup>193</sup> TARTUCE, 2015, p. 526.

preferências ou qualquer tipo de preconceito, de forma que os valores pessoais do mediador não interfiram no desenvolvimento do ofício.

Aos mediadores se aplicam as hipóteses de suspeição e impedimento previstas no NCPC, na forma do art. 5º da Lei de Mediação. Contudo, essas hipóteses só são previstas para o mediador judicial.

A respeito da experiência de Portugal, Yara Rodrigues afirma que “a lei de mediação lusitana dispõe sobre os vícios de parcialidade do mediador, porém, deixa omissa, quanto à possibilidade de aceitar o mediador, por acordo expresso das partes. Diferentemente, o Código de Conduta Europeu expressamente disciplina quanto ao seu cabimento”.<sup>194</sup>

Na doutrina brasileira as opiniões se dividem a respeito de ser, ou não, o mediador um terceiro imparcial e neutro. Nas palavras de Warat,

O mediador ajuda as partes a decidirem sem impor seu critério, não tem poder legal para decidir, não emprega a palavra para persuadir, tenta ajudar a solucionar a controvérsia sem centrar tudo na adjudicação da justiça às partes, facilita o esclarecimento da posição e o grau de participação das partes no conflito. Tudo isto o torna, abstratamente, um intermediário imparcial, um condutor neutro.<sup>195</sup>

Warat lembra que as escolas americanas de mediação dão importância ao perfil neutro do mediador. Já outras escolas defendem a radicalização do caráter imparcial ou neutro do mediador, inclusive como uma das principais notas de diferenciação da mediação com relação às outras técnicas tradicionais de resolução das controvérsias jurídicas.<sup>196</sup> Para os que diferenciam a neutralidade de imparcialidade, entendem a neutralidade como dever do mediador de abster-se de conduzir o processo influenciado por condutas e valores baseados em suas percepções pessoais.

Como o mediador não decide, não se pode colocar em questão a neutralidade de sua atividade. Diz-se que o juiz também deve ser imparcial ao tomar decisões pelas partes. Entretanto, sustenta-se que a origem e a fonte dessa imparcialidade provêm da lei. O juiz toma uma

---

<sup>194</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 64.

<sup>195</sup> WARAT, 1998, p. 49.

<sup>196</sup> Ibid., loc. cit.

decisão objetiva, derivada dos conteúdos legais, da doutrina, dos princípios gerais do Direito e dos valores fundamentais expressos nos dispositivos constitucionais. Detém uma imparcialidade imaginária.<sup>197</sup>

Conforme lembra Gabbay, Faleck e Tartuce, o mediador atua com isenção, no sentido de não instigar os envolvidos a adotar qualquer conduta, mas isso não implica comprometer a empatia do mediador em seu trato com as partes.<sup>198</sup>

A imparcialidade significa, portanto, que o mediador precisa atuar sem favoritismos sendo ele responsável por criar espaços transacionais entre as partes (afetivos, informativos e comunicativos).

#### *4.3.3.11 Autonomia da vontade das partes*

Conhecida também como “autoridade dos mediandos” ou “princípio da autodeterminação”, consagra “o poder concedido às partes de definir todos os pontos a serem tratados no processo, desde o seu início até o final”.<sup>199</sup>

Conforme Yara Rodrigues, “No Direito Brasileiro, o atual CPC é estruturado de forma a privilegiar os meios de resolução autocompositivas de conflitos”.<sup>200</sup> A partir dessa nova realidade, a autonomia pressupõe que as partes são livres para escolher o mediador, para estabelecer o número de sessões que vão realizar, para desistir a qualquer tempo do procedimento e para tomar suas próprias decisões de acordar ou não. Isso quer dizer que “qualquer restrição a essa liberdade poderá gerar a nulidade de todo o processo de mediação”.<sup>201</sup>

Na mediação, diferentemente do processo judicial, o facilitador nada impõe às partes, que irão trabalhar em conjunto para a construção de uma solução criativa que considere os interesses de todos. Portanto, a autonomia da vontade das partes permite ao cidadão dar-se conta que pode decidir seu próprio destino.

Para Warat, o princípio da autonomia devolve ao cidadão a oportunidade de resolver seus próprios conflitos, depois de décadas em que foi forçado a crer que era melhor o Estado tomar as medidas decisivas sobre suas próprias situações de insatisfação.<sup>202</sup>

---

<sup>197</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>198</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 52.

<sup>199</sup> MIRANDA NETTO; SOARES, 2016, p. 116.

<sup>200</sup> RODRIGUES, 2017, p. 67.

<sup>201</sup> Ibid., p. 68.

<sup>202</sup> WARAT, 2004, p. 114.

Segundo Lia Regina e Adolfo Braga Neto, a autonomia da vontade:

[...] significa garantir às partes o poder de optarem pelo processo uma vez conhecida essa possibilidade, administrar o conflito da maneira que bem desejarem ao estabelecer diferentes procedimentos e total liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo.<sup>203</sup>

Questão debatida na doutrina diz respeito à obrigatoriedade do comparecimento à sessão de mediação conforme previsto no NCPC. A seguir veremos em detalhes argumentos contra e a favor.

#### *4.3.3.12 Respeito à ordem pública e às leis vigentes*

O princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes impõe o respeito ao marco legal sem vulnerabilidade da lei. Ou seja, o mediador precisa velar para que eventual acordo não viole a ordem pública ou contrarie as leis.

Conforme leciona Ravi Peixoto,<sup>204</sup> esse princípio se relaciona com o princípio da decisão informada. Segundo ele, se houver desigualdade na informação prestada para as partes (decisão informada), o respeito à ordem pública e às leis vigentes não será satisfeito porque um envolvido poderá obter vantagens em relação ao outro, podendo até impor sua vontade e alcançar um acordo que somente lhe satisfaça, em prejuízo à outra pessoa. Contudo, não é demais lembrar que na mediação deve triunfar a vontade das partes, ou seja, a opinião do advogado ou do mediador sobre o acerto ou não de um entendimento não é capaz de impedir a realização de um acordo se as partes assim o desejarem.

#### *4.3.3.13 Empoderamento*

O empoderamento diz respeito à transformação interna que possibilita que pessoas ou instituições realizem mudanças que as façam

---

<sup>203</sup> SAMPAIO; BRAGA NETO, 2014, p. 39.

<sup>204</sup> PEIXOTO, 2015, p. 104-105.

evoluir.<sup>205</sup> O verbo “empoderar” refere-se ao ato de dar ou de conceder poder para alguém e representa a ação de atribuir domínio sobre determinada situação, condição ou característica. Nesse sentido, a mediação empodera o cidadão na medida em que ele aprende a se tornar protagonista de suas decisões e, a partir da experiência adquirida durante a mediação, pode melhor trabalhar seus conflitos futuros. O empoderamento, portanto, é essencial para que prevaleça o princípio da autonomia, que dá às partes o poder de construir soluções duradouras a seus conflitos.

Para Egger, o empoderamento

[...] pode ser entendido com um fortalecimento do protagonista, ou seja, como algo que se dá dentro de uma relação, pelo qual as pessoas fortalecem aqueles recursos que lhes permitem ser um agente, um protagonista de sua vida ao mesmo tempo em que se fazem responsáveis por suas ações.<sup>206</sup>

Como visto na mediação transformativa, a mediação promove mudanças nas percepções pessoais de fragilidade das partes<sup>207</sup> para que ocorra o empoderamento, entendido como a tomada de consciência ao interagir no espaço decisório.<sup>208</sup>

Existem evidências de que os meios consensuais empoderam:

[...] a) promovem a resiliência, pois encorajam o “seguir em frente”; b) incentivam a escuta ativa, o que leva a uma adequada tomada de decisão, mais rica em informações; c) estimulam a empatia, elevando o nível de confiança entre as partes e d) favorecem o aumento da coesão interna e da promoção da autonomia dos membros da comunidade, que se tornam os “juizes” das suas próprias causas.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 64.

<sup>206</sup> EGGER, 2008, p. 120.

<sup>207</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 89.

<sup>208</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 48.

<sup>209</sup> GOULART, Juliana Ribeiro; GONÇALVES, Jéssica. **A conciliação e a mediação empoderam?** Florianópolis: Empório do Direito, 2016a.

Todos os dias a vida apresenta situações de conflito, em que há a oportunidade de melhorar a qualidade dos relacionamentos. A mediação, por envolver vários saberes em seu corpo teórico, oferece diversas estratégias e ferramentas para criar mais conexão, empatia, confiança e credibilidade nas relações. Esse conhecimento oferece a oportunidade de uma transformação interna capaz de impactar positivamente na forma com que as pessoas se relacionam e lidam com os problemas.<sup>210</sup>

Desta forma, o empoderamento diz respeito à tomada de consciência das partes do protagonismo que cabe a elas na resolução do conflito, promovendo a noção de responsabilidade para lidar com controvérsias futuras.

#### 4.3.3.14 Validação

É dever do mediador estimular os interessados a se perceberem reciprocamente como seres humanos que merecem atenção e respeito.

A validação consiste em encontrar espaço para dialogar sobre questões, interesses e sentimentos envolvidos no conflito.<sup>211</sup> Trata-se de um processo que se origina ainda na infância – entre pais e filhos – e que fortalece os vínculos entre as pessoas.<sup>212</sup>

Conforme adverte Fabiana Marion Spengler, durante o desenrolar do processo de mediação, diversos sentimentos irão se manifestar: “ressentimento, ódio, frustração, inveja, ciúmes, medo, mágoa, amor... que devem ser identificados para que a parte se sinta adequadamente ouvida e compreendida”.<sup>213</sup>

---

Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/a-mediacao-e-a-conciliacao-empoderam-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves/>>.

Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>210</sup> GOULART, Juliana Ribeiro; GONCALVES, Jéssica. **Rapport**: como estabelecer uma relação de confiança usando técnica da Mediação de Conflitos. Florianópolis: Empório do Direito, 2016b. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/rapport-como-estabelecer-uma-relacao-de-confianca-usando-tecnica-da-mediacao-de-conflitos>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>211</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 124.

<sup>212</sup> LEAHY, Robert L.; TIRCH, Dennis; NAPOLITANO, Lisa A. **Regulação emocional em psicoterapia**: um guia para o terapeuta cognitivo comportamental. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 38.

<sup>213</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação**: técnicas e estímulos. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 49.

O facilitador não precisa concordar ou tomar partido em razão daquilo que escuta. Contudo, deve fazer com que a parte se sinta respeitada em suas escolhas. Nesse sentido, a validação fortalece o vínculo de confiança com o mediador.

#### 4.3.4 Sujeitos

Segundo a Lei de Mediação, qualquer pessoa jurídica ou física dotada de capacidade civil pode utilizar a mediação de conflitos.

Warat lembra que a mediação faz parte da cultura e do imaginário americano, que defende até as últimas consequências o direito à autodeterminação (decidir por si), porque, inclusive, lá costumam tentar decidir o destino dos marginalizados no mundo. Contudo, importar o modelo americano para a cultura latino-americana pode não funcionar com o mesmo grau de sucesso. No caso da Argentina, por exemplo, não houve a adaptação do povo a uma cultura tão diversa.<sup>214</sup>

Já a experiência recente em mediação no Brasil mostra que a cultura preponderante é a adversarial, tendo a prestação jurisdicional se afirmado ao longo do tempo como o melhor caminho para pacificar os conflitos.<sup>215</sup>

Nas palavras de Neto,

A cultura que está arraigada no povo brasileiro é a adversarial, fazendo com que sempre sejam procuradas soluções impositivas de terceiros, já que as partes não conseguem sozinhas chegar a um entendimento satisfatório, enquanto a mediação tem a fundamental importância de favorecer a comunicação, fazendo com que as pessoas trabalhem juntas na busca do equilíbrio e não na conquista de um título executivo.<sup>216</sup>

No Brasil, a travessia da cultura da sentença para a do diálogo desafia principalmente a educação jurídica. Isso porque a educação para a mediação envolve práticas que precisam contar com o ensino de

---

<sup>214</sup> WARAT, 1998, p. 28.

<sup>215</sup> TARTUCE, 2015, p. 97.

<sup>216</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 246.

habilidades e competências, valores e atitudes<sup>217</sup> há muito negligenciados pelo ambiente acadêmico, que esteve por bastante tempo preocupado em analisar normativamente o litígio ou em apenas criticar esse cenário.

Os advogados, por exemplo, em sua maioria, tiveram formação jurídica centrada na disputa judicial, ou seja, no embate, e quase nada na construção do consenso,<sup>218</sup> o que revela um “grande óbice ao uso mais intenso dos meios alternativos de resolução de conflitos”.<sup>219</sup>

Na opinião de Francisco Maia Neto,

Tanto o mediador quanto o advogado precisam buscar capacitação para atuarem na mediação, tendo em vista que várias das habilidades necessárias para este procedimento não são adquiridas no meio acadêmico, mas na prática pessoal e profissional, advinda de experiências transdisciplinares, bem como por meio de formação específica [...].<sup>220</sup>

Os juízes e os membros do Ministério Público também não ficam de fora, pois precisam atuar proativamente para o estímulo da solução consensual, razão pela qual é necessário que as escolas de formação dessas carreiras incluam em seu conteúdo questões atinentes aos meios não adversariais, em consonância com o art. 3º, § 3º, do CPC/2015.<sup>221</sup>

Uma forma de se iniciar essa mudança cultural, portanto, é criando disciplinas nas faculdades de Direito que abordem os meios consensuais, bem como sua inserção no exame da OAB e nos editais dos concursos

<sup>217</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Desafios pedagógicos para docentes e praticantes da mediação de conflitos no Brasil. In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Org.). **Temas de mediação e arbitragem**. São Paulo: Lex, 2017, p. 75.

<sup>218</sup> LIMA JÚNIOR, Asdrúbal Nascimento. Os desafios da mediação no Brasil. In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Org.). **Temas de mediação e arbitragem**. São Paulo: Lex, 2017, p. 57.

<sup>219</sup> TARTUCE, Fernanda. Mediação em conflitos contratuais e indenizatórios. In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Org.). **Temas de mediação e arbitragem**. São Paulo: Lex, 2017, p. 145.

<sup>220</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 246.

<sup>221</sup> LIMA JÚNIOR, 2017, p. 57.

públicos, além da necessária divulgação e conscientização social, especialmente da comunidade jurídica.<sup>222</sup>

Para que uma mudança ocorra, o jurisdicionado também precisa se conscientizar de sua condição de protagonista nas relações em que se envolve. Em vez de se socorrer da tutela judicial, deve considerar primeiramente em que medida pode por si mesmo encaminhar saídas proveitosas para seus conflitos. Na opinião de Tartuce, a dignidade humana “inclui o poder de autodeterminação, razão pela qual deve o indivíduo conduzir-se com a maior autonomia possível na definição de seu próprio problema”.<sup>223</sup>

Por essa razão, é altamente recomendável a mediação nos ambientes escolares, como um local fértil para o investimento em uma nova cultura, que não pode apenas ser imposta legalmente. Com certeza, parte dos alunos de hoje será usuária do sistema de justiça de amanhã, e por isso a necessidade da educação para a gestão dos conflitos, promovendo-se a cidadania responsável, que conte com uma noção desenvolvida de autodeterminação.

Da análise da Lei de Mediação e com base no Manual de Mediação do CNJ é possível concluir que os sujeitos da mediação de conflitos são:<sup>224</sup> a) partes; b) representantes legais; c) mediador; d) comediador; e) juiz. Acrescentam-se ainda a essa lista os membros do Ministério Público, em virtude do comando previsto no art. 3º, § 3º, do NCPC.

#### *4.3.4.1 Partes*

São os envolvidos no conflito, os verdadeiros protagonistas, aqueles que podem influenciar no resultado da mediação. A participação é voluntária, e não se admite nenhum tipo de imposição.

As partes podem chegar ao processo de mediação de várias maneiras: a) mediante prévio acordo com a outra parte; b) por decisão individual; c) por conselho de seu representante legal; d) por determinação legal em caso de submissão obrigatória ao processo de mediação; e) em razão de convite feito pela outra parte.<sup>225</sup>

Independentemente da forma como chegaram ao processo de mediação, em geral algumas pessoas encontram dificuldades de seguir em

---

<sup>222</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 246.

<sup>223</sup> TARTUCE, 2015, p. 97.

<sup>224</sup> BRASIL, 2016.

