

ASPECTOS DA MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ATUALIDADES DA LEI N. 13.140/2015

ASPECTS OF MEDIATION IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND UPDATES OF THE LAW N. 13.140/2015

*Paulo Henrique da Silveira Chaves**

RESUMO

Com o objetivo de desenvolver um estudo acerca do instituto da mediação, este artigo desenvolveu-se por meio de pesquisa teórica, bibliográfica e do ordenamento brasileiro, pelas recentes alterações trazidas pela Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, e, ainda, pelo novo Código de Processo Civil, estabelecendo-se um paralelo com disposições da legislação de Portugal. Inicia-se com uma rápida distinção de meios alternativos de solução de conflitos, destacando-se a mediação. São identificados princípios expressamente contemplados pelo Código e pela Lei, e alguns de seus correspondentes em disposições legais de Portugal. Prossegue-se com a análise da necessidade de capacitação do mediador e da responsabilidade de seus atos. A mediação foi analisada como instrumento capaz de trazer satisfação às partes. Conclui-se com considerações finais acerca das vantagens da mediação.

Palavras-chave: Mediação; Princípios; Novo Código de Processo Civil; Lei n. 13.140/2015.

ABSTRACT

In order to develop a study about the mediation institute, this article was developed through theoretical research, literature and the Brazilian legal system, with the recent changes introduced by Law n. 13,140/2015, which provides for mediation between individuals and self-resolution of conflicts within the government and also by the new Code of Civil Procedure, establishing a parallel

* Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo (Fadisp). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Especialista em Direito Processual Civil pela UFU. Graduado em direito pela UFU. E-mail: pchaves@ufu.br.

with provisions of Portugal legislation. It began with a quick distinction of alternative means of conflict resolution, especially mediation. Principles have been identified explicitly covered by the Code and the law, and some of their corresponding laws of Portugal. It continued with the analysis of the need for mediator training and the responsibility for their actions. Mediation was analyzed as an instrument to bring satisfaction to the parties. It concludes with final considerations about the advantages of mediation.

Keywords: Mediation; Principles; new Code of Civil Procedure; Law n. 13,140/2015.

INTRODUÇÃO

O instituto da mediação se apresenta como uma das formas de solução de conflitos, buscando-se a ativa participação das partes na construção de uma decisão comum. Neste artigo, para a análise, valeu-se de pesquisa teórica, incluindo-se as inovações trazidas no novo Código de Processo Civil (CPC), e, também, da Lei n. 13.140/2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Buscou-se ainda, efetivar uma comparação às disposições afetas ao instituto em Portugal, demonstrando-se a essência de seus princípios em ambos os sistemas. A opção comparativa ao direito português se deu pela similitude e proximidade do instituto em ambos países, bem como por ter sido identificada ainda a atualidade no sistema luso. Com a análise do instituto, identificaram-se seus princípios contemplados pelas inovações, promovendo-se uma reflexão para seus benefícios. A importância da mediação foi realçada em face da extinção da lide, sendo, nas considerações finais, demonstrado que representa um meio eficaz de eliminação de insatisfação das partes, o que pode não ocorrer com a sentença.

DISTINÇÕES CONCEITUAIS DA NEGOCIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

A mediação situa-se em um grupo de meios de solução de conflitos, mas há outros, como a negociação, a conciliação e a arbitragem. Como este trabalho tem por finalidade apresentar os aspectos da mediação no Novo Código de Processo Civil e, também, na recém-editada Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, faz-se necessário, inicialmente, traçar uma breve distinção conceitual entre esta e outros meios de solução de conflitos.

Pela **negociação**, as partes ou seus representantes discutem e avaliam a possibilidade de uma transação para a resolução do conflito. Nessa modalidade de resolução de conflitos, não há interferência de terceiros¹. As partes interessadas

¹ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 41.

na solução do conflito de interesses podem até mesmo ser conclamadas a negociarem entre si, mas sem a participação de terceiros, buscando o ponto comum de interesses, o que resulta em uma proposta final por elas construída, dirimindo o conflito.

Em outra modalidade de solução de conflitos, surge a **conciliação**, uma atividade desenvolvida para facilitar e auxiliar as partes na solução de um problema. Apresenta-se a figura do conciliador, que tem a faculdade de apresentar propostas de solução, as quais, se aceitas, o serão de forma livre pelas partes. Pode-se classificar a conciliação em razão do local onde ela se realiza, sendo extrajudicial ou judicial. A primeira pode se dar até mesmo antes do início de um processo judicial, sendo inclusive, uma maneira de evitá-lo, ou mesmo, se feita após a existência do processo judicial, os termos do acordo obtido na conciliação serão apresentados nos autos para homologação. Já a conciliação judicial desenvolve-se perante o juiz, podendo ele próprio ser o conciliador ou ser auxiliado por terceiro que poderá apresentar propostas para as partes, as quais poderão aderir ou mesmo construir em conjunto uma solução ao litígio, que, reduzida a um termo de audiência, é homologada pelo juiz.

Diferentemente das técnicas aqui apresentadas, há ainda a **arbitragem**² – um procedimento extrajudicial regulamentado pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que atualizou o instituto no sistema, revogando legislação anterior e alterando o Código de Processo Civil. Recentemente, ocorreram modificações a partir da Lei n. 13.129/2015. O procedimento se dá perante árbitro, escolhido pelas partes ou mediante uma convenção de arbitragem, expressa em um contrato específico ou cláusula compromissória. O árbitro é pessoa física que dirigirá a instrução do processo arbitral, receberá alegações e produção de provas e, ao final, prolatará a sentença arbitral. Nesse procedimento, as partes podem ser representada por advogado se pretenderem, produzindo provas necessárias à hipótese. A função do árbitro é diversa daquelas do mediador e do conciliador, assemelhando-se sim às de um magistrado, vinculando sua sentença arbitral as partes, formando, inclusive, título executivo judicial, conforme disposto no inciso VII, do artigo 515, do Código de Processo Civil.