<sup>225</sup> ALOISIO, 1997, p. 28.

frente. Já outras possuem a enorme capacidade de enfrentar adversidades, conflitos e traumas, e sair deles recuperadas.<sup>226</sup> É o que se chama de resiliência. Annie Dymetman explica como funciona essa capacidade:

[...] a resiliência é um exemplo de noções desenvolvidas na Física, que posteriormente são adotadas pelas Ciências Sociais e Humanas. Em termos da Física, grosso modo, o conceito de resiliência significa que um material como o metal, por exemplo, se sofrer forte pressão e perder sua forma e volume inicial, caso a pressão sobre ele cesse em seu ponto de resiliência, ele tem a capacidade de retomar formato e volume anterior e, inclusive, até, de aumentá-lo.<sup>227</sup>

Em outras palavras, a mediação é uma forma de tomar contato com habilidades muitas vezes desconhecidas, capaz de revelar as forças internas das partes para o enfrentamento dos conflitos da vida. Mostra, assim, que é mais do que um mecanismo para solucionar conflitos; é também um caminho para fazer as pessoas perceberem que dificuldades são inevitáveis, mas que é possível que se saia recuperado delas, seguindo em frente, na esteira do provérbio africano “árvore que enverga ao vento não quebra”.<sup>228</sup>

A mediação considera o lugar afetivo do outro e inspira uma ética medida pela compaixão.<sup>229</sup> Ela ensina que não é preciso enfrentar todas as crises com agressão, sofrimento e dor, pois o bem-estar do outro pode trazer a paz por saber que se fez o melhor possível.<sup>230</sup>

Para concretizar isso na sessão de mediação, as partes poderão ser assistidas por advogados ou por defensores públicos. Caso uma delas

---

<sup>226</sup> MELLILO, Aldo; SUÁRES OJEDA, Élbio Nestor (Org.). **Resiliência:** descobrindo as próprias fortalezas. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 92.

<sup>227</sup> DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos:** dissolver para resolver. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011, p. 123.

<sup>228</sup> GOULART, Juliana Ribeiro; GONCALVES, Jéssica. **Resiliência e o enfoque prospectivo da mediação de conflitos.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/resiliencia-e-o-enfoque-prospectivo-da-mediacao-de-conflitos/>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>229</sup> WARAT, 2004, p. 150.

<sup>230</sup> Id., 1998, p. 149.

compareça acompanhada de seu representante legal e a outra não, o mediador suspenderá o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas (art. 10, parágrafo único, do NCPC). Segundo o Código, se uma das partes desejar mediar, a outra será obrigada a comparecer sob pena de pagar multa em caso de ausência injustificada.

Já no Direito de Família, as partes devem comparecer para tratativas amigáveis, conforme o art. 694 do NCPC. Esse necessário comparecimento poderia ser chamado, na visão de Warat, de “mediações de uma só parte, na qual a outra é convocada como fantasma”,<sup>231</sup> já que vai até o Poder Judiciário por obrigação, mas, por óbvio, não será obrigada a permanecer em ambiente de mediação.

Questão interessante é que no modelo judicial anterior, “os sujeitos acionavam a justiça, para resolver o conflito, baseado na posição apresentada por cada um no bojo do processo, e não nos interesses ou intenções que impulsionaram o Judiciário”.<sup>232</sup> Hoje poderão tratar de temas outros que não apenas os jurídicos, trazendo à tona interesses, questões e até mesmo sentimentos, ainda que não consignados na petição inicial.

#### *4.3.4.2 Representantes legais*

A Lei de Mediação não diz se a participação do advogado na sessão de mediação será obrigatória; apenas preleciona que todas as partes estejam devidamente assistidas.

Nesses termos, várias interpretações são possíveis, entre elas: a) com base na autonomia da vontade das partes, advogado e parte podem estabelecer as estratégias que desejam para a composição do conflito. Se, no entender deles, for melhor em determinada situação a parte comparecer sozinha, isso deve ser respeitado, até porque ninguém é obrigado a permanecer em procedimento de mediação se assim não o desejar; b) a assistência e a presença na sessão são obrigatórias; c) a presença de advogado é facultativa; e d) a presença do advogado deve ser dispensada.

Maia Neto se posiciona no sentido de que a mediação considera os advogados participantes naturais do processo, já que desempenham papel fundamental em todos os momentos da atividade.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>232</sup> RODRIGUES, 2017, p. 112-113.

<sup>233</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 101.

Quanto à participação do advogado na sessão de mediação, Adolfo Braga entende que, “caso os advogados não participem de maneira presencial ao longo do processo, é imprescindível que acompanhem seus clientes durante todo o seu andamento, a fim de conhecer passo a passo as evoluções alcançadas”.<sup>234</sup> Isso porque existe a possibilidade de que a parte esteja sendo assistida por advogado, mas prefira participar sem ele no momento da sessão, de forma a não constranger a outra parte ou a não dar a impressão de que a presença do advogado lembre uma postura de competição, que não favorece o clima de entendimento. Assim, fica claro que o advogado precisa saber se portar diante dos mecanismos consensuais.

Relembra-se que os advogados, em sua maioria, tiveram formação jurídica centrada na disputa judicial, ou seja, no embate, e quase nada na construção do consenso,<sup>235</sup> o que pode dificultar a criação de espaços transacionais.

É usual a frase “o advogado é o primeiro juiz da causa”, já que é ele o primeiro a ouvir o cliente e a perceber as possibilidades e os limites do ordenamento jurídico e das instituições quanto aos interesses postos em jogo,<sup>236</sup> de sorte que o encaminhamento da causa, após a realização de uma filtragem adequada, pode significar importante diferença no resultado da composição do conflito.

Sob o ponto de vista da eficiência, nem todos os casos levados ao conhecimento do advogado merecem ser ajuizados. Alguns, a depender do risco, podem ser encaminhados para uma tentativa de negociação prévia, por exemplo. Outros, a depender do tipo de direito e da relação envolvida, podem ser encaminhados para a mediação de conflitos. Por exemplo, em um conflito familiar entre casais que tem filhos, em que as relações são duradouras, a mediação é muito bem-vinda. Isso se dá dentro da perspectiva multiportas, em que o advogado fará uma filtragem adequada da causa e dará um ou outro encaminhamento a partir da análise de cada caso concreto.

Estando o advogado em processo de mediação, recomenda-se que não entre em competição com o mediador, que não assuma o lugar de protagonismo das partes, nem litigue com o advogado da parte contrária.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> BRAGA NETO, 2017, p. 61.

<sup>235</sup> LIMA JÚNIOR, 2017, p. 57.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>237</sup> ALOISIO, 1997, p. 49.

O advogado que atua ou que pretende atuar na mediação, portanto, deve não só ter o cuidado de informar à parte que representa a respeito dos direitos envolvidos no litígio, mas também encorajá-la a participar dos meios consensuais de tratamento de conflitos, conforme disciplina o Código de Ética da OAB e o NCPC.

Segundo Francisco Maia Neto,

O advogado deve, primeiramente, verificar se a mediação é o meio adequado ao conflito e ao cliente, e havendo indicação, na fase da pré-mediação é preciso adotar cuidados específicos e diferentes de uma audiência judicial, devendo primeiramente informar ao seu cliente sobre a natureza do processo de mediação, bem como sobre a diferença entre este instituto e os demais mecanismos, sejam eles autocompositivos ou heterocompositivos.<sup>238</sup>

Contudo, ainda se fala em resistência por parte da advocacia para aderir ao modelo consensual de justiça. Como lembra Yara Rodrigues, “até os dias atuais, percebe-se incontáveis advogados, que desde o recebimento do cliente no escritório até a tramitação final do processo, encarnam um vício de litigar até esgotar o último recurso”.<sup>239</sup> O advogado que quiser participar desse novo modelo não pode continuar a executar essas funções tradicionais agora no processo de mediação, pois a forma e o contexto em que essas funções são executadas são muito diferentes. A distinção vital entre os dois papéis é que a mediação é um processo não contraditório, através do qual as partes são incentivadas a assumir a responsabilidade de resolver o conflito.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira Rocha; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 246-247.

<sup>239</sup> RODRIGUES, 2017, p. 107.

<sup>240</sup> RAVINDRA, Geetha. **Role of attorneys in mediation process**. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/disput\\_e\\_resolution/role\\_of\\_attorney\\_in\\_mediation\\_process.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/disput_e_resolution/role_of_attorney_in_mediation_process.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2018.

Outro ponto de debate diz respeito aos honorários advocatícios. É oportuno esclarecer que a opção do cliente pela mediação em nada afeta os honorários do advogado. Para comprovar isso, basta ler o art. 48, parágrafo único, do Código de Ética da OAB, que diz que não se admite diminuição dos honorários em caso de acordo entre as partes. Nos Estados Unidos os advogados adotaram o slogan *Happy clients pay their bills*. Hoje a mediação nos EUA é essencial e dispõe de um grande apoio dos advogados.<sup>241</sup> Segundo dados, só 5% das ações são levadas a julgamento.<sup>242</sup>

A doutrina investiga as possíveis explicações para a postura litigante dos advogados. Uma das respostas diz respeito ao reconhecimento tardio dos meios não adversariais nas faculdades de Direito, que negligenciaram o conhecimento que envolvia o consenso, como a negociação e a prevenção dos conflitos, e focaram no mecanismo adjudicatório e adversarial de conflitos.<sup>243</sup>

Do ponto de vista normativo, como lembra Yara Rodrigues as alterações feitas pelo microsistema normativo são obrigatórias, e do ponto de vista social não serão vistas com bons olhos as universidades e instituições que resistirem a essas mudanças.<sup>244</sup>

Ao ajudar a parte a tomar decisões informadas sobre o processo de mediação, antes de seu início o advogado incentiva o cliente a assumir a responsabilidade de resolver o litígio, coerente com os princípios da mediação.

Assim, o advogado precisa explicar à parte a natureza do processo de mediação, o que esperar durante a mediação, a lei pertinente que rege o processo de mediação e como o processo de mediação complementa os procedimentos judiciais. O advogado precisa aconselhar a parte sobre a lei de direito material relevante para o caso. Isso permite que ela compreenda a gama de discordâncias possíveis se o caso for levado ao Estado-juiz. Por exemplo, em um caso de pensão alimentar para ex-

---

<sup>241</sup> MOTA, 2016, p. 25.

<sup>242</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. **O mediador na Resolução 125/2010 do CNJ**: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016, p. 269.

<sup>243</sup> ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos**: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de Direito. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 93.

<sup>244</sup> ZAMBONI, 2016, p. 110.

cônjuge, o advogado pode aconselhar a parte sobre a gama de consequências sob sua responsabilidade, a possibilidade de uma condenação judicial, entre outros.<sup>245</sup>

O conselho ajuda a parte a entender que pode haver mais de uma solução que atenda a suas necessidades, para que considere várias opções até que se encontre uma solução que satisfaça os interesses de todos. Ou seja, diante do modelo de justiça multiportas, o advogado aconselha, opina, ensina e orienta o cliente.

O advogado pode orientar a parte definindo se ele deve frequentar as sessões de mediação ou não. O advogado pode, ainda, consultar e aconselhar a parte antes e depois da sessão, e pode aconselhar a parte sobre quando seria prudente interromper a sessão de mediação para consultar o advogado em busca de informações e conselhos adicionais. Em alguns casos, a parte e o advogado podem estabelecer que este fique disponível por telefone ou outro meio em tempo real para consulta enquanto a mediação está sendo conduzida.<sup>246</sup>

Os advogados que pretendem atuar como mediadores, na condição de terceiro imparcial, precisam ter em mente que: a) não respondem dúvidas jurídicas nem prestam consultoria; b) não podem sugerir proposta de acordo; c) devem operar na lógica do sistema consensual, e não do contencioso; d) devem promover o protagonismo das partes; e) devem usar linguagem apropriada, sem “juridiquês”, para que as partes compreendam melhor o procedimento; f) devem se comunicar de forma empática; g) sua principal função é escutar; h) não devem expressar opiniões pessoais ou julgamentos morais a respeito dos fatos trazidos; i) devem entender que, quando na atividade de mediador, devem esquecer que são advogados; e j) devem atuar de forma imparcial, sem tomar partido.

Sobre o fato de os advogados exercerem o ofício do mediador, Warat faz importante ressalva. Segundo ele, todo mediador (formado nos moldes tradicionais das faculdades de Direito) tem em si um advogado que não consegue reprimir. Por essa razão, seria recomendável ao mediador que também deseje atuar como advogado no sistema contencioso que avalie se está suficientemente preparado de acordo com os princípios basilares da mediação.

---

<sup>245</sup> RAVINDRA, 2018.

<sup>246</sup> Ibid.

#### 4.3.4.3 Mediador judicial

Em regra, no Brasil adota-se o modelo de terceiro facilitador,<sup>247</sup> ou seja, que não opina e não sugere. É oportuno registrar que pesquisas têm demonstrado que esse modelo produz maior grau de satisfação no usuário do que o modelo de terceiro avaliador,<sup>248</sup> aquele em que o mediador pode sugerir e opinar a respeito das saídas para o conflito.

É o terceiro facilitador, ou o gestor do conflito, comprometido com a recondução do diálogo entre as partes para que elas componham a disputa e restaurem seus processos de comunicação, sem impor ou sugerir soluções. Segundo Warat, o mediador auxilia as partes a decidirem sem impor critérios, não tem poder legal para decidir, não emprega a palavra para persuadir, mas tenta ajudar a solucionar a controvérsia ao esclarecer a posição e o grau de participação das partes no conflito.<sup>249</sup>

Dessa forma, “como um intermediário imparcial, um condutor neutro”,<sup>250</sup> sem autoridade judicial, o mediador não se confunde com o juiz, pois não tem o propósito de julgar a causa, tampouco apontar culpados e inocentes. Em situação de igualdade e simetria entre os participantes, não indica a solução, apenas promove o diálogo, retira das pessoas o julgamento e as acusações mútuas, e esclarece as vantagens do caminho cooperativo. Na definição de Adolfo Braga Neto,

O Mediador pode ser melhor definido como um facilitador da comunicação entre os mediados, uma vez que ele passa a trabalhar em conjunto com eles no sentido de auxiliá-los, em razão de um trabalho cooperativo, que deverá ser comum entre todos os envolvidos. **Esse conceito cooperativo possibilitará que os mediados não se enfrentem (daí ser uma técnica não adversarial), mas sim se solidarizem, assumindo o problema e buscando uma solução satisfatória para eles próprios.** Dessa cooperação dependerá o trabalho investigativo, durante as sessões, inerente à atividade desempenhada pelo Mediador, pois dele dependerá muito atingimento da descoberta dos

---

<sup>247</sup> RODRIGUES, 2017, p. 59.

<sup>248</sup> Ibid., p. 60, Nota 117.

<sup>249</sup> WARAT, 1998, p. 49.

<sup>250</sup> Ibid., loc. cit.

reais interesses, necessidades e anseios dos mediados.<sup>251</sup>

Dessa definição conceitual do mediador podem-se apontar suas funções positivas: facilitar a comunicação; elaborar perguntas que gerem mudanças e reflexões; saber ouvir com atenção o relato das pessoas; legitimar o discurso das partes; desenvolver estratégias para que as partes consigam sair de suas posições; manter-se imparcial; e indicar projeções futuras sobre a viabilidade do cumprimento do acordo.

A mediação não é coisa para juristas acomodados.<sup>252</sup> John W. Cooley, autor do livro “A Advocacia na Mediação”, afirma que o mediador é um profissional completo, pois a atividade incentiva os dois lados do cérebro por envolver reações instintivas, intuição, habilidades interpessoais e sensibilidade para com indicadores psicológicos e comportamentais sutis, além do pensamento lógico e racional, fazendo com que muitas pessoas acham muito mais difícil desempenhar o papel de mediador que o de árbitro ou de juiz”.<sup>253</sup>

Para atender a suas funções positivas, o mediador judicial, precisa ser capacitado e treinado nos moldes mínimos estabelecidos na Resolução nº 125 do CNJ.

O mediador judicial encontra previsão no art. 11 da Lei nº 13.140/2015 e pode ser qualquer pessoa capaz graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo MEC 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 CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça. Como o mediador não pode fazer sugestões para o acordo, ele aplica algumas ferramentas para aproximar as partes e facilitar o diálogo.

#### *4.3.4.4 Comediador*

Em alguns contextos pode ser necessário avaliar a contribuição de outro mediador, para atuação conjunta. Sua presença será recomendável em conflitos de certa natureza e complexidade, desde que haja a

---

<sup>251</sup> BRAGA NETO, 1999, p. 94.

<sup>252</sup> WARAT, 2004, p. 245.

<sup>253</sup> COOLEY, 2001, p. 27.

concordância das partes. Será utilizado, por exemplo, em uma causa que envolva uma empresa familiar entre sócios casados que tenham filhos. Nesse caso, será possível contar com o auxílio de um mediador formado em Direito e de um formado em Psicologia (art. 15 da Lei nº 13.140/2015 e art. 168, § 3º, do NCPC).<sup>254</sup>

A doutrina aponta como desvantagens da mediação a) a possível existência de conflito entre os mediadores, tornando a mediação mais difícil; b) pode fazer as partes perderem o foco; c) podem os mediadores seguir caminhos diversos do desejado, obstruindo a tarefa e d) pode ser mais demorado do que com apenas um mediador (caso um deles se sinta desrespeitado ou deslegitimado). Entre as vantagens da mediação são mencionadas a) a contribuição do mediador para dar conta de outros aspectos do conflito, b) reforçar a escuta ativa e c) aumentar a sensação de compreensão das partes.<sup>255</sup>

Victoria Aloisio, colhendo da doutrina recomendações sobre como deve ser a interação entre a equipe de mediadores, sugere, para que a mediação seja proveitosa, que os mediadores trabalhem com mediadores compatíveis com sua visão, consultem o outro antes de tomarem decisões e alternem as regras de condução da mediação.<sup>256</sup>

Portanto, para que os mediadores possam contribuir para os processos de comunicação, supõe-se que não pode existir rivalidade entre eles e que precisam estar alinhados com os propósitos da mediação, trabalhando em equipe e em prol dos envolvidos no conflito.

#### 4.3.4.5 Juiz

Antes visto como o último guardião das promessas, referência para indivíduos perdidos que procuram na lei a última referência,<sup>257</sup> o juiz tem diante de si a responsabilidade de estimular os advogados e as partes a se submeterem à mediação. Esse, aliás, segundo Warat, sempre pareceu ser o caminho para uma justiça cidadã e para a formação de juízes cidadãos.

O art. 16 da Lei nº 13.140/2015 permite, se os envolvidos aceitarem a sugestão do juiz da causa, a suspensão do processo por prazo suficiente para o tratamento da questão.

---

<sup>255</sup> ALOISIO, 1997, p. 43-44.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>257</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 21.

Além disso, caso o réu reconheça a procedência do pedido diante dos demais interessados e do mediador, tal fato não pode ser utilizado pelo magistrado para fundamentar a sentença em razão do princípio da confidencialidade, que protege o sigilo das informações prestadas durante o procedimento. Por fim, caso haja acordo que envolva direitos indisponíveis, mas transigíveis, a Lei de Mediação estabelece a necessidade de homologação em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015).

Apesar de hoje os juízes conhecerem as técnicas da mediação, não podem tecnicamente exercer o ofício do mediador. Nesse sentido, o Manual de mediação Judicial do CNJ menciona que se recomenda ao juiz não atuar como mediador. Segundo Alexandre Morais da Rosa, um juiz jamais poderá ser mediador e, se o faz, incide em erro de perspectiva, pois a atuação do magistrado ocorre em uma relação vertical. Destaca o autor que:

[...] o juiz é excluído do dispositivo justamente porque o lugar do juiz é estranho à horizontalidade. Então, qualquer juiz que diz fazer mediação, nos moldes horizontais, incide em erro de perspectiva, porque está confundindo suas funções com o que imagina. O juiz jamais será mediador. Pode, claro, exercer sua função com métodos e práticas da mediação, principalmente no momento da conciliação. **É que o lugar do Mediador é um lugar próprio, ou melhor é um não-lugar.** O mediador é uma figura que tem um certo protagonismo, que deve ir desaparecendo aos poucos, em nome do acordo, como diria Warat.<sup>258</sup>

O CPC, explica Yara Rodrigues, “inovou no sentido de uma menor judicialização dos conflitos e uma maior autonomia dos usuários, assim, exigirá que juízes mudem a forma de gerir o conflito até então praticada, baseada numa relação triangular hierarquizada, e decidida de forma impositiva”.<sup>259</sup>

Contudo, os juízes não poderão atuar como mediadores. Nesses termos, a falta de mediadores não permite a substituição do mediador pelo juiz. Apesar da boa vontade dos magistrados, podem, ainda, não ter a

---

<sup>258</sup> MORAIS DA ROSA, 2018, p. 12, sem grifos no original.

<sup>259</sup> RODRIGUES, 2017, p. 106.

capacitação adequada para exercer o ofício de mediador.<sup>260</sup> Ademais, contaminará sua imparcialidade, pois já terá tido contato com as partes e acesso a informações que não teria se estivesse atuando no âmbito do processo judicial.

Não é demais lembrar que o NCPC estabelece a obrigatoriedade de as partes comparecerem na sessão de mediação antes da citação. A falta de Cejusc e de mediadores acaba fazendo com que, “na prática, magistrados optam em realizar a audiência de mediação, por ausência de Cejusc e mediadores. Contudo, não se percebe uma boa opção, ainda que fundamentado na observância do amplo acesso à justiça, com a imposição legal de introdução da mediação de conflitos nos ambientes da Justiça”.<sup>261</sup>

Assim, o juiz se destaca como incentivador da mediação judicial, estimulando as partes a se submeterem à mediação judicial ou extrajudicial, ocasião em que pode suspender o processo, dando a oportunidade para que as partes encontrem uma saída proveitosa por si sós para seus conflitos.

#### *4.3.4.6 Ministério Público*

O NCPC reconhece que o Ministério Público exerce papel fundamental na difusão da cultura do consenso, não apenas na proteção de certos direitos, mas no sentido de estimular as partes a se submeterem à mediação, podendo recomendar o uso dos meios consensuais nos pareceres ministeriais, inclusive.

Essa nova configuração nos leva a concordar com Warat quando diz que:

[...] precisamos de outros operadores jurídicos, que cumpram mais uma função preventiva, pedagógica e facilitadora da concreção da cidadania. [...] Os sentidos de nossos direitos como cidadão não estão nos textos legais, passam pelos cuidados e as ações que realizaremos para outorgar-lhes sentido em nossa própria experiência existencial. Estamos falando também de operadores preventivos (juízes, promotores, procuradores, advogados) que não

---

<sup>260</sup> Ibid., p. 116.

<sup>261</sup> RODRIGUES, 2017, p. 117.

garantam mais pelo uso da força o cumprimento dos direitos fundamentais.<sup>262</sup>

Na concepção de múltiplas portas e de uma atuação eficiente, o MP atua como incentivador de caminhos de acesso aos direitos fundamentais, fazendo uso de meios instrumentais diversos dos ordinariamente utilizados na justiça adjudicada<sup>263</sup>.

Como visto, a mediação e outros métodos têm influenciado em uma mudança na atuação de juízes, promotores e advogados. Está se alterando o texto mediante a alteração do contexto; um movimento que pode construir a justiça cidadã, que se reconcilia com a sensibilidade sem a culpa de ferir a legalidade.

#### **4.3.5 O Procedimento da Mediação Judicial no NCPC e na Lei de Mediação**

No que diz respeito à mediação judicial, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que será realizada no âmbito do Poder Judiciário e pode ser pré-processual (antes de o processo iniciar seu curso) ou processual (no decorrer do processo).

Segundo a Lei de Mediação, as sessões de mediação são realizadas nos Cejusc (art. 24 da Lei); os mediadores não estão sujeitos a prévia aceitação das partes (art. 25 da Lei); as pessoas serão assistidas por representantes legais (art. 26 da Lei); se a petição inicial preencher os requisitos, o juiz designará a sessão de mediação (art. 27 da Lei); o procedimento deverá ser concluído em até sessenta dias (art. 28 da Lei); se houver acordo, o juiz o homologará por sentença, desde que requerido (art. 28, parágrafo único, da Lei).

De início, o art. 3º do NCPC elevou os métodos consensuais à categoria de direito fundamental de acesso integral à ordem jurídica justa.

---

<sup>262</sup> WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas à 1ª ed. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XII.

<sup>263</sup> SALTZ, Alexandre Sikinowski. **De fiscal da lei à Fiscal da Ordem Jurídica**. A solução consensual dos conflitos como novo Espaço de Atuação Institucional. In: DIDIER, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 253.

Da mesma forma, expressamente, consignou que os conflitos serão resolvidos, preferencialmente, pelos meios não adversariais.

Na mediação judicial, portanto, o conflito se torna litígio, pois a voz da parte foi transformada em pedido pelo advogado, o que reduz as possibilidades de diálogo se comparado com o endereçamento à mediação extrajudicial.

Antes que o microsistema normativo da mediação fosse completado, Warat expressou que “os litígios (forma jurídica redutora dos conflitos) não podem ser submetidos à mediação”.<sup>264</sup> Nas palavras de Juliana Loss, a “estrutura processual autor-réu reflete posições adversariais que não permitem uma reflexão sobre a questão sob a perspectiva colaborativa”.<sup>265</sup> Por esse motivo, portanto, a mediação judicial se enquadra como forma *sui generis* de mediação, pois consignada pelo NCPC, em regra, como etapa do processo judicial. Estabelecida a obrigatoriedade de presença ou comparecimento das partes, fere-se o princípio da autonomia da vontade, um dos princípios basilares da mediação. O argumento de que a obrigatoriedade de participação serve para que as partes conheçam o instituto não justifica que se ignore esse princípio-chave.

Feitos tais esclarecimentos, o procedimento da mediação de conflitos é totalmente diferente do previsto para o processo judicial.<sup>266</sup> Isso significa que o profissional do Direito precisa tomar conhecimento da mediação judicial que não se encerra apenas no NCPC e na Lei de Mediação. É imprescindível conhecer aspectos doutrinários outros e também aprender a se portar diante dessa forma consensual para que se possam abordar os conflitos de forma eficaz.

No procedimento da mediação judicial, quando recebida a petição inicial, diz o art. 334 do NCPC que o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência. A doutrina entende haver uma impropriedade técnica quando se lê

---

<sup>264</sup> WARAT, 1998, p. 33.

<sup>265</sup> ANDRADE, Juliana Loss. Magistratura e mediação. In: DIDIER, Fredie (Coord.). **Justiça multipostas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 217.

“audiência de conciliação” ou “audiência de mediação” porque deveria ter sido adotado o termo “sessão de mediação”.<sup>267</sup>

Os casos que são levados ao Judiciário serão encaminhados pelo juiz aos centros judiciários de solução consensual de conflitos, que devem ser criados pelos tribunais. Ao juiz cumpre estimular os meios consensuais e recomendar o mais indicado, mas não poderá atuar como mediador. Apesar de os Cejusc serem organizados pelo Poder Judiciário, o motivo de sua existência deve ser entendido em conjunto com a atividade adjudicatória, fazendo com que o jurisdicionado tenha múltiplas formas de acesso aos meios consensuais.<sup>268</sup>

Fechados esses parênteses, o art. 334, § 5º, do NCPC continua dizendo que o autor deve indicar na petição inicial seu interesse ou desinteresse pela sessão. Entende-se que, no caso de interesse pela sessão, deverá indicar qual mecanismo entende adequado – se mediação ou conciliação. E, no caso de desinteresse, deve fundamentar as razões que tornam inadequado o manejo do mecanismo. Isso significa dizer que o advogado é quem fará a filtragem da causa, endereçando cada conflito para a porta de tratamento que entende adequada. Se antes o advogado escolhia a litigância, agora deverá avaliar o uso, ou não, dos métodos consensuais de solução dos conflitos. Por isso, compreender como funciona, suas vantagens e desvantagens, é indispensável para, além de informar ao cliente, peticionar corretamente em juízo.

O réu, segundo o parágrafo quinto, também deverá indicar, por petição, com dez dias de antecedência contados da data da audiência, seu interesse ou desinteresse na “sessão de mediação.” No caso de ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual, a sessão não ocorrerá; e caso o não comparecimento seja injustificado, tanto do autor como do réu, cometerão ato atentatório à dignidade da justiça e serão sancionados com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme o art. 334, § 8º.

A ideia contida tanto na Lei de Mediação como no NCPC prevê a mediação obrigatória com previsão de uma sessão consensual inicial. Contudo, o legislador não condicionou o ingresso no Poder Judiciário

---

<sup>267</sup> HILL, Flavia Pereira et al. Procedimento. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2015. p. 129-188, p. 178.

<sup>268</sup> RODRIGUES, 2017, p. 82-83.

mediante demonstração de tentativa prévia de acordo,<sup>269</sup> ou seja, a tentativa de autocomposição não foi eleita como “interesse de agir,”<sup>270</sup> pois o não comparecimento do autor à audiência consensual não acarreta a extinção do processo sem o julgamento do mérito”.<sup>271</sup>

Para Yara Rodrigues, nesta hipótese o melhor desfecho é a designação de “sessão inaugural de mediação”, em que se oportunizará às partes o conhecimento dos benefícios desse meio processual, para que decidam, ao final, se desejam ou não participar.<sup>272</sup> Comparecendo as partes à sessão de mediação, o mediador, segundo a autora, deve inicialmente chamar a atenção dos participantes quanto às regras da confidencialidade, inclusive no que diz respeito ao *caucus*.<sup>273</sup>

A mediação judicial se encerra quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, com o encaminhamento do caso para outro meio de composição de conflitos e a designação de nova sessão, se houver a vontade das partes na continuidade da negociação, ou com a celebração do acordo pela lavratura de seu termo final, que se constitui título executivo extrajudicial (quando não homologado pelo juiz, no caso de direitos disponíveis, ou quando homologado judicialmente, título executivo judicial, no caso de direito disponível que admita a transação), nos termos do art. 3, § 2, da Lei de Mediação.

Iniciadas as negociações, a mediação judicial não pode exceder de dois meses (NCPC) ou sessenta dias (Lei de Mediação). A Lei de Mediação permite que o prazo seja prorrogado mediante a vontade das partes e deve prevalecer diante do NCPC, que omite quem decide a respeito.<sup>274</sup>

O advogado ajuda a parte a concluir o processo quando a mediação é finalizada, se resultou em acordo completo ou parcial, ou, ainda, se não houve acordo.<sup>275</sup>

---

<sup>269</sup> TARTUCE, 2015, p. 119.

<sup>270</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>271</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>272</sup> RODRIGUES, 2017, p. 84.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>274</sup> TARTUCE, *op. cit.*, p. 78.

<sup>275</sup> RAVINDRA, Geetha. **Role of attorneys in mediation process**. Disponível em:

<[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/role\\_of\\_attorney\\_in\\_mediation\\_process.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/role_of_attorney_in_mediation_process.authcheckdam.pdf)>.

Acesso em: 3 jan. 2018.

Em razão do pouco tempo da mudança, percebe-se um número de mediadores insuficiente para o número de demandas que passam pela triagem para a mediação.<sup>276</sup>

Nas palavras de Yara Rodrigues,

Esse caos enfrentado, atualmente, traz, por efeito, a ofensa ao direito fundamental do cidadão a múltiplas possibilidades de métodos consensuais de acesso à justiça, com destaque à mediação, que o próprio CPC/2015 elevou de ordem preferencial, quando o jurisdicionado promovesse a demanda.<sup>277</sup>

No que diz respeito ao quadro de mediadores disponíveis para a mediação judicial, os tribunais podem decidir sobre os facilitadores, se farão parte de um quadro próprio ou se de um cadastro. Carlos Eduardo de Vasconcelos vê com bons olhos a criação de quadro próprio, “que pode e deve coexistir com o cadastramento de mediadores judiciais sem vínculo funcional”.<sup>278</sup> Por enquanto, contudo, a maioria do trabalho ainda é feita de forma voluntária.

Há notícias de juízes que, por falta de estrutura adequada para realizar a mediação judicial em tempo hábil, dispensam a audiência preliminar de mediação, contudo, essa forma de trabalho vai de encontro aos propósitos da política pública de incentivo aos meios consensuais, ignorando os esforços da política pública de incentivo a mecanismos não adversariais.

---

<sup>276</sup> RODRIGUES, 2017, p. 116.

<sup>277</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>278</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 105.



## 5 O OFÍCIO DO MEDIADOR JUDICIAL

De acordo com Alexandre Morais da Rosa, o conflito no modelo estatal se manifesta pelo litígio, uma forma convencionada em que o Estado-juiz aponta a decisão correta para o caso concreto. Contudo, tal visão desqualifica e varre o conflito para debaixo do remédio-simulacro denominado processo judicial.<sup>279</sup>

Existem dependentes incuráveis no Poder Judiciário, indivíduos infantilizados que nada decidem e que estão à deriva. Existem também os litigantes contumazes e frívolos, que veem na decisão adjudicada algum tipo de vantagem, conforto ou gozo.<sup>280</sup> Ou, ainda, os que percebem o Poder Judiciário como um “porto seguro para quem pretende ignorar a própria reserva de sensibilidade”.<sup>281</sup>

Diferentemente da estrutura de poder observada nos processos judiciais, a mediação permite que todos possam dialogar em igualdade de condições, ampliando-se o acesso à justiça e tornando o sistema judicial mais ágil, humano e justo.

Nesse cenário em que as novas práticas consensuais precisam se firmar com credibilidade e confiança para os usuários, o mediador de conflitos encontra papel de destaque.

O mediador, “longe de impor sentenças, impõe regras de comunicação, inclusivamente com o seu exemplo”.<sup>282</sup> Daí a importância de conhecê-las. Nessa tarefa de aproximar as partes, decorre a necessidade de escutar atentamente, de perguntar para ter mais informações e fazer um resumo daquilo que se compreendeu. Estas as principais regras de comunicação que o mediador leva em consideração.<sup>283</sup>

A mediação de conflitos está inserida dentro de um modelo de justiça que permite o desenrolar de uma dinâmica mais digna, solidária com o outro, em busca de um novo modo de convivência, um modelo em que os indivíduos possam sair do silêncio e recuperar sua voz.<sup>284</sup> Trata-se da justiça cidadã, concebida por Luis Alberto Warat como expressão de

---

<sup>279</sup> MORAIS DA ROSA, 2004, p. 11.

<sup>280</sup> WARAT, 2004, p. 46.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>282</sup> VEZZULLA, 2001, p. 27.

<sup>283</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>284</sup> WARAT, op. cit., p. 15.

uma conduta ética, entendida como busca de alívio dos sofrimentos humanos.<sup>285</sup>

No entendimento de Warat, “O papel que joga o mediador é o de psicoterapeuta dos vínculos conflitivos”,<sup>286</sup> ou seja, seu trabalho é, em muitos pontos, similar ao do terapeuta, pois se espera do mediador uma escuta semelhante à do psicanalista (escuta mediadora).<sup>287</sup>

Para Vezzulla, o papel do mediador na sociedade é o de restabelecer a harmonia, à medida que respeita, ouve e apoia as partes envolvidas na controvérsia, fazendo com que elas se respeitem, se escutem e recuperem o relacionamento anterior.