Como objeto deste estudo, apresenta-se a **mediação**, que pode ser judicial ou extrajudicial e consiste na intervenção de um terceiro imparcial, que não dispõe de poder de imposição de decisão às partes. Esse terceiro tem a tarefa de auxiliar as partes em conflito a encontrarem uma solução. Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, a mediação constitui-se, historicamente, na manifestação de transigência entre particulares para encontrarem a solução de seus conflitos, sem

² Na Constituição de 1824, havia a possibilidade de as partes escolherem juízes árbitros. “Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

a intervenção do Estado, pela indicação consensual de um ou vários intermediários que lhes pacifiquem os interesses³. Assim, consiste a mediação em um procedimento voluntário e confidencial⁴ no qual um terceiro, que conhece as técnicas de mediação, ajuda os envolvidos na busca da solução, sendo assim um meio não adversarial.

Em face da voluntariedade, o uso da mediação por qualquer pessoa física ou jurídica, que possa vir a ser parte em processo de mediação, está condicionado à capacidade civil e até mesmo à representação, coincidente com o disposto no Código de Processo Civil brasileiro, podendo-se fazer representada ou assistida na forma da lei⁵. Durante a mediação, o mediador deve ouvir as partes e perguntar, entretanto sem poder expressar a sua opinião. Petrônio Calmon Filho entende que o mediador deve se portar durante a mediação com:

Neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor⁶.

As principais vantagens da mediação são a celeridade, a confidencialidade e a economia. Muitos casos são resolvidos em uma só audiência. Não havendo solução na primeira audiência, é possível a realização de outras. A confidencialidade estende-se ao mediador e às partes, que não poderão revelar o que se passou nas audiências. No tocante aos custos, a mediação revela-se mais viável economicamente, pois a presença do advogado é facultativa⁷.

Petrônio Calmon Filho afirma não ser recomendável a adoção da mediação como forma de resolver uma controvérsia quando houver “grau de desequilíbrio de poder entre os envolvidos”⁸.

A modalidade de mediação recepcionada e regulamentada pelo Código de Processo Civil é a judicial, desenvolvendo-se após a instauração de um

³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

⁴ Lei n. 13.140/2015 – **Art. 30**. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

⁵ Código de Processo Civil: **Art. 70**. Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo; **Art. 71**. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.

⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 121.

⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, op. cit., p. 122.

procedimento judicial e podendo ser realizada pelo magistrado ou por terceiros capacitados na forma da lei⁹.

Na Europa, o instituto da mediação já era regulamentado há alguns anos, mas, certamente, com vistas a buscar uma uniformização de conceitos e procedimentos, a Comunidade Europeia editou a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008¹⁰, encontrando-se a seguinte definição de mediação no artigo 3º:

“Mediação”, um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

A definição lançada na Diretiva suprarreferida, além da possibilidade de uniformização conceitual, no tocante ao procedimento, identifica a autonomia do processo de mediação, o que é característica importante para a atuação independente do mediador e a liberdade das partes. Imagine-se a hipótese em que houver preexistente um processo judicial e que a mediação se refira a este. Nessa situação, demonstra-se a grande importância da independência descrita na Diretiva, no sentido de afastar a possibilidade de riscos às partes ao exporem conteúdo capaz de interferir no julgamento e até mesmo da influência da autoridade judiciária.

PRINCÍPIOS AFETOS À MEDIAÇÃO DISPOSTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI 13.140/2015, COM ALGUNS CORRELATOS NA LEI PORTUGUESA N. 29/2009

A matéria relativa a princípios demonstra-se inesgotável no entendimento de que até mesmo os princípios não se esgotam e de que, além de evoluírem ao longo do processo histórico e social, novos se deixam conhecer e afloram com a evolução do conhecimento.

Com relação aos princípios que incidem na mediação, há países que cuidaram de os elencar na legislação, havendo hipóteses em que se chegou a conceituá-los, como na legislação portuguesa. No sistema brasileiro, especificamente no Código de Processo Civil e na Lei n. 13.130/2015, foram apontados apenas aqueles

⁹ Código de Processo Civil: CAPÍTULO III – DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA – Seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais – artigos 165 a 175.

¹⁰ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 04 set. 2014.

estritamente específicos à mediação, sem que houvesse qualquer restrição de que, na interpretação do direito, a mediação possa ser atingida por uma gama maior de princípios.

Em um estudo acerca dos princípios na mediação, na obra de Petrônio Calmon, são citados princípios da mediação nos Estados Unidos, cujo rol elencou: voluntariedade; consentimento informado; poder das partes ou autodeterminação; imparcialidade ou neutralidade do mediador; e confidencialidade¹¹.

No caso de Portugal, a mediação é uma realidade regulamentada até mesmo em questões criminais, conforme disciplina a **Lei n. 21 de 12 de junho de 2007**¹². A referida lei cuidou em admitir a mediação em processo penal, conforme disposto no artigo 2º, admitindo-a nas hipóteses em que o processo crime dependa de queixa ou acusação particular, em se tratando de crimes contra a pessoa ou o patrimônio, excetuando-se aqueles com previsão de prisão superior a 5 anos, os crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, peculato, corrupção, tráfico de influência, ou o ofendido seja menor de 16 anos e, por fim, nas hipóteses de procedimento sumário ou sumaríssimo. Recentemente, ainda em Portugal, editou-se uma lei que estatuiu expressa e claramente quais eram os princípios aplicáveis à mediação. Analogamente, o Código de Processo Civil também elencou alguns princípios inerentes à mediação em seu artigo 166¹³. No tocante à lei portuguesa, além de relatar os princípios, especificou suas características e sua forma de aplicação nos procedimentos submetidos à mediação, conforme a **Lei n. 29 de 19 de abril de 2013**¹⁴.