No processo de mediação, o papel do terceiro é auxiliar, facilitar, estimular e encorajar as partes envolvidas por meio do diálogo cooperativo, que se baseia na confiança, na imparcialidade, no reconhecimento e na responsabilidade, centrado no resultado positivo do “ganha-ganha” e, em consequência, no restabelecimento ou na restauração do relacionamento social dessas partes.

Segundo explicita o Manual de Mediação Judicial do CNJ, o papel do mediador não é o de induzir ninguém a um acordo. Ao contrário, o que se deseja é que as partes, em conjunto, busquem uma solução para o conflito. Um exemplo de como pode o mediador se expressar para atingir essa finalidade é:

Meu papel, neste processo, é de auxiliá-los na obtenção do acordo. Trabalharei, portanto, como um facilitador da comunicação, buscando compreender seus interesses e descobrir as questões. Em hipótese alguma, irei induzir alguém a algo que não deseje. O importante nesse processo é que vocês construam, em conjunto, o entendimento necessário.<sup>288</sup>

O Manual do CNJ recomenda ainda que “Caso o mediador faça parte de alguma instituição que tem convênio com o tribunal cabe indicar às partes de qual instituição ele faz parte e a razão de ele ter sido escolhido para mediar o conflito”.<sup>289</sup>

Com base nisso, é possível estabelecer o seguinte conceito de

---

<sup>285</sup> Ibid., p. 148.

<sup>286</sup> WARAT, 2004, p. 40.

<sup>287</sup> Ibid., p. 45.

<sup>288</sup> BRASIL, 2016, p. 161.

<sup>289</sup> Ibid., loc. cit.

mediador judicial: é quem conduz o procedimento de mediação judicial, em que o conflito já é objeto de uma demanda apresentada ao Judiciário, na forma de litígio. A tarefa do mediador judicial é, portanto, restabelecer a comunicação entre as partes, para que possam dialogar e encontrar possíveis saídas para o conflito vivenciado.

O mediador judicial se diferencia do mediador extrajudicial em alguns aspectos. O principal deles é que o mediador judicial trabalha como auxiliar do juiz no âmbito Poder Judiciário e precisa ser capacitado nos moldes preconizados pela Lei de Mediação.

### 5.1 MODELOS OU NÍVEIS DE INTERVENÇÃO DO MEDIADOR: FACILITADOR OU INTERVENTOR

Quanto aos níveis de intervenção do mediador, Silvana Yara de Castro Rodrigues colhe da doutrina que existem dois modelos difundidos: o facilitador e o interventor.

O primeiro tem o mediador como facilitador. De acordo com essa proposta, “o mediador intervém no processo de mediação por meio de estímulos ao diálogo entre as partes diretamente”.<sup>290</sup> Ou seja, o mediador deve apresentar uma postura mais passiva e dar espaço para que as próprias partes sejam responsáveis pela construção da decisão.

No Brasil, parece que a Lei de Mediação está de acordo com essa orientação, apesar da confusa redação do conceito de mediação do art. 1º, § 1º, que por vezes parece confundir a mediação com a conciliação.

A lei de mediação portuguesa determina, em seu art. 26, que o mediador deve se abster de impor acordos às partes, o que permite concluir que a lei portuguesa também promove a mediação facilitadora.

Já o segundo modelo, chamado interventivo, exige do mediador uma posição ativa durante o processo de mediação, como fazer propostas e dar orientações às partes.<sup>291</sup> Desse modo, a mediação interventiva se coaduna com a ideia de conciliação prevista no Brasil.

### 5.2 PERFIL DO MEDIADOR JUDICIAL

Muito se discute a respeito do perfil que deve ter o mediador de conflitos, ou quais habilidades deve possuir para bem desempenhar seu

---

<sup>290</sup> RODRIGUES, 2017, p. 28

<sup>291</sup> Ibid., loc. cit.

ofício. O Manual de Mediação do CNJ esclarece que isso não significa que exista apenas um perfil desejado para atuar como mediador, pois o processo de mediação se compatibiliza com diversos tipos de personalidades e maneiras de atuar.<sup>292</sup>

A doutrina se esforça para elencar as habilidades e características que o mediador precisa ter. Maria de Nazareth cita as dezesseis características fundamentais do mediador apresentadas por William E. Simkin:

1) a paciência de Jó; 2) a sinceridade e características do inglês; 3) a presença de espírito do irlandês; 4) a resistência física de um corredor de maratona; 5) a habilidade de romper barreiras de um *halfback*; 6) a personalidade, à prova de investigação, de um bom psiquiatra; 7) a astúcia de Machiavel; 8) a impenetrabilidade de um rinoceronte; 9) a discrição de um mudo; 9) a pele de um rinoceronte; 10) a capacidade de demonstrar integridade e personalidade; 11) conhecimento básico e confiança no processo de barganha coletivo; 12) fé no voluntarismo em contraste ao com a imposição; 13) crença fundamental nos valores humanos e potenciais moderados pela habilidade de acesso às fraquezas e fortalezas pessoais; 14) aguçada habilidade para analisar o que é disponível, em contraste ao que pode ser desejável; 15) a sabedoria de Salomão; e 16) suficiente vigor pessoal e ego, qualificados por disposição de se autoanular.<sup>293</sup>

Já para Ildemar Egger, o mediador deve apresentar as seguintes qualidades:

a) a autenticidade: as pessoas autênticas desenvolvem um conhecimento de si próprias, uma segurança e uma capacidade de fazer com que ao seu redor exista um clima de confiança e serenidade; b) a capacidade de escuta ativa: permite a coleta de informações e contribui para a definição da situação; c) a capacidade de entrar na

---

<sup>292</sup> BRASIL, 2016, p. 145.

<sup>293</sup> SERPA, 2018, p. 239.

relação: a utilização de uma linguagem neutra facilita o estabelecimento da relação; d) a capacidade de não dramatizar: dar aos fatos as suas devidas proporções; e) a arte de bem resumir a situação: assegurar que todos os participantes tenham a mesma compreensão dos fatos; f) a aptidão de ressaltar os aspectos positivos e estimular os esforços dos participantes; g) a capacidade de ver e criar alternativas; h) a capacidade de abertura às diferenças culturais; i) a persistência e a perseverança.<sup>294</sup>

Reunidas tais sugestões pela doutrina, conclui-se que ao mediador é atribuída uma tarefa quase hercúlea, pois precisa ter inúmeras habilidades e competências para desenvolver seu ofício. Ao contrário do mediador, do juiz são esperados outros atributos, mais ligados à forma como ingressa na magistratura, à reputação ilibada, aos conhecimentos jurídicos, à aplicação da lei, entre outros. Comparando com o que é exigido de um juiz, fica clara a distinção.

Warat agrupa as características apontadas por diversos autores e alerta que a magia do mediador está em “entender de gente”.<sup>295</sup> Ele propõe que o mediador não se preocupe em intervir no conflito, mas, sim, quanto aos sentimentos das pessoas, para que aprendam a sentir.<sup>296</sup> A diferença na intervenção, segundo o autor, faz com que o mediador ajude as partes para que “olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas”.<sup>297</sup>

A partir das inúmeras características pode-se imaginar que a doutrina espera que o mediador seja um profissional perfeito. Nesse aspecto, Marlow, analisando a mediação das famílias lembra que “a mediação familiar é um procedimento imperfeito, que emprega uma

---

<sup>294</sup> EGGGER, Ildemar. **O papel do mediador**. II Curso Semipresencial de Capacitação de Multiplicadores em Mediação e Arbitragem. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

<sup>295</sup> WARAT, 2004, p. 36.

<sup>296</sup> Ibid., p. 26.

<sup>297</sup> Ibid., p. 6.

terceira pessoa imperfeita, para ajudar a duas pessoas imperfeitas a concluir um acordo imperfeito em um mundo imperfeito”.<sup>298</sup>

Assim, qualquer opinião fundamentada sobre qual o perfil ideal do mediador se torna secundária, pois os saberes que envolvem a aprendizagem de seu corpo teórico e prático exigem que se observem as próprias práticas da experiência, até que a sabedoria aconteça.

### 5.3 FERRAMENTAS UTILIZADAS PELO MEDIADOR JUDICIAL PARA GERAR MUDANÇAS NAS POSTURAS DAS PARTES

Fabiana Marion Spengler,<sup>299</sup> na esteira do Manual de Mediação do CNJ,<sup>300</sup> explicita ferramentas que podem ser utilizadas pelo mediador para gerar nas partes uma mudança de atitude a fim de que os processos de negociação avancem de forma produtiva.

Mesmo nas situações em que as questões, os interesses e os sentimentos tenham sido adequadamente endereçados, é possível que os participantes venham a enfrentar situações de impasse. Por essa razão, é crucial que o mediador judicial conheça e faça uso de alguns recursos que otimizem a comunicação entre os envolvidos e desarmem posturas de antagonismo.

Se bem utilizadas, as ferramentas podem alterar o destino da mediação, bem como a percepção de satisfação do usuário no que diz respeito ao serviço prestado, porque, “quanto mais prática o mediador adquirir na utilização desses instrumentos, mais fácil será reconhecer quais ferramentas escolher e os momentos mais apropriados para utilizá-las”.<sup>301</sup>

Um dos maiores desafios enfrentados pelos mediadores, consiste em desarmar as partes de suas defesas e acusações (ação e reação) para mostrar que precisam jogar no mesmo time e cooperar entre si,<sup>302</sup> pois só

---

<sup>298</sup> MARLOW, Lenard. **Mediación familiar, uma prática em busca de uma teoria**: una nueva vision del derecho. Tradução de Ana Maria Sánchez Durán e Daniel J. Bustelo Elicabe-Urriol. Buenos Aires: Garnica, 1999, p. 31. “La mediación familiar es un procedimiento imperfecto, que emplea a una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas a concluir un acuerdo imperfecto en un mundo imperfecto”.

<sup>299</sup> SPENGLER, 2017.

<sup>300</sup> BRASIL, 2016, p. 233-234.

<sup>301</sup> BRASIL, 2016, p. 233-234.

<sup>302</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 138.

assim será possível gerar opções de saídas satisfatórias para o conflito (por exemplo, acordo, empoderamento e autorrespeito).

Nesse sentido, apresentam-se as ferramentas descritas no Manual de Mediação Judicial, utilizadas para favorecer um ambiente propício para as partes negociarem. As ferramentas não são taxativas e não excluem outras definidas pela doutrina. Neste trabalho são apresentadas as ferramentas conforme mencionado no Manual de Mediação Judicial do CNJ.<sup>303</sup> São elas: *rapport*, recontextualização ou paráfrase, afago ou reforço positivo, *caucus* ou sessões privadas ou individuais, inversão de papéis, enfoque prospectivo, audição de propostas implícitas, silêncio, tempestade de ideias (*brainstorming*) ou geração de opções, normalização, organização de questões e interesses, teste de realidade e validação de sentimentos.

### 5.3.1 *Rapport*

O *rapport* é uma técnica da psicologia e da mediação, facilitadora de qualquer negociação, que pode ser usada tanto no contexto dos relacionamentos pessoais quanto profissionais.<sup>304</sup> Ou seja, faz como que as partes se sintam cômodas e respeitadas, facilitando o clima de entendimento entre elas.

Segundo Fabiana Marion Spengler, o *rapport* se refere ao “grau de liberdade na comunicação das partes e a qualidade do contato humano. Ele expressa a aceitação do mediador e a confiança no seu trabalho por parte dos mediandos”.<sup>305</sup>

A ferramenta é utilizada pelo mediador já no primeiro estágio do conflito do processo de mediação. Segundo Christopher Moore, tem como objetivos: a) promover o contato inicial com as partes; b) construir credibilidade; c) instruir os envolvidos em disputa sobre o processo; e d) aumentar o compromisso dos participantes em relação ao procedimento.<sup>306</sup>

Um ponto-chave para o sucesso no *rapport* é zelar pela confidencialidade do conteúdo revelado no diálogo, pois o mediador só pode se desincumbir dela quando autorizado expressamente pelas partes ou nas hipóteses determinadas pela Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação). Portanto, manter sigilo é uma postura essencial para a

---

<sup>303</sup> BRASIL, op. cit., p. 233-234.

<sup>304</sup> GONÇALVES; GOULART, op. cit., p. 138.

<sup>305</sup> SPENGLER, 2017, p. 39.

<sup>306</sup> MOORE, 1998, p. 66.

construção da confiança das partes no mediador. Quando as partes perceberem que o que for dito no processo de mediação não será usado em outro processo ou ambiente em seu desfavor, se sentirão muito mais à vontade para revelar informações importantes da controvérsia.

Contudo, poucos doutrinadores dão exemplos práticos de *rapport*. Christopher Moore nos apresenta uma valiosa experiência nessa direção:<sup>307</sup>

Em uma intervenção ocorrida alguns anos atrás, eu estava encontrando muita dificuldade em construir *rapport* com uma parte pelo telefone. Ele respondeu muitas perguntas, até mesmo perguntas abertas, com lacônicos sim ou não ou com um grunhido. Finalmente, perguntou como estava o tempo no Colorado, e eu soube que esta era a abertura. **Ao saber que estava nevando, ele começou a recordar o tempo que passou nas montanhas. Eu prossegui fazendo algumas perguntas abertas sobre suas experiências e, após alguns minutos, descobrimos que ambos acampamos no inverno.** O início do *rapport* foi estabelecido.

Portanto, o *rapport* mostra-se como uma importante ferramenta a ser utilizada pelo terceiro imparcial, configurando-se como o primeiro passo para que os negociadores construam credibilidade e confiança entre si e com o mediador.

### 5.3.2 Recontextualização ou Paráfrase

A recontextualização ou paráfrase é uma das ferramentas mais utilizadas pelos mediadores. Consiste na técnica em que o terceiro imparcial estimula as partes a perceberem determinado contexto fático por outra perspectiva.<sup>308</sup>

Segundo o Manual de Mediação,

Dessa maneira, estimula-se a parte a considerar ou entender uma questão, um interesse, um comportamento ou uma situação de forma mais

---

<sup>307</sup> MOORE, 1998, p. 88, sem grifos no original.

<sup>308</sup> BRASIL, 2016, p. 234.

positiva – para que assim as partes possam extrair soluções também positivas. Assim, em vez de perceber que o Brasil perdeu a copa do mundo de vôlei na final para a Itália, as partes podem perceber também que o Brasil foi vice-campeão após excelente campanha na copa do mundo de vôlei.<sup>309</sup>

Contudo, conforme adverte Fabiana Marion Spengler, “se a paráfrase ocorrer de forma mecânica, o efeito poderá ser inverso desejado, causando mal-estar nas partes.<sup>310</sup> No entanto, se realizada de forma adequada, três finalidades úteis serão atendidas: a) o outro perceberá a tentativa de compreensão respeitosa do que foi dito; b) o outro perceberá que o que foi dito foi corretamente compreendido; e c) o processo permitirá ao outro pensar antes de responder.<sup>311</sup>

Escutar o que foi dito de uma forma reformulada e mais assertiva e empática pode fazer com que os envolvidos percebam a importância do mediador no transcurso eficaz da comunicação entre eles, o que favorece a abertura para o diálogo.

O objetivo da paráfrase, portanto, é confirmar dados, interesses, clarificar posições e dissolver a interação conflitiva em uma direção mais proveitosa para a negociação.

### **5.3.3 Afago ou Reforço Positivo**

O afago ou reforço positivo nada mais é do que um elogio dado às partes ou aos advogados como uma resposta positiva do mediador ao reconhecer um comportamento produtivo, eficiente ou positivo ocorrido durante a interação entre as partes.<sup>312</sup> O reforço positivo também pode ser feito por gestos não verbais, de forma sutil.

Segundo o Manual de Mediação,

Sempre que houver momentos propícios, o Mediador deve reforçar aquilo que já foi conseguido, reconhecendo e valorizando o esforço de cada parte para o desenvolvimento da Mediação. Isso estimula as partes a continuar se esforçando

---

<sup>309</sup> BRASIL, 2016, p. 234.

<sup>310</sup> SPENGLER, 2017, p. 42.

<sup>311</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>312</sup> BRASIL, op. cit., p. 235.

para chegar ao acordo e apresenta a controvérsia às partes de uma forma muito mais acessível e simples. Um dos benefícios que é quase sempre conseguido no processo, por exemplo, é o restabelecimento da comunicação entre as partes. Um exemplo seria: “Está claro que o esforço de vocês está produzindo bons resultados – vamos conversar sobre a questão do conserto do carro?”

<sup>313</sup>

Fabiana Marion Spengler esclarece que “O afago pode consistir numa frase como: ‘Interessante essa sua proposta. Me parece que podemos começar por ela para buscar o acordo na presente ação’”.<sup>314</sup> Trata-se de um elogio simples, mas que estimulará a parte a continuar com uma postura cooperativa, típica de quem joga no mesmo time.

Registra-se, contudo, que o afago ou reforço positivo deve ser realizado em momento oportuno e que o terceiro imparcial deve acentuar apenas as condutas que tenham sido realmente proveitosas para o entendimento, sob pena de ineficácia da medida.

### 5.3.4 Sessões Privadas ou Individuais (*Caucus*)

São encontros realizados entre os mediadores e cada uma das partes sem que esteja presente a outra. Em regra, os advogados devem participar da sessão individual com seus respectivos clientes e, enquanto estiverem fora da sala de mediação, devem permanecer ao lado de seus constituintes. Os advogados, se forem bem orientados pelos mediadores, serão um excelente apoio para a o desenvolvimento das sessões.

Segundo o Manual do CNJ, o *caucus* é realizado por diversos motivos, entre eles:

- i) para permitir a expressão de fortes sentimentos sem aumentar o conflito; ii) para eliminar comunicação improdutiva; iii) para disponibilizar uma oportunidade para identificar e esclarecer questões; iv) como uma contramedida a fenômenos psicológicos que impedem o alcance de acordos, tal como a reação desvalorizadora; v) para realizar afagos; vi) para aplicar a técnica de inversão de

---

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>314</sup> SPENGLER, 2017, p. 51.

papéis; vii) para evitar comprometimento prematuro com propostas ou soluções; viii) para explorar possível desequilíbrio de poder; ix) para trabalhar com táticas e/ou habilidades. A reação desvalorizadora consiste na resposta negativa a uma proposta em função da pessoa que a apresentou. Exemplificativamente, muitas partes em conflitos de elevada litigiosidade tendem a rejeitar uma proposta pelo simples fato de ter sido feita pela pessoa com quem alguém se encontra em conflito; x) para disponibilizar um ambiente propício para o exame de alternativas e opções; xi) para quebrar um impasse; xii) para avaliar a durabilidade das propostas; xiii) nas situações em que se perceberem riscos à ocorrência de atos de violência.<sup>315</sup>

É importante destacar que a utilização do *caucus* deve constar na declaração de abertura do procedimento para que as partes tenham clareza quanto às regras do jogo, bem como as aceitem. Recomenda-se que, se feita com uma das partes, seja também realizada com a outra. A sessão privada não deve ser motivo de surpresa para as partes, para que não se questione a imparcialidade do mediador. Por fim, trata-se de ferramenta que não é recomendada de forma unânime pela doutrina, pois poderia colocar em xeque a confiança entre as partes e mediador.

### **5.3.5 Inversão de Papéis**

A inversão de papéis é uma técnica voltada a estimular a empatia entre as partes por meio de orientação para que cada uma perceba o contexto também sob a ótica da outra parte.<sup>316</sup>

Como as partes podem sentir constrangimento pelo fato de estarem diante de um terceiro tendem a imputar culpa ou responsabilidade por se encontrarem em disputa. Por isso, a ferramenta da inversão de papéis serve para que os participantes se coloque no lugar do outro, percebendo o

---

<sup>315</sup> BRASIL, 2016, p. 236-237.

<sup>316</sup> BRASIL, 2016, p. 237.

contexto no qual se encontra inserida a outra parte, bem como sua percepção a respeito do conflito.<sup>317</sup>

Quanto a sua utilização, recomenda-se que a técnica seja adotada em sessões privadas e que, ao aplicá-la, o mediador indique: “i) que se trata de uma técnica de mediação e ii) que esta técnica também será utilizada com a outra parte. Assim, o mediador terá mais facilidade para manter sua imparcialidade e, sobretudo, as partes também o verão como um autocompositor imparcial”.<sup>318</sup>

Ao usar a técnica da inversão de papéis, o mediador pode dizer:

Sra. Rafaela, a senhora apesar de ser a dona da loja de roupas também é uma consumidora. Agora, eu vou aplicar uma técnica de Mediação, que se chama inversão de papéis e que serve para que as partes percebam o ponto de vista uma da outra. Naturalmente, quando eu tiver com a Sra. Ana vou aplicar a mesma técnica. Então, esclarecido este ponto, quando a senhora está na posição de consumidora, como gostaria de ser tratada, no que se refere à troca de objetos que apresentam defeito?<sup>319</sup>

A ferramenta é bem diferenciada se comparada com o procedimento do processo judicial, que não abre espaço para a prática da experiência empática. Ao se colocar no lugar do outro, a parte pode experimentar certa sensibilização, que pode favorecer a abertura para a negociação e, quem sabe, o entendimento entre eles.

### **5.3.6 Enfoque Prospectivo**

O enfoque prospectivo é uma ferramenta que ajuda os participantes a “olharem para a frente, e não para trás”, e cooperarem entre si em busca de cenários possíveis. No transcorrer da mediação é comum as pessoas recaírem num padrão comportamental de reunir provas ou argumentos que confirmem suas opiniões e posições, sem que estejam verdadeiramente buscando a solução para a controvérsia. Segundo o Manual de Mediação,

---

<sup>317</sup> SPENGLER, 2017, p. 52.

<sup>318</sup> BRASIL, op. cit., p. 237.

<sup>319</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 143.

Enfocar no futuro é uma técnica que pode ser utilizada com dois objetivos. O primeiro seria aliviar o clima de atribuição de culpa, deixando de analisar como as questões problemáticas aconteceram no passado, e passando a analisar como a situação será resolvida de modo positivo. O segundo seria o de estimular uma parte a buscar uma solução. Nesse sentido, um exemplo de intervenção do Mediador seria: “Tendo em vista que vocês sempre tiveram um bom relacionamento comercial, como você imagina que, como prestador de serviços, poderia evitar que uma situação como essa seja repetida em casos futuros?”<sup>320</sup>

Dessa forma, normalmente os envolvidos apontam os fatos do passado (aquilo que ficou abaixo do pretendido), sem indicar como gostariam que a questão fosse atendida no futuro. Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton elucidam a ferramenta:

Você atenderá melhor os interesses se falar sobre onde gostaria de chegar, em vez de discorres sobre o ponto onde partiu. Em lugar de discutir com a outra parte sobre o passado – sobre os custos do último trimestre (que foram altos demais), a medida da semana passada (tomada sem autoridade suficiente), ou o desempenho de ontem (que ficou abaixo da expectativa) – fale sobre o que você gostaria que acontecesse no futuro. Em vez de pedir-lhe que justifique o que fez ontem, pergunte: quem deve fazer o quê amanhã?<sup>321</sup>

O enfoque prospectivo instiga os envolvidos a manifestarem o que pretendem no futuro, de modo a provocar mudanças nos pensamentos iniciais voltados à narração fática do passado, algo que o processo judicial não permite, pois, como leciona Remo Caponi, o processo civil tem limites estruturais e é tendencialmente privado de uma visão prospectiva.<sup>322</sup>

Observa-se, portanto, que a ferramenta propõe ser diferente do verificado no processo judicial, cujo escopo é a análise de fatos e direitos,

---

<sup>320</sup> BRASIL, 2016, p. 212.

<sup>321</sup> FISCHER; URY; BATTON, 1994, p. 71.

<sup>322</sup> CAPONI, 2016, p. 754.

estabelecendo-se a culpa, enquanto na mediação volta-se o olhar para soluções que atendam plenamente aos interesses reais das partes (lide sociológica), com foco no futuro.

### 5.3.7 Silêncio

O silêncio faz parte da comunicação não verbal; ocorre quando a comunicação verbal cessa durante uma conversa. Ele pode significar que as partes estão em um momento de reflexão para dar uma resposta, que uma das partes está se recusando a discutir algo que a outra parte deseja considerar e, ainda, que as partes não têm mais nada a dizer ou não podem oferecer uma resposta.<sup>323</sup>

Trata-se de um recurso que pode ser utilizado pelo mediador com vários objetivos no processo de comunicação. Segundo Renné Gendro,<sup>324</sup> em artigo o “Significado do Silêncio Durante o Conflito”, o silêncio na mediação pode ser uma oportunidade promovida pelos mediadores para que os participantes tenham tempo para refletir. Ou seja, o silêncio pode proporcionar oportunidades durante uma sessão específica ou no processo geral para que as partes considerem opções apresentadas e discutidas.

O Manual de Mediação Judicial do CNJ destaca o uso dessa medida pelo mediador e reconhece que o silêncio empregado como técnica pode provocar nas partes a reflexão necessária para avaliarem a forma como estão agindo.<sup>325</sup>

Na prática, o mediador deve considerar o silêncio como um aliado e procurar inibir perguntas nesse momento.<sup>326</sup> Em outras palavras, quando uma parte dá à outra sinais de que um passo importante será dado para a composição do conflito (que pode ser uma concessão ou um pedido de desculpas, por exemplo), é interessante fazer uso dessa técnica.<sup>327</sup>

Saber utilizar o silêncio, portanto, pode favorecer o clima de segurança e confiança necessário para que as partes encontrem opções,

---

<sup>323</sup> GENDRON, Renée. The Meaning of silence during conflict. **Journal of Conflictology**, Campus for Peace, UOC, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://journal-of-conflictology.uoc.edu/joc/en/index.php/journal-of-conflictology/article/view/vol2iss1-gendron.html>>. Acesso em: 2 fev. 2018, p. 1-2.

<sup>324</sup> Ibid., p. 4.

<sup>325</sup> BRASIL, 2016.

<sup>326</sup> SPENGLER, 2017, p. 52.

<sup>327</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 145.

avaliem como estão agindo e reflitam durante a construção de uma possível solução para seus conflitos.

### **5.3.8 Brainstorming**

A tempestade de ideias (*brainstorming*) ou geração de opções é uma técnica que auxilia as pessoas envolvidas no conflito a encontrarem opções que sejam de seu interesse e que possam trazer benefícios recíprocos às partes. Pretende-se com ela formular opções em quantidade ao estimular a criatividade das partes.<sup>328</sup>

Trata-se de uma das ferramentas mais eficientes para superar eventuais impasses durante a sessão de mediação. Como o papel do mediador não é de sugerir ou apresentar soluções, ele precisa estimular as partes para que gerem alternativas possíveis para seus conflitos. Isso porque “espera-se que a mediação tenha um papel educativo e se a parte aprender a buscar opções sozinha em futuras controvérsias ela tenderá a, em futuros conflitos, conseguir encontrar algumas novas soluções”.<sup>329</sup>

O primeiro passo para a eleição de cenários possíveis é a realização de perguntas orientadas para gerar alternativas que ajudem as partes a pensar em uma solução conjunta. Segundo o Manual de Mediação, são exemplos de perguntas voltadas para a elaboração de soluções: “Na sua opinião, o que poderia funcionar?”; e “Para você, o que faria com que esta ideia lhe parecesse mais razoável?”.

Segundo o Manual de Mediação do CNJ, a ideia é que as partes ofereçam um bom número de sugestões possíveis, pois a prática da mediação tem demonstrado que nem sempre a primeira solução apresentada é a melhor.<sup>330</sup>

### **5.3.9 Audição de Propostas Implícitas**

Nem sempre a comunicação durante a mediação transcorre de forma eficaz. Os ânimos podem se acirrar quando as partes expõem seu ponto de vista a respeito de determinado ponto de divergência. Contudo, entre ruídos e acusações, muitas vezes os envolvidos acabam propondo soluções sem perceber. Por isso, o mediador, atendo a tudo, deve escutar ativamente, pois a qualquer momento uma proposta implícita pode

---

<sup>328</sup> SPENGLER, 2017, p. 54.

<sup>329</sup> BRASIL, 2016, p. 238.

<sup>330</sup> Ibid., loc. cit.

aparecer no discurso das partes, momento em que terá a oportunidade de clarificar a comunicação dos envolvidos.

Abaixo se transcreve exemplo mencionado no Manual de Mediação do CNJ que ilustra a questão:

Joana e Antônio se separaram após um relacionamento de sete anos. Eles conseguiram realizar a partilha de todo seu patrimônio, com exceção de uma coleção de discos de ópera e mobília. Joana diz: “Eu deveria ficar com a coleção, pois, afinal, fui eu quem pagou por ela quase toda”. Antônio, por sua vez, diz: “A coleção é minha. Fui eu que comprei muitos discos e garimpei em lojas de discos usados toda vez que eu estava em uma das minhas viagens de negócios. Eu tenho uma pretensão igualmente legítima de ficar com a coleção”. Proposta implícita: cada um deve ficar com os discos e mobília que pagou.<sup>331</sup>

A técnica exige uma apurada sensibilidade e escuta empática por parte do mediador. A qualquer momento, entre uma queixa ou acusação, podem se revelar as chaves para um possível entendimento entre os envolvidos no conflito.

### **5.3.10 Normalização**

Em algumas culturas estar em juízo é motivo de vergonha. No Brasil, recorrer ao Poder Judiciário é uma garantia prevista na Constituição, mas é absolutamente normal que as pessoas se sintam desconfortáveis de estarem diante de um terceiro, que decidirá sobre importante situação de conflito em sua vida.<sup>332</sup>

Em razão do caráter prospectivo da mediação, o foco da técnica é a construção de caminhos possíveis para os entraves vivenciados. Nesse caminho, o mediador estimula as partes a perceberem o conflito como uma oportunidade de aceitação das diferenças, como algo normal e natural das relações experimentadas.

Segundo o Manual de Mediação do CNJ, exemplificativamente, em um conflito entre consumidor e comerciante um mediador poderia utilizar da técnica de normalização da seguinte forma:

---

<sup>331</sup> BRASIL, 2016, p. 235.

<sup>332</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 147.

Srs. Jorge e Renato, estou percebendo que os dois estão muito aborrecidos com a forma com que aquela conversa sobre orçamento se desenvolveu. Vejo isso como algo natural a duas pessoas que gostariam de ter bons relacionamentos e que gostariam de adotar soluções justas às suas questões do dia a dia. Vamos então conversar sobre essa questão da comunicação?<sup>333</sup>

Assim, é importante que a parte se sinta à vontade durante a sessão de mediação, em um ambiente em que sinta confiança e que saiba que está ali para resolver seu conflito a partir da construção de um diálogo que poderá apontar caminhos sugeridos por eles próprios, e não uma solução imposta por um terceiro que nada sabe sobre o caso.

### 5.3.11 Teste de Realidade

O envolvimento emocional das partes no conflito faz com que elas criem expectativas internas a respeito do encaminhamento da situação de insatisfação. Internamente, o participante pode ter uma percepção e expor outra.

Muitas vezes em sessões de mediação, quando um dos envolvidos é questionado sobre qual seria um valor justo para receber em caso de uma condenação, com frequência se ouve “o teto máximo dos juizados especiais de 40 salários mínimos”.<sup>334</sup> Tal afirmação “não decorre necessariamente de um interesse de enriquecimento sem causa, mas sim de uma percepção seletiva decorrente do estado de ânimos em que a parte se encontra”.<sup>335</sup>

Com o teste de realidade “o mediador busca uma reflexão realista dos mediandos sobre as propostas apresentadas por meio de parâmetros objetivos”.<sup>336</sup> O teste de realidade, nesses termos, serve para estimular os

---

<sup>333</sup> BRASIL, op. cit., p. 239.

<sup>334</sup> BRASIL, 2016.

<sup>335</sup> Ibid.

<sup>336</sup> VELOSO VELOSO, Beatriz Aguiar Bovendorp. **Mediação de conflito: justiça e paz social**. 2011. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/cadernos-ejef/eventos/1congressomineiro/2011/Palestras/Beatriz-Aguiar.html>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

envolvidos a realizar uma comparação entre seu “mundo interno” e o “mundo externo” – como percebido pelo mediador.<sup>337</sup>

Assim como na técnica de inversão de papéis, o Manual de Mediação do CNJ recomenda que se avise aos participantes que o mediador está aplicando uma técnica de mediação de conflitos, o que deve ser feito, prioritariamente, em sessões privadas.<sup>338</sup>

### 5.3.12 Organização de Questões e Interesses

É frequente as partes perderem o foco da disputa, deixando de lado as questões que efetivamente precisam ser abordadas na mediação para debaterem outras.

No transcorrer da sessão, o mediador precisa manter o foco das partes nas questões a serem debatidas, nos interesses reais que as partes tenham e também nos sentimentos, pois é comum que os envolvidos abordem outros aspectos da disputa que as tenham aborrecido.<sup>339</sup>

Fabiana esclarece a diferença entre questões e interesses:

Segundo ela, as questões são tópicos para discussão passível de serem resolvidos na mediação e possuem cunho objetivo. Já os interesses dizem respeito à algo que se almeja alcançar ou obter com a resolução do conflito.<sup>340</sup>

Segundo o Manual de Mediação, em um conflito entre consumidor e comerciante um mediador poderia organizá-lo da seguinte maneira:

Srs. Jorge e Renato, vamos conversar sobre a questão da comunicação entre consumidor e comerciante considerando que o Sr. Jorge tem interesse de prestar um bom serviço, atender bem ao consumidor e ser reconhecido por isso e que o Sr. Renato tem o interesse de ser bem atendido e apreciar quando lhes são prestados bons serviços. Inicialmente me parece que ambos concordam que

---

<sup>337</sup> GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 148.

<sup>338</sup> BRASIL, op. cit.

<sup>339</sup> Ibid.