Há evidência que alguns sistemas legislativos apontam expressamente os princípios relativos ao instituto. Poder-se-ia erguer polêmica com relação à aplicabilidade ou não daqueles não referenciados na legislação. A polêmica, no Brasil, apresenta-se dirimida, sob o fundamento de que um rol de princípios teria interpretação *numerus apertus*, posto que a hipótese pode ser alcançável

¹¹ Na obra *Fundamentos da mediação e da conciliação* (Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102), Petrônio Calmon aponta quais são os princípios da mediação de acordo com a Massachusetts Association of Mediation Programs (MAMP): a) Voluntariedade; b) Consentimento informado – que consiste no direito das partes de serem informadas sobre o processo de mediação e, se necessário, acerca de seus direitos legais, antes de participar e de aprovar os termos da mediação; c) Poder das partes ou autodeterminação; d) imparcialidade ou neutralidade do mediador; e e) Confidencialidade.

¹² Lei n. 21, de 12 de junho 2007. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/lei-n-21-2007-de-12-de/downloadFile/file/L_21_2007.pdf?nocache=1183462846.55>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹³ Código de Processo Civil: Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹⁴ Lei n. 29, de 19 de abril de 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/pdfIsdip/2013/04/07700/0227802284.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2014.

pela aplicação de outros princípios, por força da Constituição Federal, que tratou de forma aberta dos princípios no Título I – Dos princípios fundamentais e, também, no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Há disposição no § 2º, inciso LXXVIII, do artigo 5º, com referência à inexistência de exclusão de direitos e garantias expressos, decorrentes dos princípios. Admite-se, então, a conclusão da superveniência de princípios em fundamentação a direitos e garantias que não apenas aqueles expressamente arrolados.

Ainda que se reconheça que todos os princípios são essenciais à plenitude da mediação, ocorre certo destaque em relação àqueles que se relacionam muito próximos aos institutos e até mesmo fundamentam a própria essência da mediação, destacando-se, inicialmente, o **princípio da consensualidade**. Este se relaciona ao resultado ou à decisão, na mediada em que envolve desde a propiciação de um ambiente estável, de tranquilidade e serenidade, para que as partes possam se sentir isentas de qualquer forma de contaminação da expressão de sua vontade. Até mesmo o mediador deve zelar pela isenção de qualquer imposição de decisão ou resultado. As partes devem ter suas vontades alinhadas em determinado sentido, compondo o resultado da lide.

Apontando certa polêmica, pode-se indagar: diante da consensualidade da solução e de sua construção pelas partes, qual função, então, o mediador desempenharia? Ocorre que o correto exercício da função de mediador não pode comprometer a consensualidade, mas, ao contrário, deve estimulá-la, como guiando as partes para uma solução pacífica e construída no consenso. Importante salientar que sua postura de gestor da mediação lhe investe no compromisso de promover inclusive o ambiente para a consensualidade. O alvo da consensualidade depende da atuação do conciliador, uma vez que as partes não o conseguiram sozinhas. A clara avaliação de opções e consequências pode levar a uma reflexão acerca da consensualidade e de sua superioridade na resolução de conflitos – trata-se de uma nova comunicação¹⁵.

Apesar de esse princípio não estar expresso textualmente nos artigos do Código de Processo Civil, há uma referência à expressão no artigo 174 deste código acerca da criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à “solução consensual de conflitos”, sendo, no entanto, no âmbito administrativo. Tal referência à consensualidade se relaciona ao procedimento, demonstrando ser afeta a este sob a forma de princípio a norteá-lo.

¹⁵ O mediador auxilia as partes a restabelecerem a comunicação entre si e a avaliarem os objetivos, as opções e as consequências de seus atos, conduzindo a um entendimento que seja satisfatório para todos. Esse entendimento é alcançado pelas partes por intermédio da reflexão e de novos vínculos que aparecem, como o fruto do diálogo entre as partes, que antes se encontrava prejudicado; uma comunicação nova que permite às partes acordarem, conforme: SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47.

Quanto à Lei n. 13.140/2015, além de se apresentarem expressas no artigo 2º, inciso VI, com a atribuição de princípio, palavras correlatas se referindo ao consenso surgem em mais outras dez ocorrências nos demais artigos da lei. Denota-se que há um cuidado, até mesmo repetitivo, acerca de frisar a presença da consensualidade no procedimento, isso obviamente porque decorre da essência do instituto da mediação, cujo foco, em si, não é somente o ato de mediar, mas também a finalidade de obter uma solução pela via do consenso.

Pode-se entender o princípio da consensualidade como aquele que contém em si a não adversariedade ou não competitividade, sendo a ocorrência dessas últimas capaz de inviabilizar a construção do consenso ou até mesmo extinguir a própria consensualidade. Referem-se a comportamentos de competitividade ou adversariedade em que uma parte busca se sobrepor à outra. É imprescindível que, no momento em que estejam as partes reunidas perante o mediador, seja criado um ambiente de serenidade, racionalidade e ausência de emoções, possibilitando um diálogo com o foco voltado exclusivamente para o problema. Uma boa técnica que pode ser manejada pelo mediador é esclarecer às partes que as suas pessoas não são o problema e muito menos o representam; ele precisa ser identificado como um terceiro elemento em que a vontade dos presentes à audiência seja no sentido de solucioná-lo de forma a trazer os mínimos efeitos indesejados.

100

Pressupõe a ausência de competição entre as partes que têm em comum a vontade de resolver o conflito¹⁶. Por tal razão, um dos focos da mediação deve ser o estímulo de um sentimento de cooperação, valendo-se da via da comunicação para identificar objetivos comuns e com vistas à harmonia¹⁷. A solução dos conflitos por meio da mediação consiste no exercício da autonomia das partes, que, ao final, construirão uma decisão conjuntamente. A construção dessa decisão certamente não logrará êxito se houver uma postura de rivalidade. Dessa forma, cumpre ao mediador expor condições indispensáveis para a busca de resolução da controvérsia de forma não adversarial.