<sup>340</sup> SPENGLER, 2017, p. 48.

a comunicação entre consumidor e comerciante não atendeu às expectativas de ambos...<sup>341</sup>

No entender de Fabiana Marion Spengler, a organização de questões e interesses se destaca como uma fase rica para o mediador captar informações.<sup>342</sup> Todos esses questionamentos servirão para facilitar a identificação dos reais interesses das partes, como “Quais serão os interesses dos pais que se separaram? Quais são os interesses dos vizinhos que se estranharam? [...]”.<sup>343</sup>

A possibilidade de discussão de sentimentos e interesses, além das questões meramente jurídicas, torna a mediação um meio muito eficaz de solução de conflitos por trazer alívio ao sofrimento das partes, que se sentem compreendidas.

Conforme visto, o domínio das ferramentas pode mudar o destino das partes e facilitar o diálogo e a criatividade, para que os próprios envolvidos decidam sobre suas situações de insatisfação, ao mesmo tempo em que promove o empoderamento, o autorrespeito, o senso de responsabilidade e a autodeterminação.

## 5.4 HABILIDADES AUTOCOMPOSITIVAS PARA O MEDIADOR JUDICIAL

Na tarefa de aproximar as partes, segundo Juan Carlos Vezzulla, decorre a necessidade de o mediador escutar atentamente, perguntar para ter mais informações e fazer um resumo daquilo que se compreendeu da narrativa das partes. Segundo o autor, essas as principais regras de comunicação que o mediador leva em consideração.<sup>344</sup> A elas se acrescenta a habilidade de comunicar-se de forma empática, conforme consigna o Manual de Mediação Judicial do CNJ.

### 5.4.1 Empatia

Antes de apresentar um conceito possível para empatia, o fato de o Manual de Mediação Judicial do CNJ ressaltar a importância da comunicação empática do mediador não significa tomar partido em

---

<sup>341</sup> BRASIL, 2016.

<sup>342</sup> SPENGLER, op. cit., p. 46.

<sup>343</sup> Ibid., p. 46-47.

<sup>344</sup> VEZZULLA, 2001, p. 27.

relação a uma das partes envolvidas na disputa. Ao ser empático, segundo o documento, “o Mediador compreende melhor as questões, os interesses e os sentimentos das partes, aumentando as chances da obtenção de um possível acordo satisfatório a ambas as partes ao final do processo”.<sup>345</sup>

A empatia é geralmente conceituada como a arte de colocar-se no lugar dos outros ou como uma capacidade de entender os sentimentos e as necessidades alheios. Segundo William Ury, um dos mediadores mais conhecidos do mundo, nossa capacidade de empatia é um talento pouco explorado.<sup>346</sup>

Nessa tarefa, o terceiro imparcial presta atenção ao que é dito pela outra parte, sintonizando-se com elas, até que fique clara a necessidade de cooperação para que juntas possam gerar opções de saídas proveitosas. Para Gabbay, Faleck e Tartuce, “a cooperação no desenvolvimento da comunicação e a colaboração para o alcance de interesses são importantes elementos promovidos pelo mediador para que as partes possam dirimir suas controvérsias”.<sup>347</sup>

#### 5.4.2 Escuta Ativa

Na mediação uma das técnicas mais utilizadas para favorecer a comunicação e facilitar a dinâmica entre as partes é a escuta ativa.<sup>348</sup>

Segundo Richard Salem, a escuta ativa (ou escuta empática ou escuta reflexiva) é uma maneira de ouvir e de responder a outra pessoa, melhorando a compreensão e a confiança mútuas. Ou seja, é uma habilidade essencial e determinante para o sucesso de uma negociação ou mediação. Entre seus benefícios, a escuta empática: a) constrói confiança e respeito entre os envolvidos; b) permite que as partes liberem suas emoções e reduzam tensões; c) encoraja a revelação de informações; e d) cria um ambiente seguro e propício para a resolução de problemas.<sup>349</sup>

---

<sup>345</sup> BRASIL, 2016, p. 221.

<sup>346</sup> URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015, p. 94.

<sup>347</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 53.

<sup>348</sup> TARTUCE, 2015, p. 233.

<sup>349</sup> SALEM, Richard. Empathic listening. BURGESS, Guy; BURGESS, Heidi (Ed.). **Beyond intractability**. Boulder: Conflict Information Consortium; University of Colorado, July 2003. Disponível em: <<http://www.beyondintractability.org/essay/empathic-listening>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

Nas palavras de Renée Gendron, a escuta ativa permite que as partes se sintam confortáveis ao divulgar suas experiências e emoções de uma forma construtiva, e não abusiva.<sup>350</sup>

Gabbay, Faleck e Tartuce ensinam que a escuta ativa é uma importante técnica a ser aplicada pelo mediador, que deve participar de forma ativa da conversa entre as partes, mostrando-se receptivo para escutar e mantendo contato visual como os participantes.<sup>351</sup>

É recomendável que o mediador demonstre objetividade e equidade enquanto se coloca em uma posição de não julgamento durante o processo de mediação, dando iguais oportunidades de tempo e de atenção aos envolvidos no conflito<sup>352</sup>.

O Manual de Mediação do CNJ destaca a regra da não interrupção durante a escuta ativa:

[...] que mesmo se o ponto levantado pela parte que interrompeu tiver sido interessante, o Mediador deve estimular as partes a não se interromperem. Pois caso não o faça, criará uma regra implícita de que em alguns casos se permite a interrupção. Se nas primeiras interrupções o Mediador recordar a regra da escuta ininterrupta seguramente as partes tenderão a não mais se interromperem. Por outro lado, se o Mediador começar a julgar a conveniência de algumas interrupções as partes tenderão a se interromper e olhar para o Mediador para que esse possa “exercer seu juízo de conveniência” – o que não se mostra recomendável na maior parte das mediações. De fato, as interrupções devem ser coibidas nas primeiras frações de segundos da interrupção – para que não se crie essa percepção de “juízo de conveniência”.

<sup>353</sup>

Outros autores tratam a escuta ativa com denominação diversa. É o caso de Luis Alberto Warat, que define a escuta ativa como “escuta mediadora” ou como a “escuta do sensível”, realizada na “presença dos

---

<sup>350</sup> GENDRON, 2011, p. 5.

<sup>351</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, op. cit., p. 59.

<sup>352</sup> SALEM, op. cit.

<sup>353</sup> BRASIL, 2016, p. 176.

corpos em conflito, com a força dos corpos e de todos os procedimentos básicos e vitais que os governam. Segundo ele, é necessário um refinamento comunicacional que não se espera dos textos escritos submetidos a outros tempos, releituras e interpretação”.<sup>354</sup>

O mediador Carlos Eduardo de Vasconcelos expressa sua contribuição para o que se entende por escuta ativa:

O mediador sabe que, por mais que tudo pareça pronto para que as pessoas cheguem a um acordo, algo muito significativo pode estar guardado, omitido. As pessoas não se entendem sem terem sido efetivamente escutadas. As pessoas precisam dizer o que sentem e, na mediação, esta pode ser a primeira vez que isto está sendo possível.<sup>355</sup>

Como se pode perceber, portanto, escutar é diferente de ouvir. As pessoas ouvem muitas coisas, como a buzina de um carro ou de uma sirene, o estalar dos degraus de uma escada.<sup>356</sup> A escuta ativa, escuta empática, escuta mediadora ou escuta do sensível, por outro lado, necessita mais do que o simples ouvir. O grande diferencial da técnica consiste na importância que se confere ao interlocutor: de acordo com a escuta ativa ele é merecedor de atenção e respeito.

Para Tânia Almeida,

O praticante da escuta ativa deve demonstrar interesse pelo que diz seu interlocutor, de forma a lhe possibilitar um sentimento de legitimidade como autor de uma fala e de um conteúdo expresso oralmente. O interlocutor precisa saber que há interesse por sua narrativa e pelo tema que está abordando.<sup>357</sup>

---

<sup>354</sup> WARAT, 1998.

<sup>355</sup> VASCONCELOS, 2017, p. 163-164.

<sup>356</sup> KING, Norman. **Os primeiros cinco minutos**: como um bom começo pode determinar o êxito de uma entrevista, uma negociação, uma venda. Tradução de Felipe Rajabally. São Paulo: Nobel, 1991, p. 54.

<sup>357</sup> ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=XRHkCQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=tania+almeida&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjB99T\\_yJzZAhUKf5AKHRR5DbIQ6AEIJzAA#v=onepage&q=escuta%20ativa&f=false](https://books.google.com.br/books?id=XRHkCQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=tania+almeida&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjB99T_yJzZAhUKf5AKHRR5DbIQ6AEIJzAA#v=onepage&q=escuta%20ativa&f=false). Acesso em: 2 jan. 2018.

Do que aprendeu como mediador, Ury destaca ainda a importância de escutar os outros com respeito genuíno, deixando de lado as próprias referências e se concentrando no ponto de vista alheio. Nas palavras do autor,

Como tenho observado em meu trabalho de mediação, geralmente ouvimos os outros a partir de nosso enquadramento de referência, julgando o que dizem do nosso ponto de vista. **Imbuídos de uma atitude de respeito genuíno, podemos praticar a arte de ouvir os outros a partir do enquadramento de referência deles, do ponto de vista deles.** Devemos escutar não só as palavras, mas também os pensamentos e os sentimentos não expressos. Precisamos apreender o conteúdo do que está sendo dito, mas também considerar o ser humano que o manifesta.<sup>358</sup>

Assim, da perspectiva da parte, a escuta ativa, entre outras possibilidades, promove o contato com os sentimentos, encoraja a revelação de informações, esclarece os verdadeiros interesses envolvidos e incentiva o processo de negociação. Na perspectiva do mediador, ela estabelece uma relação de confiança, clarifica os interesses de cada uma das partes e serve como um termômetro para verificar em que grau de abertura está cada parte em cada etapa da negociação.

### 5.4.3 Perguntar para Ter mais Informações

Segundo Fabiana Marion, um dos principais instrumentos de trabalho na mediação são as perguntas, que servem para acolher as partes, para esclarecer sentimentos, interesses e questões envolvidas na controvérsia, com a finalidade de construir opções de solução do acordo e de testá-las.<sup>359</sup>

Para tanto, primeiro o mediador precisa ouvir, para só depois começar a perguntar. Diferentemente do conciliador, que oferece sugestões, o mediador não aconselha, apenas escuta e oferece perguntas abertas e fechadas.

Formular perguntas, portanto, clarifica questões nebulosas e auxilia a esclarecer sentimentos e outros pontos de discordância entre os

---

<sup>358</sup> URY, 2015, p. 94, sem grifos no original.

<sup>359</sup> SPENGLER, 2017, p. 44.

participantes, o que possibilita novas oportunidades de construção de uma solução pelas partes.

#### 5.4.4 Técnica do Resumo

Trata-se de uma técnica importante para que o mediador não se perca enquanto as partes falam. Para que a escuta seja eficaz, não deve o mediador apenas anotar sem olhar nos olhos dos participantes ou mostrar interesse ao que é dito. O resumo serve para que, identificados os interesses e as questões, o mediador possa apresentar sua percepção do conflito a partir do que foi dito.

Segundo Fabiana Marion,

Com o resumo, o mediador apresenta a forma pela qual foram identificadas as questões, os interesses e os sentimentos. Naturalmente, as partes debaterão o conteúdo desse resumo, bem como os esclarecimentos acerca das questões suscitadas. Durante esse período, todos discutirão as informações que ainda necessitam de algum complemento pro curando, ao mesmo tempo, conseguir compreender melhor quais são as principais questões, necessidades e, também, possibilidades.<sup>360</sup>

Na técnica do resumo, o mediador relata, de forma abreviada, “aquilo que foi dito ou o que ocorreu na interação entre os mediandos. Permite que as partes observem como suas palavras ou ações foram registradas pelo mediador”.<sup>361</sup>

Ao resumir as informações reunidas durante os relatos e interação das partes, o mediador fortalece os vínculos de confiança ante os mediandos, reunindo o que de mais relevante foi revelado por eles.

### 5.5 FORMAÇÃO, CAPACITAÇÃO E REMUNERAÇÃO DO MEDIADOR JUDICIAL

Muito se discute sobre quais seriam os saberes mínimos que devem envolver a formação de um mediador judicial. Em se tratando da mediação de um tema que inclui vários saberes teóricos e práticos, fica

---

<sup>360</sup> SPENGLER, 2017.

<sup>361</sup> VELOSO, 2011.

claro que seria tarefa hercúlea elencar de forma cartesiana todo o conhecimento necessário para o exercício de tal ofício. Ademais, não existe consenso na doutrina sobre quais devam ser esses conhecimentos.

Por isso, Maria de Nazareth Serpa destaca a importância do estímulo da mediação já nas faculdades de Direito a fim de promover o bem-estar social. Para ela, tais escolas deveriam se chamar “Escolas de Direito e Justiça” em virtude da ineficácia do sistema adversarial para solucionar certos tipos de controvérsias.<sup>362</sup>

Contudo, apenas a formação acadêmica sobre meios consensuais fornece um conteúdo incompleto para a formação de um mediador, havendo a necessidade de que tal interessado frequente treinamentos, tenha acesso a livros e também participe de simulações. Em outras palavras, é necessário um estudo sistemático variado que compreenda observação, prática e uma constante supervisão.<sup>363</sup>

No entendimento de Warat, a maioria das escolas de mediação tem fracassado na formação de mediadores, pois elas se ocupam em proporcionar técnicas e rituais, guia de formalidades com receitas de boas recomendações e planejamento para conseguir que os envolvidos cheguem a um acordo. Por conta disso, acabam formando conciliadores e negociadores, mas não mediadores. Na opinião do autor, o mediador precisa desenvolver uma consciência reflexiva em relação a sua própria prática.<sup>364</sup>

Na esteira de Warat, Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler concordam que a formação do mediador não pode se resumir a um conjunto de recomendações para que as partes cheguem a um acordo, pois a magia da mediação, segundo elas, está no entendimento da simplicidade, dos sentimentos e da sensibilidade.<sup>365</sup>

Na visão de Nazareth Serpa, devem constar como matérias que precisam ser incluídas nos programas de estudos para a formação de mediadores nas instituições: “estudo do conflito, a situação do processo mediador em meio a outras formas de resolução de disputas, o estudo da negociação, o processo de mediação, técnicas de mediação, conhecimento substantivo do objeto da disputa e padrões éticos da mediação”.<sup>366</sup>

---

<sup>362</sup> SERPA, 2108, p. 299.

<sup>363</sup> Ibid., p. 300.

<sup>364</sup> WARAT, 2004, p. 33.

<sup>365</sup> GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 260.

<sup>366</sup> SERPA, 2018, p. 300.

Segundo Warat, existe também polêmica em torno do perfil que o mediador precisa ter, se mais semelhante ao do psicanalista (ou psicólogo) ou do advogado. Para ele, “para falar de mediação temos que introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica”,<sup>367</sup> pois falta no direito uma teoria do conflito a mostrar que uma controvérsia pode ser entendida como forma de produzir com o outro a diferença (finalidade da proposta waratiana).<sup>368</sup>

Na lição de Maria de Nazareth Serpa, “para se formar um mediador é mister a compleição de determinadas técnicas e habilidades”.<sup>369</sup> Podem-se citar como exemplos a habilidade de escutar ativamente e a técnica da negociação. Além disso, segundo a autora, são recomendáveis como mais apropriados os cursos que ofereçam instrutores com diversas formações (direito, psicologia e assistência social, por exemplo) e que enfatizem tais conhecimentos dentro da mediação.<sup>370</sup> Adverte Warat que “para formar mediadores é preciso de mestres, nunca de professores ou adestradores”.<sup>371</sup>

Outra questão debatida diz respeito ao exercício do ofício de mediador por advogados. Warat lembra que, caso os advogados não se desprenderem de seus antigos vícios e práticas quando exercerem o papel de mediadores, acabarão por contaminar a prática com seu imaginário (derivado do juridicismo), o que chamou de o “outro lado do ofício do mediador: o advogado que todo mediador é e não consegue reprimir”. A partir de tais considerações, parece que o autor aconselha que se separem as atividades de mediar da tradicionalmente exercida pelos advogados do contencioso.<sup>372</sup>

Também está na pauta dos doutrinadores se o mediador mais apropriado deve ser advogado ou psicólogo. Segundo Gabbay, Faleck e Tartuce, há quem afirme a necessidade de que o mediador seja um profissional do Direito (especialmente advogados), porque, caso haja acordo e caso necessário, poderá vir a ser executado. Contudo, o mediador não se encaixa, segundo eles, de modo puro no perfil das profissões existentes, pois, ao atuar como facilitador, não atua como juiz, advogado,

---

<sup>367</sup> WARAT, 2004, p. 61.

<sup>368</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>369</sup> SERPA, op. cit., p. 300.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 302-305.

<sup>371</sup> WARAT, op. cit., p. 35.