Ainda em relação ao procedimento e às suas características, apresenta-se o **princípio da autonomia da vontade**, o qual destina-se a assegurar o respeito às vontades das partes, seja na possibilidade de opção pela utilização do procedimento da mediação, seja desistir deste, e, ainda, quanto à não interferência na vontade das partes. As partes devem se sentir livres para solucionar o conflito por meio da mediação, assim como a escolha deve ser feita conscientemente e

¹⁶ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 67.

¹⁷ A mediação estimula um sentimento de cooperação e de comunicação quando aponta as partes não como antagonicas, mas como aquelas que trilham o mesmo objetivo: entre as diferenças, encontrar os objetivos comuns, buscando a melhor solução, alcançando a harmonia, conforme: SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47.

por vontade própria, sem a influência ou a insistência de terceiros. Nos dizeres de Regina Maria Coelho Michelon, “as partes devem estar livres para escolher o mediador em que depositem confiança”¹⁸. Resulta desse princípio um duplo vértice, no qual, inicialmente, há a possibilidade de as partes optarem ou não pela mediação como forma de resolução do litígio e, em um segundo momento (depois de iniciada a mediação ou conciliação), as partes terem a liberdade para decidir como será resolvido o conflito.

Uma vez feita a opção pela mediação, igualmente a solução da lide deve se dar sempre preservando a autonomia da vontade¹⁹.

Sabe-se que há sistemas jurídicos em que se identificam duas espécies de mediação: a voluntária e a mandatária. A voluntária consiste na escolha da mediação por livre-iniciativa das partes, tal qual se regulamentou no novo Código de Processo Civil. Enquanto a mandatária inicia-se por ordem do juiz para fazer cumprir a legislação do país ou cláusula contratual. Em relação à mediação mandatária, Lília Maia de Moraes Sales posiciona-se da seguinte forma: “a existência da mediação mandatária decorre do interesse de fortalecer tal instituto e ainda como um meio de conscientizar os cidadãos da importância do diálogo para a harmonia social”²⁰.

No que tange à mediação mandatária, encontramos o posicionamento de Stella Breitman e Alice Costa Porto, que defendem que esta espécie tem um caráter pedagógico e que a sua obrigatoriedade implementa uma **culturização da mediação**²¹. A mediação mandatária não dispõe do condão de obrigar as partes a nela se manterem até a superveniência do acordo, que, uma vez não alcançado, passar-se-á para a ação judicial. Nas palavras de Juan Luís Colaiacovo e Cyntia Alexandra Colaiacovo, o esclarecimento: “a obrigatoriedade, contudo, restringe-se ao comparecimento à primeira audiência convocada pelo mediador. Após essa formalidade, qualquer das partes poderá considerar concluído o processo, habilitando-se para o início da ação judicial”²². Ainda que seja adotada a mediação mandatária por um sistema, não se descaracteriza a voluntariedade, pois as partes podem não chegar ao consenso e, nem por isso, sua vontade deixaria de

¹⁸ MICHELON, Regina Maria Coelho. A mediação dos conflitos trabalhistas. In: OLIVEIRA, Angela. *Mediação – métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999, p. 158.

¹⁹ A Lei n. 20/2007 de Portugal, que regula a mediação penal, traz uma limitação ao princípio da autonomia da vontade das partes em seu artigo 6: “1 – O conteúdo do acordo é livremente fixado pelos sujeitos processuais participantes, sem prejuízo do disposto no número seguinte; 2 – No acordo, não podem incluir-se sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses”.

²⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 45.

²¹ BREITMAN, Stella. PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar – uma interpretação em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 255.

²² COLAIACOVO, Juan Luís; COLAIACOVO, Cyntia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 77.

ser respeitada, limitando-se a obrigatoriedade apenas a iniciar o procedimento e comparecer a uma audiência.

Em comparação a outro sistema, em Portugal, há previsão acerca da mediação penal, sendo, no inciso 7, artigo 3º, da Lei n. 21/2007, condicionado o início da mediação ao consentimento das partes:

Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação²³.

Mas veja-se que, mesmo tendo o consentimento expresso pelas partes, este pode vir a ser revogado. Observa-se que, na mesma lei, no inciso 2, do artigo 4º, dispõe-se: “o arguido e o ofendido podem, em qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação na mediação”.

Evidenciando-se o respeito à autonomia da vontade das partes, em um nível máximo, o novo Código de Processo Civil brasileiro traz expresso o princípio no *caput* do artigo 166, o qual trouxe outra disposição extensiva em seu § 4º, referente à “livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. Também a Lei n. 140/2015 trouxe o princípio expresso no inciso V, artigo 2º, constando, no § 2º, além do nome do princípio, a não obrigatoriedade de se permanecer no procedimento. Em comparação ao direito português, destaca-se a Lei n. 29 de 2009, que inseriu no Código de Processo Civil português o artigo 249-A e previu a possibilidade de sujeição à mediação voluntária, suspendendo a “caducidade e prescrição”²⁴. Verifica-se que, em ambos os sistemas, a autonomia da vontade das partes é respeitada.

Evidencia-se no princípio da autonomia da vontade a necessidade de serem preservados os interesses das partes, externados em sua vontade, isenta de qualquer possibilidade de contaminação ou influência externa. Tal assertiva demonstra a importância do princípio como fundamento do instituto, e mais: há intrínseca relação desse princípio aos demais. A exemplo, veja-se a busca do consenso, a qual é totalmente dependente da exalação da vontade das partes, que sequer seria vá-

²³ Lei n. 21, de 12 de junho de 2007, de Portugal.

²⁴ Lei n. 29, de 29 de junho de 2009. “Artigo 249-A: 1 – As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios. 2 – A utilização dos sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador. 3 – Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação”. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2014.

lida na hipótese de vício inerente à autonomia. Outro exemplo se lastreia na boa-fé, eis que também diretamente relacionada à autonomia da vontade das partes.

Em relação às intenções reveladas pelas pessoas quanto a negócios ou procedimentos, tem-se o **princípio da boa-fé**. No caso do procedimento da mediação, que envolve consensualidade, esta necessita, com ênfase, de que a boa-fé se exteriorize no comportamento das partes e dos demais envolvidos, permitindo-se a exposição dos pensamentos de cada um sem que haja o temor de que o outro esteja se beneficiando com o procedimento, bem como sem o receio de que há algum malefício oculto ou que a outra parte dissimulou para se beneficiar.

A Constituição Federal brasileira consagrou o princípio da boa-fé na relação entre pessoas, como também o Código Civil, reconhecendo a atuação de boa-fé nos negócios e atos em geral, convalidando-os ou anulando-os em benefício daquele que se sujeitou de boa-fé na relação. E não somente a boa-fé ganhou tratamento, como também a má-fé, determinando-se a punição de seu agente.

Esse princípio é expresso na Lei n. 13.140/2015, no inciso VIII, do artigo 2º. Mas há que se reconhecer que, dada a natureza da mediação, a sua necessidade deflui do próprio instituto, sendo a ele inerente. Veja-se que o oposto – má-fé – culmina por inviabilizar o próprio procedimento, não havendo este como subsistir na hipótese de evidência daquela.

Pelo **princípio da independência**, alcança-se a imunidade a qualquer pressão ou influência externa, que venha a afligir não só com a pessoa do mediador, mas também com a garantia de o procedimento não estar sujeito a ingerências. Mister inclusive que o mediador se mantenha afastado dos seus próprios interesses. Decorre do próprio conceito de independência que não pode o mediador estar subordinado a qualquer pessoa ou situação que venha a lhe comprometer a independência máxima ao atuar na busca dos interesses das partes, incluindo isso, obviamente, até mesmo a capacidade de se isentar de pretensões ou conceitos próprios que possam vir a conduzir a postura de isenção.

Essa independência é tratada no Código de Processo Civil no artigo 166 sob a forma de princípio norteador da mediação. Assim, assume uma amplitude máxima com relação à isenção de qualquer elemento que venha a comprometer não só o mediador, mas todo o procedimento da mediação, de forma que qualquer ingerência, se não neutralizada, macula de vício o procedimento, bem como enseja a troca de mediador se este não tiver as condições de exercer com independência sua atribuição. Apesar de a Lei n. 13.140/2015 não elencar o princípio da independência, como o fez com outros, não significa que seus efeitos não se façam presentes. Aliás, deflui de outros princípios, como a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes e autonomia da vontade das partes, que não haja qualquer violação no tocante à independência do procedimento e do mediador, sob pena de os efeitos da violação atingirem outros princípios. Em comparação

ao direito português, lá também se consagrou a independência do mediador, dispondo-se no artigo 7º, da Lei n. 29/2013, que este deve estar imune a qualquer pressão ou influência externa, ou resultante dos seus próprios interesses, não havendo também qualquer subordinação, de forma que toda a conduta do mediador se pautará pela independência.

Outra característica de grande importância no procedimento da mediação situa-se no comportamento das partes e do mediador com relação ao sigilo dos fatos eventualmente veiculados dentro do procedimento, sujeitando-se ao **princípio da confidencialidade**, sendo esta uma característica essencial na postura das partes com relação a todas as informações produzidas no procedimento, sendo vedada a utilização dessas em fim diverso do deliberado pelas próprias partes.

Esse princípio, constante do *caput* do artigo 166, do Código de Processo Civil, ao mesmo tempo que ganha extensão e clareza, com a disposição no § 2º do mesmo artigo, assegura às partes a confidencialidade das informações produzidas no procedimento, evitando-lhes eventual dano em razão dessas, bem como a possibilidade de deliberação sobre eventual utilização. Igualmente expresso no inciso VII, do artigo 2º, da Lei n. 13.140/2015, pelo princípio, deve ser esclarecido às partes, pelo mediador, logo na primeira reunião, como disposto no artigo 14. E, mais: a Lei cuidou bem em especificar as pessoas alcançadas pelo dever de confidencialidade no § 1º do artigo 30, abordando todas aquelas que direta ou indiretamente tenham participado da mediação. Traz este último artigo duas exceções, sendo a primeira relacionada ao não alcance a crimes de ação pública (§ 3º), e a outra, a prestar as informações tributárias devidas à autoridade. Acredita-se que essa disposição não expressa um conflito de normas ou incompatibilidade com o Código de Processo Civil, pois a Lei, além de ser posterior, revela-se pelo critério da especialidade, trazendo à baila requisito inerente à própria vontade das partes quanto ao cumprimento do acordo que dependa de revelação de fatos, para sua efetivação, bem como cuidou de resguardar o cumprimento de disposição contida em outra norma.

Buscando-se uma comparação em outro sistema, com relação à confidencialidade na mediação, tem-se a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008, estipulando-se a consideração n. 23:

A confidencialidade no processo de mediação é importante e a presente directiva deverá, por conseguinte, prever um nível mínimo de compatibilidade das normas processuais civis no que diz respeito à forma de proteger a confidencialidade da mediação em subsequentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil e comercial²⁵.

²⁵ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 08 set. 2014.

Ainda, comparando-se às disposições brasileiras, encontra-se uma exceção à confidencialidade na Portuguesa n. 29/2009, que, em no artigo 249-C, admitiu exceção à obediência ao princípio da confidencialidade, nas hipóteses em que “(...) esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”²⁶.