<sup>372</sup> WARAT, 2004, p. 28.

psicólogo ou conselheiro.<sup>373</sup> Maria de Nazareth Serpa lembra que um advogado mediador pode tranquilamente atuar em um caso de estresse sem necessariamente saber como tratá-lo. De igual modo, a autora menciona que o psicólogo pode muito bem identificar pontos de discórdia em torno da administração de capital sem a necessidade de dar consultoria sobre o tema. Assim, o mediador só precisa ter conhecimento substantivo (sobre a matéria) para poder ajudar as partes a identificar questões e desenvolver opções, entre outros.<sup>374</sup>

Para atuar como mediador judicial no Brasil, a Lei nº 13.140/2015, que regulamenta a mediação judicial e extrajudicial entre particulares como meio de solução de conflitos, estabeleceu os seguintes requisitos: a) ser civilmente capaz; b) possuir graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação; e c) ter feito curso de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Enfam ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

O conteúdo programático mínimo do curso de capacitação de mediadores está regrado pela Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O CNJ também estabeleceu que o curso básico de formação de mediadores deverá ser estruturado em duas etapas: a primeira, de fundamentação, que contemple aspectos teóricos e práticos, e a segunda, de estágio supervisionado, mediante o atendimento de casos reais.

O curso, com as disciplinas básicas elencadas pelo CNJ formam o que se pode denominar de “capacitação standard”. Contudo, além de outros cursos, o mediador se destacará também por sua experiência substantiva (incluída reflexão a respeito de suas práticas) e cursos complementares.

Para que se possa dar conta da capacitação para a formação profissional dos mediadores judiciais, exige-se um quantitativo adequado de profissionais habilitados que possuam formação teórica e prática a respeito do tema.<sup>375</sup> Dessa forma, mais profissionais poderão ser treinados adequadamente. Contudo, muitos doutrinadores alertam para a apressada capacitação dos mediadores judiciais em razão do quadro insuficiente disponível.

---

<sup>373</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 63.

<sup>374</sup> SERPA, 2018, p. 304-305.

<sup>375</sup> GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 266.

A esse respeito Yara Rodrigues discorre:

O que preocupa, atualmente, é a aceleração do Poder Judiciário para capacitar pessoas para atuarem como mediadores judiciais, por meio de cursos com carga horária mínima, na intenção de disponibilizar mediadores suficientes nos cadastros nacional e regional, de tal maneira que os tribunais disponibilizem aos cidadãos, em tempo exíguo, a mediação de conflitos.<sup>376</sup>

É necessário ter muito cuidado com a questão da capacitação apressada, pois os dados qualitativos importam tanto ou mais que os dados quantitativos, pois a qualidade do resultado produzido por esse não adversarial, dependerá da qualidade do mediador, também. Nesses termos, pôr em risco a formação adequada de mediadores coloca em risco o próprio serviço prestado, enfraquecendo os mecanismos de acesso à ordem jurídica justa.

No sentir de Yara Rodrigues, a capacitação do mediador que impõe “carga horária de 40 horas mínimas de formação; na permissão legal não é suficiente para capacitar pessoas com essa finalidade, vai depender de como o Judiciário irá valorar a relevância da qualidade do mediador para a realização do fim da mediação”.<sup>377</sup> Não se pode conceber que a mediação judicial siga os rumos da conciliação judicial, que muitas vezes acontece em 5 minutos.

No mesmo sentido, a oferta de estágios nos tribunais para supervisão encontra entraves que impedem a adequada formação do mediador. Gabbay, Faleck e Tartuce apontam que “a experiência em mediação no Brasil tem sido focada no trabalho voluntário dos mediadores junto aos órgãos de justiça, em colaboração com o Poder Judiciário”.<sup>378</sup>

Entre outros obstáculos, a voluntariedade inviabiliza a dedicação exclusiva da prática da mediação e faz com que muitos mediadores possam atuar sem a periodicidade adequada. Se por um lado a atuação de voluntários é importante para a operacionalização da mediação, contudo por outro a atualização necessária para o exercício do ofício do mediador

---

<sup>376</sup> RODRIGUES, 2017, p. 118.

<sup>377</sup> RODRIGUES, 2017, p. 120.

<sup>378</sup> GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 65.

requer investimento financeiro que não pode ser realizado por quem não recebe qualquer remuneração pelo exercício de sua atividade.<sup>379</sup>

Fica claro, portanto, que, enquanto não for estabelecida uma remuneração adequada da atividade e a valorização do mediador de conflitos, haverá obstáculos para o reconhecimento do mediador na concretização do acesso à justiça.

Tendo como premissas as diretrizes curriculares do CNJ e a possibilidade de os tribunais estabelecerem conteúdos complementares exigidos para a formação de mediadores judiciais como requisito para ingresso em seus bancos de mediadores, o reconhecimento das escolas ou instituições interessadas em ofertar cursos de capacitação de mediadores judiciais foi regulamentado pela Resolução Enfam n. 6 de 21 de novembro 2016.<sup>380</sup>

Contudo, os cursos, em muitos estados, só são oferecidos na modalidade presencial pelos tribunais de justiça e são quase que exclusivamente disponibilizados para servidores, conciliadores e voluntários. Demais interessados precisam aguardar até que tais cursos de formação sejam oferecidos por instituições privadas em seus estados ou se qualifiquem em instituições e tribunais de outros locais do país. No momento, o tema é regulado pela Resolução Enfam nº 3, de 7 de junho de 2017, que alterou a Resolução Enfam nº 6, de 21 de novembro de 2016, que dispõe sobre os procedimentos de reconhecimento de escolas ou instituições para a realização de cursos de formação de mediadores judiciais.

## 5.6 AVALIAÇÃO DOS USUÁRIOS SOBRE A ATUAÇÃO DO MEDIADOR JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A partir das inúmeras características que se atribuem ao mediador, fica evidente que ele costuma ser visto como um super-herói ou profissional perfeito. Contudo, não se pode esperar a perfeição dos mediadores.

Feita essa ressalva, a mediação é uma prática até agora bem avaliada pelos usuários, pois é comum que as partes se sintam satisfeitas

---

<sup>379</sup> GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 265.

<sup>380</sup> ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Mediação. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/mediacao/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

em estar diante de um terceiro imparcial que as auxilia em seus processos de comunicação para que elas próprias decidam seus conflitos.

No presente trabalho, optou-se por falar do acesso à justiça que colocou no cenário mundial a importância dos meios alternativos, entre eles a mediação. Contudo, para que a mediação se afirme como forma não adversarial de compor os conflitos, precisa contar com um corpo consistente de mediadores, formados e reconhecidos em sua profissão, incluída a percepção de remuneração justa e adequada, e não voluntária, porque não se pode colocar em risco a própria sustentabilidade da mediação judicial.

O reconhecimento do ofício do mediador judicial é percebido ainda timidamente em razão dos poucos que tiveram acesso à mediação judicial se comparados com os que se submeteram à jurisdição em seus moldes tradicionais. Contudo, número significativo dos que tiveram contato com a mediação ficou satisfeito com o trabalho do mediador e recomendaria esse meio a outras pessoas, ainda que não tenha firmado um acordo ao final. Isso significa dizer que o acesso à justiça se fortalece se houver profissionais capacitados, que façam da mediação um importante meio consensual de resolução de conflitos.

Dados coletados no Relatório do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2009), antes mesmo da Resolução nº 125/2010 do CNJ, mostraram que, de 2.885 conflitos submetidos à mediação de família, 52% foram encerrados por acordo no serviço de mediação familiar daquele Tribunal.<sup>381</sup>

Em 2014, a partir de estudo promovido pela FGV com relação à satisfação das partes com o processo de mediação,<sup>382</sup> verificou-se que 75% dos usuários se sentiram compreendidos pelas partes e pelos mediadores de forma excelente. Uma parcela de 23% dos usuários considerou satisfatório, e 1% assinalou a opção ruim para a sensação de compreensão pelas partes e pelo mediador. Houve também um grupo correspondente a 1% dos respondentes que entendeu que a pergunta não se aplicava ao caso deles. Com relação à compreensão do usuário que

---

<sup>381</sup> SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relatório de atividades do TJSC**. Florianópolis: TJSC, 2009. Disponível em <<http://www2.tjsc.jus.br/web/gestao-estrategica/relatorios-estatisticos-institucionais/2009.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>382</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

respondeu ao questionário das outras partes, 64% dos respondentes indicaram que sentiram que, após a mediação, compreendem muito bem as outras partes. Já outros 30% responderam que sentiram que, após a mediação, compreendem de forma satisfatória as outras partes, enquanto 2% assinalaram que não compreendem bem as outras partes. Os últimos 4% entenderam que a pergunta não se aplicava ao caso.

Já com relação à satisfação do usuário com a mediação, verifica-se que 67% dos usuários se sentiram muito satisfeitos com a mediação, enquanto 29% acharam apenas satisfatória. Ainda, 1% considerou a mediação ruim, e 3% entenderam que a questão não se aplicava ao caso.

No Boletim Segurança e Cidadania, Ecos da Mediação no Brasil: Avaliação dos Usuários sobre o Atendimento Prestado nos Centros Judiciários de Mediação de Conflitos,<sup>383</sup> em 2016, foram expostos resultados de uma pesquisa piloto realizada com usuários de dois Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) que recebem conflitos de natureza criminal e civil, situados em regiões distintas da cidade do Rio de Janeiro (Leblon e Jacarepaguá). Os dados derivam de 215 entrevistas telefônicas, por meio das quais se testou uma ferramenta de avaliação da mediação de conflitos na prática judiciária, em que se buscava produzir informações sistematizadas sobre seus impactos e sobre o atendimento prestado pelos mediadores aos jurisdicionados.

Os dados apontaram que tanto no Leblon quanto em Jacarepaguá foi quase unânime a aprovação da conduta avaliada. Dos 215 respondentes 83,3% classificaram como bom ou ótimo o atendimento dos funcionários e dos mediadores.<sup>384</sup>

Já o Relatório do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), publicado em 2017, demonstrou elevada satisfação dos

---

<sup>383</sup> CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA. **Ecos da mediação judicial**: avaliação dos usuários sobre o atendimento prestado nos centros judiciários de mediação de conflitos: pesquisa piloto realizada nos núcleos do Leblon e Jacarepaguá – RJ. MOURÃO, Barbara Musumeci (Org.). Rio de Janeiro: Cesecc, 2016. Disponível em: <<https://www.ucamcesecc.com.br/wp-content/uploads/2016/03/boletim20ecosdamediacaojudicial.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>384</sup> Ibid., p. 10.

usuários em relação ao serviço prestado – 90% de avaliação.<sup>385</sup> Segundo o documento, em todos os centros avaliados os níveis de satisfação geral são similares, com pequena variação. Dos usuários que responderam à pesquisa 86% informaram que houve mudança, ainda que parcial, na imagem que têm do Poder Judiciário ao passarem por sessões de conciliação ou mediação, sendo o impacto maior para as partes. Infere-se que parte do motivo da mudança na imagem se deve ao fato de os usuários terem sentido que participaram da construção da solução do conflito, ainda mais que quase 90% deles relataram ser positiva, pelo menos, a tentativa do acordo.<sup>386</sup>

O desempenho dos conciliadores e mediadores atuantes foi avaliado positivamente em 97% dos formulários válidos. De forma geral, segundo o relatório, há similaridade na percepção sobre a atuação dos facilitadores pelos advogados e partes.

Comparando o modelo brasileiro com o modelo multiportas estadunidense, as autoras Fabiana e Gimenez apontam quatro pontos de contribuição que podem colaborar na qualificação do papel do mediador e, por consequência, na formação de uma cultura de paz no Brasil. O primeiro seria reconhecer a mediação como método autônomo, e não como fase do processo judicial. A segunda seria solidificar as práticas autocompositivas, seu funcionamento e diferenciação entre os outros métodos, sem encará-los como opção para reduzir o congestionamento processual. O terceiro seria reconhecer o ofício do mediador como atuação profissional, remunerada e reconhecida pela sociedade. E o quarto seria prezar pela qualidade do trabalho do mediador, deixando de colocar em suas costas a tarefa de herói da pátria ou de salvador do Poder Judiciário.<sup>387</sup>

No Brasil não se tateia mais na escuridão a caminho da mediação. Aos poucos a doutrina se especializa no tema, os cursos vão ganhando terreno e as classes de profissionais, especialmente a de advogados, vão se convencendo da eficácia dos meios não adversariais. Os dados apontados no presente trabalho mostram algumas evidências positivas acerca da utilização prática da mediação judicial. Contudo, a batalha por

---

<sup>385</sup> BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Relatório semestral de 2017**. Brasília: TJDF, 2017. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecmec/relatorios-1/nupecmec/relatorios/relatorio-semestral-de-2017>>. Acesso em: 2 jan. 2018, p. 26.

<sup>386</sup> Ibid., p. 26 et seq.

<sup>387</sup> GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 275-277.

vencer resistências é contínua, e o trabalho de divulgação e incentivo é necessário para que se supere o modelo tradicional de endereçar os conflitos ao juiz.

A mediação judicial, assim, desponta como uma mediação *sui generis*. O Brasil, acostumado a procurar o Poder Judiciário para tutelar seus interesses e decidir a respeito dos conflitos, inseriu no ordenamento jurídico um tipo impreciso de mediação. Alguns consideram bastante positiva a obrigatoriedade imposta pelo NCPC de que as partes, na primeira sessão, estejam presentes, de forma impositiva, pois isso significaria uma oportunidade de conhecerem o instituto e de desenvolver a cultura do diálogo. Contudo, há quem acredite que isso fere a autonomia da vontade, um dos pilares da mediação.

Apesar deste cenário, os números apresentados neste trabalho apontam para a satisfação dos usuários que experimentam a mediação de conflitos, ainda que nenhum acordo seja firmado, o que significa dizer que a mediação é percebida como ganho no acesso à justiça. Ou seja, tais dados sugerem que a mediação pode ser vista como um meio apto para concretizar o acesso à justiça, que tem o mediador como ponte para o lado positivo e empoderador do conflito. Por meio do mediador, portanto, se oferece a oportunidade de acessar uma ordem jurídica justa, que apesar de ficar no horizonte, nos fará caminhar.



## 6 CONCLUSÃO

1. A mediação judicial é uma espécie *sui generis* diante da conversão do conflito em litígio, podendo ser entendida como uma forma alternativa de resolução de litígio, e não uma forma alternativa de resolução de conflitos. O NCPC elevou a mediação judicial a uma ordem preferencial e privilegiou a oportunidade de entendimento ainda que diante da ameaça de um processo judicial já endereçado ao Judiciário.

2. Os profissionais que atuam no processo de mediação precisam, para que não se contaminem com o imaginário do contencioso, se habituar com as técnicas, habilidades e finalidades da mediação. O CNJ propôs o que se pode chamar de modelo *standard* de capacitação do mediador judicial, ou seja, apresenta o mínimo conhecimento teórico e prático do que se deve esperar de um mediador minimamente qualificado. Contudo, não exclui outros cursos que explorem outras técnicas e habilidades para facilitar diálogos.

3. A mediação judicial no Brasil se compatibiliza com a ideia de judicialização, e não de institucionalização da mediação. A mediação judicial, de acordo com o NCPC se mostra compatível como etapa do processo judicial, e não como técnica autônoma de resolução de conflitos.

4. Conclui-se que a tarefa do mediador judicial é mais complexa que a do mediador extrajudicial, pois naquela o conflito adquire o *status* de litígio instituído, o que significa dizer que as chances de diálogo são, em tese, mais restritas. A ameaça de um processo já endereçado ao Poder Judiciário pode ser um fator de instabilidade.

5. Os juízes não podem fazer as vezes de mediador, mesmo na mediação judicial. São tarefas distintas, que não se confundem. Apesar da boa vontade dos magistrados, a atuação como mediadores viola a imparcialidade, caso tomem contato com a causa após a mediação.

6. A obrigatoriedade de comparecimento da parte na mediação judicial fere a autonomia de vontade, e não há estudos que apontem que o comparecimento para conhecimento do instituto favorece entendimentos e saídas proveitosos para os envolvidos.

7. Para que haja a escolha democrática do modelo de mediação, recomenda-se que as partes sejam questionadas sobre qual escola é a mais adequada diante de sua necessidade. É possível que se mesclen os modelos, desde que se alertem as partes, para que consentam. No Brasil, a doutrina converge no sentido de o modelo adotado na legislação brasileira se aproxima da Escola de Harvard; contudo, não há um modelo fundamental de mediação. Ainda que não se adote um modelo inicial, ao final de cada processo de mediação vivenciado ter-se-á um “modelo”.

8. A mediação não pode ser vista como solução para o desafogamento do Poder Judiciário ou para melhorar sua eficiência. Isso porque a mediação tem sido adotada como tendência por países que possuem eficientes sistema de justiça, a exemplo da Alemanha, que também têm incentivado os meios consensuais para a resolução de conflitos.

9. Os números apresentados neste trabalho apontam para a satisfação dos usuários que experimentam a mediação judicial, ainda que nenhum acordo seja firmado, o que significa dizer que a mediação judicial é percebida como um ganho no acesso à justiça. O resultado confirmou a hipótese de que a mediação concretiza o acesso à justiça diante do reconhecimento do desempenho do facilitador para possibilitar o adequado atendimento das necessidades e interesses dos usuários. Ou seja, as partes se sentem satisfeitas e compreendidas após passar pela experiência de serem auxiliadas pelo mediador judicial.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=XRHkCQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=tania+almeida&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjB99T\\_yJzZAhUKf5AKHRR5DbIQ6AEIJzAA#v=onepage&q=escuta%20ativa&f=false](https://books.google.com.br/books?id=XRHkCQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=tania+almeida&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjB99T_yJzZAhUKf5AKHRR5DbIQ6AEIJzAA#v=onepage&q=escuta%20ativa&f=false). Acesso em: 2 jan. 2018.