Caracterizando-se o procedimento em seus aspectos formais, tem-se a consagração do **princípio da oralidade**, sendo este afeto aos atos procedimentais da mediação, possibilitando que sejam, na medida do possível, realizados oralmente em audiência, transcrevendo-se por escrito aqueles indispensáveis ao procedimento. Essa possibilidade de manifestação oral no procedimento torna-o acessível ao diálogo. Resulta em uma ferramenta indispensável à mediação, pois, além de permitir que as partes exteriorizem seus pensamentos com a fala, o que talvez não ocorreria plenamente na modalidade escrita, ainda dá vazão àquilo que pode estar “engasgado” no pensamento da parte e que precisa exteriorizar sem se comprometer por escrito, sendo que, após isso, já “liberada” do mal contido, aproxima-se da composição do acordo.

Tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei n. 13.140/2015 restringiram-se a apenas nomear o princípio em suas disposições: artigo 166 e inciso III do artigo 2º, respectivamente. Inquestionavelmente, já se comprovou que a oralidade se revela importante instrumento na celeridade, já consagrado no antigo procedimento sumaríssimo, mantendo-se no sumário e consagrando-se na Lei n. 9.099/1995 (Juizados Especiais), o que conferiu celeridade a todos esses procedimentos, tudo isso sem abordar também a excelente experiência na área trabalhista.

Em outra característica também relacionada ao procedimento em si, situa-se o **princípio da informalidade**, caracterizado pela ausência de disposições formais a serem seguidas com rigidez. Pela informalidade, afasta-se um pouco do excesso de formalismo e da preocupação com a produção de atos, obedecendo-se a regras rígidas e modelos, bem como não há o zelo excessivo com determinado procedimento que, se não for seguido à exatidão, causaria nulidade insanável. O princípio da informalidade é expresso na Lei n. 13.140/2015 e no Código de Processo Civil, nos artigos 2º, inciso IV, e 166, respectivamente.

Tem-se como objetivo principal do princípio oportunizar as manifestações das partes, a apresentação de alegações, havendo um diálogo intermediado pelo

²⁶ Lei n. 29, de 29 de junho de 2009. Artigo 249-C do Código de Processo Civil português: “Exceção no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal salvo em caso de circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”. Disponível em: <<http://dre.pt/pdfs/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

mediador, direcionando tais atos no sentido de uma composição amigável entre as partes que construirão livremente o seu pacto de fim à lide – exatamente para se permitir essa liberdade às partes é que se afasta o formalismo em sua plenitude, mantendo-se obviamente atos necessários e indispensáveis para possibilitar o procedimento e registrar o resultado.

Também quanto ao procedimento, e ao mesmo tempo afeto aos atos do mediador, identifica-se o **princípio da isonomia entre as partes**, o qual, também, pode ser traduzido em igualdade entre as partes. Em sua essência, seu objetivo é assegurar que as partes recebam tratamento igualitário sem que ocorram distinções, preferências ou favorecimentos de qualquer parte.

No Código de Processo Civil brasileiro, não houve tratamento específico ao se referir à mediação, utilizando-se, para ela, da palavra isonomia. Contudo, em momento prévio e geral a todos os procedimentos que o Código regula, utilizou-se de outra expressão, com a finalidade mesma de assegurar às partes igual tratamento: “paridade de tratamento”, conforme o artigo 7º²⁷. Esse tratamento estende-se a todos os procedimentos judiciais alcançados pelo Código de Processo Civil. Na Lei n. 13.140/2015, o princípio veio expresso no inciso II do artigo 2º. Identifica-se que, tanto no Código de Processo Civil brasileiro como na mencionada lei, as nomenclaturas sejam de cunho mais técnico. Pretendendo-se o mesmo alcance, ocorre o uso da expressão “igualdade das partes”.

106

A expressão “igualdade das partes” tem referência muito ampla, a qual, trazida ao meio científico, reveste-se de imprecisão. Basta dizer que, na exatidão da expressão, não existem iguais. Exemplificando: entre pessoas, ainda que gêmeos, um nasceu alguns segundos antes do outro, ou mesmo pensam diferentemente, logo são diferentes. Alterando-se o exemplo para pessoas jurídicas, resta que estas jamais poderão ostentar os mesmos dados, como CNPJ etc. – portanto, são diferentes. Poder-se-ia estender os exemplos, vinculando-os a objetos diversos, mas, ainda assim, basta para isso aplicar questionamentos envolvendo características físicas e temporais para demonstrar as diferenças. Assim, resta especificado que a utilização da expressão “isonomia entre as partes” diz respeito ao tratamento isonômico, respeitando-se as características de cada um, e não que sejam exatamente iguais.

Considerando-se, hipoteticamente, a ocorrência de violação à isonomia entre as partes em uma mediação ainda que extrajudicial, esta não se convalida. E, ainda, muito menos se exclui a possibilidade de vir a ser submetida a questionamentos na via judicial, identificando-se o vício naquela via.

²⁷ Código de Processo Civil: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Por fim, ainda caracterizando especificamente formalidade procedimental da mediação, tem-se o **princípio da decisão informada**, expresso no artigo 166 do Código de Processo Civil, que tem por fundamento a devida informação às partes de todo o procedimento da mediação, dos demais princípios que a regem e das consequências das decisões que livremente externarão, restando claros os efeitos do termo final. Trata-se, na verdade, de uma forma de deixar as partes esclarecidas antes de tomarem as decisões, desde a opção pela utilização da mediação até, essencialmente, os efeitos do pacto que vier a ser gerado ao final. Evita-se, assim, qualquer alegação de desconhecimento ou de que tenha sido surpreendido por uma situação imprevista.

Pode-se identificar nesse princípio uma perfeita sintonia com o da autonomia da vontade, o qual, para se consolidar, depende do cumprimento do primeiro. Veja-se que a expressão da vontade está relacionada à inexistência de vício de erro quanto àquilo que desconhece, razão pela qual a comunicação e o esclarecimento de todo o procedimento, de suas características, seus princípios e suas consequências.

Agora, caracterizando a atuação do mediador perante as partes e seus respectivos interesses, identifica-se o **princípio da imparcialidade**, pelo qual não se pode externar qualquer preferência em relação aos interesses de uma ou outra parte. Identifica-se que o mediador deve respeitar a exposição das partes e suas pretensões, sem, contudo, mostrar-se sequer simpático a uma delas. Até mesmo com relação às suas próprias opiniões, o mediador deve se calar, não permitindo ser identificada qualquer forma tendenciosa ou defesa de posicionamento. A imparcialidade é característica da neutralidade. A mínima interferência ou posicionamento acerca do mérito já corrompe a postura, culminando na violação à neutralidade. Em construção ampliada, o princípio da imparcialidade envolve não somente a ausência em favor de uma das partes, mas também a posição de neutralidade, ou seja, o mediador também não poderá se posicionar em defesa de uma outra pretensão, mas sim manter-se neutro em relação a eventuais possíveis pretensões ou soluções. Deve-se permitir a escolha isenta pelas partes da solução que melhor lhes aprez.

Como a atividade do mediador também possibilita que este aponte os pontos controvertidos e até mesmo apresente proposta de solução para o litígio, verifica-se que, nesse momento, há uma linha tênue e que se aproxima muito da quebra de neutralidade. Não haverá violação ao princípio se a apresentação da proposta for feita de forma clara, demonstrando sua construção diante dos fatos apresentados pelas próprias partes e com base na lei, sem exarar a preferência do mediador, mas tão somente outra opção a escolherem livremente, culminando assim para a construção da solução.

No Código de Processo Civil brasileiro, além de ser expresso o princípio no artigo 166, há o tratamento específico dos mediadores quanto ao impedimento no artigo 170 e com relação à suspeição no artigo 173. As hipóteses têm tratamento

também em outro momento no Código, nos artigos 144 a 148. Destaca-se que a disposição que determina que os mediadores sejam sujeitos às hipóteses de impedimento e suspeição decorre de disposição no artigo 148, quando, em seus incisos II e III, trata de alcançar os demais participantes do processo²⁸. Quanto à Lei n. 13.140/2015, além de elencar o princípio da imparcialidade no inciso I, do artigo 2º, no parágrafo único do artigo 1º, traz como característica do mediador a expressão: “terceiro imparcial”. Dessa forma redundante, destaca-se até mesmo a importância do princípio para o instituto da mediação. Ainda na mesma lei, dispõe-se expressamente, no artigo 5º, disposição determinando a aplicação das mesmas regras de impedimento e suspeição, afetas ao juiz, ao mediador. Assim dispondo, obviamente que se reporta às regras do Código de Processo Civil, nos artigos 144 a 148. Por fim, de forma extensiva às hipóteses de impedimento e suspeição trazidas pelo Código de Processo Civil, tem-se disposto no parágrafo único do artigo 5º da Lei o dever do mediador em revelar às partes, antes mesmo de aceitar o encargo, qualquer fato que possa suscitar dúvida com relação à imparcialidade, sujeitando-se à sua eventual rejeição.

A CAPACITAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO MEDIADOR

108

Deve-se admitir que a atividade de mediador, do modo como vem sendo reconhecida no ordenamento, com atribuições perante litígios judiciais e extrajudiciais, demanda qualificação e profissionalização. Veja-se que não é produtivo que cada mediador desenvolva sua própria técnica e empregue seus próprios métodos sem que haja um mínimo de controle ou aperfeiçoamento, o que pode acarretar até mesmo o desprestígio daqueles que apresentem poucos resultados diante da expectativa. Trata-se da especialidade para maximização de resultados benéficos.

No tocante à formação do mediador e às suas aptidões e capacidade técnica de assumir o encargo, a mencionada lei portuguesa n. 29/2009 reuniu tais características e qualidades no princípio da competência, instituído no artigo 8º, sem que inicialmente fosse exigida qualquer qualificação inicial, mas dispôs que “(...) o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça”.

No sistema brasileiro, a Lei n. 13.140/2015 distinguiu as atuações do mediador, sendo que, para o âmbito extrajudicial, o artigo 9º cuidou em determinar que seja o mediador capaz em seu sentido lato, detentor de confiança das partes,

²⁸ Código de Processo Civil: “Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: II – aos auxiliares da justiça; III – aos demais sujeitos imparciais do processo”.

e prosseguiu dizendo que seja “capacitado para fazer mediação” sem a necessidade de estar integrado a qualquer entidade ou conselho²⁹. Diferentemente, na atuação judicial, a lei, no artigo 11, estatui que o mediador, além de ter capacidade em sentido lato, seja graduado há pelo menos dois anos e, ainda, que tenha se capacitado como mediador em curso reconhecido “pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam ou pelos tribunais”³⁰. Esse cuidado realmente se faz necessário! Essa assertiva pode ser corroborada por aqueles que empiricamente participaram no passado das audiências trabalhistas, com a presença dos denominados Juízes Classistas. A experiência comprova que, em muitas situações, a falta de preparo desses nomeados trazia mais discórdia e mesmo demérito para a atividade.

Quanto ao Código de Processo Civil brasileiro, ao tratar da mediação na via judicial, dispôs também determinando a formação do mediador, conforme previsto no artigo 167, § 1º, em curso de capacitação com “parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério de Justiça”³¹. Esse cuidado na preparação do profissional de mediação visa, obviamente, à maximização de frutos a serem obtidos com a técnica, haja vista que outrora, em tentativas de conciliação dirigidas pelos magistrados, não se possa afirmar que grandes êxitos tenham sido alcançados, o que é óbvio, pois um dos grandes trunfos se lastreia exatamente na confidencialidade, o que não é possível para o magistrado que dirimirá o conflito a ser adstrito a tal princípio, isolando e ignorando a comprovação de fatos em sua presença.