ALOISIO, Victoria. **Co-mediacion**. Aporte emocional para fortalecer la relacion com el otro. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. (Série Resolución Alternativa de Disputas).

ANDRADE, Juliana Loss. Magistratura e mediação. In: DIDIER, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos**: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: método de resolução das controvérsias. São Paulo: LTr, 1999.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação e o conflito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de janeiro de 2015a. 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. Lei de Mediação. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#art47](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#art47)>. Acesso em: 6 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015b. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm#art1045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm#art1045)>. Acesso em: 6 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd9fec54.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Relatório semestral de 2017**. Brasília: TJDF, 2017. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/nupemec/relatorios/relatorio-semesteral-de-2017>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

CAPONI, Remo. La mediazione nelle legislazioni stranieri. In: DIDIER, Fredie (Coord.). **Justiça multipartas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA. **Ecos da mediação judicial**: avaliação dos usuários sobre o atendimento prestado nos centros judiciários de mediação de conflitos: pesquisa piloto realizada nos núcleos do Leblon e Jacarepaguá – RJ. MOURÃO, Barbara Musumeci (Org.). Rio de Janeiro: Cesec, 2016. Disponível em: <[https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/03/boletim20ecos\\_damediacaojudicial.pdf](https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/03/boletim20ecos_damediacaojudicial.pdf)>. Acesso em: 2 jan. 2018.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

DIXIT, Avinash K.; PINDYCK, Robert S. **Investment under uncertainty**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

DYMETMAN, Annie. **Da mediação à transmediação de conflitos**: dissolver para resolver. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2011.

EGGER, Ildemar. **O papel do mediador**. II Curso Semipresencial de Capacitação de Multiplicadores em Mediação e Arbitragem. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

EGGER, Ildemar. Justiça privada: formas alternativas de resolução dos conflitos. **Revista Justilex**, Brasília, v. 1, n. 1, 2002.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Mediação. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/mediacao/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. **O Marco Legal da Mediação no Brasil**: Aplicabilidade na Administração Pública. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 148 – 164, Jul./Dez. 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322621384\\_O\\_Marco\\_Legal\\_da\\_Mediacao\\_no\\_Brasil\\_Aplicabilidade\\_na\\_Administracao\\_Publica](https://www.researchgate.net/publication/322621384_O_Marco_Legal_da_Mediacao_no_Brasil_Aplicabilidade_na_Administracao_Publica). Acesso 03 jan. 2018.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FISCHER, Roger; URY, Willian; BATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FISS, Owen. **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GENDRON, Renée. The meaning of silence during conflict. **Journal of Conflictology**, Campus for Peace, UOC, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://journal-of-conflictology.uoc.edu/joc/en/index.php/journal-of-conflictology/article/view/vol2iss1-gendron.html>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. **O mediador na Resolução 125/2010 do CNJ**: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.

GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça e Teoria dos Jogos**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da Mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

GOULART, Juliana Ribeiro; GONCALVES, Jéssica. **Rapport**: como estabelecer uma relação de confiança usando técnica da Mediação de Conflitos. Florianópolis: Empório do Direito, 2016b. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/rapport-como-estabelecer-uma->

relacao-de-confianca-usando-tecnica-da-mediacao-de-conflitos>. Acesso em: 2 jan. 2018.

GOULART, Juliana Ribeiro; GONCALVES, Jéssica. **Resiliência e o enfoque prospectivo da mediação de conflitos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/resiliencia-e-o-enfoque-prospectivo-da-mediacao-de-conflitos/>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

GOULART, Juliana Ribeiro; GONÇALVES, Jéssica. **A conciliação e a mediação empoderam?** Florianópolis: Empório do Direito, 2016a. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/a-mediacao-e-a-conciliacao-empoderam-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves/>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5, abr. 2008. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos\\_justica\\_conciliativa.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf)>. Acesso em: 2 nov. 2017.

HILL, Flavia Pereira et al. Procedimento. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 129-188.

HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. Tradução de João Paulo Monteiro. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1945.

KING, Norman. **Os primeiros cinco minutos**: como um bom começo pode determinar o êxito de uma entrevista, uma negociação, uma venda. Tradução de Felipe Rajabally. São Paulo: Nobel, 1991.

LAWRENCE, James. Mediation advocacy: partnering with mediator. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 15, n. 2, p. 425-442, 2000. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/osjdr/issues/volume-11-20/>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

LEAHY, Robert L.; TIRCH, Dennis; NAPOLITANO, Lisa A.

**Regulação emocional em psicoterapia:** um guia para o terapeuta cognitivo comportamental. Porto Alegre: Artmed, 2013.

LEWICKI, Roy J.; HIAM, Alexander. **MBA compacto:** estratégias de negociação e fechamento. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

LIMA JÚNIOR, Asdrúbal Nascimento. Os desafios da mediação no Brasil. In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Org.). **Temas de mediação e arbitragem.** São Paulo: Lex, 2017.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa:** a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira Rocha; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e mediação:** a reforma da legislação brasileira. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, v. 93, n. 820, separata, p. 11-49, fev. 2004.

MARLOW, Lenard. **Mediación familiar, uma prática em busca de uma teoria:** uma nueva vision del derecho. Tradução de Ana Maria Sánches Durán e Daniel J. Bustelo Elicabe-Urriol. Buenos Aires: Garnica, 1999.

MELLILO, Aldo; SUÁRES OJEDA, Élbio Nestor (Org.). **Resiliência:** descobrindo as próprias fortalezas. Porto Alegre: Artmed, 2005.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina (Coord.). **A mediação no novo Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução dos conflitos. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. A força da palavra deve ser sustentada na mediação penal. 25 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-25/limite-penal-forca-palavra-sustentada-mediacao-penal>>. Acesso em: 10 maio 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Prefácio. In: GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Prefácio. In: WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MOTA, Sílvia Ventura. **A representação pelo advogado na mediação**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35018/1/A%20Representacao%20pelo%20Advogado%20na%20Mediacao.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os princípios que regem a mediação e a conciliação. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, 2015.

RAVINDRA, Geetha. **Role of attorneys in mediation process**.

Disponível em:

<[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/role\\_of\\_attorney\\_in\\_mediation\\_process.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/role_of_attorney_in_mediation_process.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2018.

REIS, Adacir. Mediação e impactos positivos no Judiciário. In: ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe (Org.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70071448567, Oitava Câmara Cível. Apelante: M. P. Apelado: A. J. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 9 de março de 2017.

ROBERTS, Marian. **Developing the craft of mediation: reflection on theory and practice**. London: Jessica Kingsley, 2007.

RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **A mediação judicial no Brasil: avanços e desafios a partir do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC, 2007.

SALEM, Richard. Empathic listening. BURGESS, Guy; BURGESS, Heidi (Ed.). **Beyond intractability**. Boulder: Conflict Information Consortium; University of Colorado, July 2003. Disponível em: <<http://www.beyondintractability.org/essay/empathic-listening>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

SAMPAIO, Lia Regina; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos?** São Paulo: Brasiliense, 2014.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relatório de atividades do TJSC**. Florianópolis: TJSC, 2009. Disponível em <<http://www2.tjsc.jus.br/web/gestao-estrategica/relatorios-estatisticos-institucionais/2009.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação: uma solução judiciosa para os conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Ádamo Alberto de. **A Teoria dos Jogos e as ciências sociais**. Marília: Unesp, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação**: técnicas e estágios. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

TARTUCE, Fernanda. Mediação em conflitos contratuais e indenizatórios. In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Org.). **Temas de mediação e arbitragem**. São Paulo: Lex, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Desafios pedagógicos para docentes e praticantes da mediação de conflitos no Brasil. In: NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Org.). **Temas de mediação e arbitragem**. São Paulo: Lex, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VELOSO VELOSO, Beatriz Aguiar Bovendorp. **Mediação de conflito**: justiça e paz social. 2011. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/cadernos-ejef/eventos/1congressomineiro/2011/Palestras/Beatriz-Aguiar.html>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

VEZZULLA, Carlos Juan. **Mediação**: guia para usuários e profissionais. Florianópolis: Imab, 2001a.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e prática: guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora, 2001b.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização de Vívian

Alves de Assis; Júlio Cesar Marcellino Júnior; Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Buenos Aires: Angra, 1998.

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

WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas à 1ª edição. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATKINS, Michael (Org.). **Negociação**: seu mentor e guia para gerenciamento. Tradução de Cristiana de Assis Serra. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos**: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de Direito. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

## **ANEXO A - Resolução CNJ 125/2010 - Diretrizes Curriculares**

O Programa de capacitação de mediadores judiciais consta do ANEXO I (Diretrizes Curriculares) da Resolução nº 125 do CNJ, com o seguinte texto:

### **ANEXO I**

(Anexo alterado pela Emenda nº 2/2016 – Dje 11/03/2016)

### **DIRETRIZES CURRICULARES**

(Aprovada pelo Grupo de Trabalho estabelecido nos termos do art. 167, § 1, do Novo Código de Processo Civil por intermédio da Portaria CNJ 64/2015)

O curso de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores) tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. Esse curso, dividido em 2 (duas) etapas (teórica e prática), tem como parte essencial os exercícios simulados e o estágio supervisionado de 60 (sessenta) e 100 (cem) horas.

#### **I – Desenvolvimento do curso**

O curso é dividido em duas etapas: 1) Módulo Teórico e 2) Módulo Prático (Estágio Supervisionado).

##### **1. Módulo Teórico**

No módulo teórico, serão desenvolvidos determinados temas (a seguir elencados) pelos professores e indicada a leitura obrigatória de obras de natureza introdutória (livros-texto) ligados às principais linhas técnico-metodológicas para a conciliação e mediação, com a realização de simulações pelos alunos.

##### **1.1 Conteúdo Programático**

No módulo teórico deverão ser desenvolvidos os seguintes temas:

a) Panorama histórico dos métodos consensuais de solução de conflitos. Legislação brasileira. Projetos de lei. Lei dos Juizados Especiais. Resolução CNJ 125/2010. Novo Código de Processo Civil, Lei de Mediação.

b) A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos

Objetivos: acesso à justiça, mudança de mentalidade, qualidade do serviço de conciliadores e mediadores. Estruturação – CNJ, Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cejusc. A audiência de conciliação e mediação do novo Código de Processo Civil. Capacitação e remuneração de conciliadores e mediadores.

c) Cultura da Paz e Métodos de Solução de Conflitos

Panorama nacional e internacional. Autocomposição e Heterocomposição. Prisma (ou espectro) de processos de resolução de disputas: negociação, conciliação, mediação, arbitragem, processo judicial, processos híbridos.

d) Teoria da Comunicação/Teoria dos Jogos

Axiomas da comunicação. Comunicação verbal e não verbal. Escuta ativa Comunicação nas pautas de interação e no estudo do inter-relacionamento humano: aspectos sociológicos e aspectos psicológicos. Premissas conceituais da autocomposição

e) Moderna Teoria do Conflito

Conceito e estrutura. Aspectos objetivos e subjetivos.

f) Negociação

Conceito: Integração e distribuição do valor das negociações. Técnicas básicas de negociação (a barganha de posições; a separação de pessoas de problemas; concentração em interesses; desenvolvimento de opções de ganho mútuo; critérios objetivos: melhor alternativa para acordos negociados).

Técnicas intermediárias de negociação (estratégias de estabelecimento de *rapport* transformação de adversários em parceiros: comunicação efetiva).

#### g) Conciliação

Conceito e filosofia. Conciliação judicial e extrajudicial. Técnicas (recontextualização. Identificação das propostas implícitas, afago, escuta ativa, espelhamento, produção de opção condicionamento das questões e interesses das partes. Teste de realidade). Finalização da conciliação. Formalização do acordo. Dados essenciais do termo de conciliação (qualificação das partes, número de identificação. natureza do conflito...). Redação do acordo: requisitos mínimos e exequibilidade. Encaminhamentos e estatística.

Etapas (Planejamento da sessão. Apresentação ou abertura, esclarecimentos ou investigação das propostas das partes. Criação de opções. Escolha da opção, lavratura do acordo).

#### h) Mediação

Definição e conceitualização. Conceito e filosofia. Mediação judicial e extrajudicial, prévia e incidental; Etapas — Pré-mediação e Mediação propriamente dita (acolhida, declaração inicial das partes, planejamento, esclarecimentos dos interesses ocultos e negociação do acordo).

Técnicas ou ferramentas (comediação, recontextualização, identificação das propostas implícitas. Formas de perguntas, escuta ativa, produção de opção, condicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade ou reflexão)

#### i) Áreas de utilização da conciliação/mediação

Empresarial. Familiar. Civil (consumerista, trabalhista, previdenciária, etc.), penal e justiça restaurativa; o envolvimento com outras áreas do conhecimento.

#### j) Interdisciplinaridade da mediação

Conceitos das diferentes áreas do conhecimento que sustentam a prática: sociologia, psicologia, antropologia e direito.

k) O papel do conciliador/mediador e sua relação com os envolvidos (ou agentes) na conciliação e na mediação

Os operadores do direito (o magistrado, o promotor, o advogado, o defensor público, etc.) e a conciliação/mediação. Técnicas para estimular advogados a atuarem de forma eficiente na conciliação/mediação. Contornando as dificuldades: situações de desequilíbrio. Descontrole emocional, embriaguez, desrespeito.

l) Ética de conciliadores e mediadores

O terceiro facilitador: funções, postura, atribuições, limites de atuação. Código de Ética — Resolução CNJ 125/2010 (anexo).

### **1.2 Material didático do Módulo Teórico**

O material utilizado será composto por apostilas, obras de natureza introdutória (manuais, livros-texto, etc.) e obras ligadas às abordagens de mediação adotadas,

### **1.3 Carga Horária do Módulo Teórico**

A carga horária deve ser de, no mínimo, 40 (quarenta) horas/aula e, necessariamente, complementada pelo Módulo Prático (estágio supervisionado) de 60 (sessenta) a 100 (cem) horas.

### **1.4 Frequência e Certificação**

A frequência mínima exigida para a aprovação no Módulo Teórico é de 100% (cem por cento) e, para a avaliação do aproveitamento, o aluno entregará relatório ao final do módulo.

Assim, cumpridos os 2 (dois) requisitos – frequência mínima e apresentação de relatório – será emitida declaração de conclusão do Módulo Teórico, que habilitará o aluno a iniciar o Módulo Prático (estágio supervisionado).

## **2. Módulo Prático — Estágio Supervisionado**

Nesse módulo, o aluno aplicará o aprendizado teórico em casos reais, acompanhado por 1 (um) membro da equipe docente (supervisor), desempenhando, necessariamente, 3 (três) funções: a)

observador, b) coconciliador ou comediador, e c) conciliador ou mediador.

Ao final de cada sessão, apresentará relatório do trabalho realizado, nele lançando suas impressões e comentários relativos à utilização das técnicas aprendidas e aplicadas, de modo que esse relatório não deve limitar-se a descrever o caso atendido, como em um estágio de Faculdade de Direito, mas haverá de observar as técnicas utilizadas e a facilidade ou dificuldade de lidar com o caso real. Permite-se, a critério do Nupemec, estágio autossupervisionado quando não houver equipe docente suficiente para acompanhar todas as etapas do Módulo Prático. Essa etapa é imprescindível para a obtenção do certificado de conclusão do curso, que habilita o mediador ou conciliador a atuar perante o Poder Judiciário.

### **2.1 Carga horária**

O mínimo exigido para esse módulo é de 60 (sessenta) horas de atendimento de casos reais, podendo a periodicidade ser definida pelos coordenadores dos cursos.

### **2.2 Certificação**

Após a entrega dos relatórios referentes a todas as sessões das quais o aluno participou e cumprido o número mínimo de horas estabelecido no item 2.1 acima. Será emitido certificado de conclusão do curso básico de capacitação, que é o necessário para o cadastramento como mediador junto ao tribunal no qual pretende atuar.

### **2.3 Flexibilidade dos treinamentos**

Os treinamentos de quaisquer práticas consensuais serão conduzidos de modo a respeitar as linhas distintas de atuação em mediação e conciliação (e.g. transformativa, narrativa, facilitadora, entre outras). Dessa forma, o conteúdo programático apresentado acima poderá ser livremente flexibilizado para atender às especificidades da mediação adotada pelo instrutor, inclusive quanto à ordem dos temas. Quaisquer materiais pedagógicos disponibilizados pelo CNJ (vídeos, exercícios simulados, manuais) são meramente exemplificativos.

De acordo com as especificidades locais ou regionais, poderá ser dada ênfase a uma ou mais áreas de utilização de conciliação/mediação.

## **II – Facultativo**

### **Instrutores**

Os conciliadores/mediadores capacitados nos termos dos parâmetros acima indicados poderão se inscrever no curso de capacitação de instrutores, desde que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- Experiência de atendimento em conciliação ou mediação por 2 (dois) anos.
- Idade mínima de 21 anos e comprovação de conclusão de curso superior.