Com relação à responsabilidade do mediador, a lei portuguesa foi específica e, no artigo 8º, declarou a responsabilidade civil do mediador nas hipóteses em que violar os deveres da atividade, devendo responder pelos danos causados.

No ordenamento brasileiro, o Código Civil tem disposição capaz de alcançar a responsabilidade de todo aquele que violar direito e causar dano, a exemplo

²⁹ Lei n. 13.140/2015: “**Art. 9º** Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”.

³⁰ Lei n. 13.140/2015: “**Art. 11.** Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

³¹ Código de Processo Civil: “§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal”.

do disposto em seu artigo 186. Contudo, o Código de Processo Civil cuidou em acrescentar outras disposições, trazidas pelo artigo 173, com responsabilidades para o mediador que agir de modo errado na condução da mediação ou mesmo violar seu dever de confidencialidade. Assim, interpretando-se as duas disposições, no direito civil e no processual civil, seja pela forma mais ampla em que o mediador causar dano, seja, ainda, especificamente em violação ao dever de confidencialidade, há responsabilidade do mediador em virtude de seus atos.

MEDIAÇÃO E FORMAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO

Fatores de grande importância em todo o ordenamento jurídico nascem exatamente na possibilidade de satisfatividade e celeridade. Desde a elaboração da Constituição Federal de 1988, a capacidade de satisfazer às partes e dar celeridade aos procedimentos em geral tem detido parte do foco das atenções dos juristas e do legislador, de tal modo que diversas reformas na legislação, em geral, buscaram exatamente contemplar esses anseios.

Com relação à Lei Portuguesa n. 29/2009, há disposição acerca da executividade do acordo advindo de mediação, asseverando que este não tem a necessidade de homologação judicial, ressalvadas as hipóteses em que os litígios não possam ser objeto de mediação, bem como se a lei exigir homologação judicial. Essa disposição entabulada no artigo 9º estende-se aos acordos de mediação obtidos em outros estados-membros da União Europeia, desde que em tais estados tal acordo tenha força executiva.

No Brasil, deve-se analisar a questão separando-se a esfera extrajudicial da judicial, produzindo-se nesta última, havendo a composição por meio da mediação, um termo, nos próprios autos, que segua para homologação do juiz; consequentemente, trata-se de título judicial, procedendo-se ao seu cumprimento forçado pela mesma via, caso não adimplido a contento. Há, no entanto, justa ressalva em relação a direitos indisponíveis, mas transigíveis, para os quais a Lei n. 13.140/2015, § 2º, do artigo 3º, dispõe acerca da necessidade de oitiva do Ministério Público, seguindo-se para a homologação do juiz.

Na esfera extrajudicial, também se lavra o termo de mediação, contudo seu tratamento, por não estar em processo judicial, é um pouco diferenciado, ainda que com resultado final idêntico: a busca judicial para adimplemento forçado se não adimplido espontaneamente. Com relação aos títulos executivos extrajudiciais, o Código de Processo Civil brasileiro, ao tratar deles, reconhece como tal o instrumento de transação referendado pelo mediador credenciado por tribunal, no inciso IV, do artigo 784. Observa-se que, nessa hipótese, o mediador deva ser credenciado no tribunal. Diferentemente, a Lei n. 13.140/2015 não trouxe tal requisito de o mediador ser credenciado em tribunal, nas hipóteses extrajudiciais, como se interpreta inicialmente da disposição do já citado artigo 9º desta lei, o

qual, em disposição expressa, excluiu qualquer necessidade de integrar conselho, entidade de classe ou associação ou nele inscrever-se, e, ainda, na mesma lei, culminou-se com a disposição do parágrafo único do artigo 20, que qualificou o termo final de mediação, nessa hipótese extrajudicial, em “título executivo extrajudicial”. Essa disposição encontra reconhecimento e aplicabilidade também no Código de Processo Civil, posto que este, no inciso XII, do artigo 784, reconhece a condição de título executivo extrajudicial àquele que “a lei atribuir força executiva”.

Entende-se que, seja na via judicial, seja na extrajudicial, a mediação alçará a condição de título executivo, diferindo o procedimento de cumprimento de sentença na primeira hipótese e execução na segunda. Poder-se-ia imaginar inovação no sentido de se dispensar a homologação pelo juiz, mas, em contrapartida, perdem-se as vantagens de celeridade do cumprimento de sentença, que não depende de nova distribuição de ação, tampouco citação e obediência a prazos, além de se submeter a execução de título extrajudicial a eventuais embargos, o que compromete a celeridade. Finaliza-se por reconhecer as vantagens da homologação no termo de mediação na via judicial.

A QUESTÃO DA CONFIDENCIALIDADE E A PUBLICIDADE QUANDO ENVOLVER A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como abordado anteriormente, a confidencialidade é princípio da mediação, e mais: pode-se dizer que um dos grandes atributos e atrativos para o bom êxito da mediação situa-se na possibilidade de discutir as possibilidades para as partes sem que, na oportunidade, se produza prova contrária aos interesses destas, pois trata-se de um ambiente de liberdade, para a busca de solução consensual, portanto não adstrita a pressões e possibilidades de assunção de riscos e futuros danos.

Apesar de o princípio da confidencialidade ser um dos norteadores da mediação, há uma situação em que, aparentemente, poder-se-ia identificar a colisão de princípios. Trata-se da hipótese em que uma das partes seja pertencente à esfera pública. Sabe-se que o artigo 37 da Constituição Federal instituiu que na administração pública, direta e indireta, na União, no Distrito Federal ou nos estados e municípios, será “obedecido” o princípio da publicidade. Decorre da disposição que todos os atos da administração pública devem se revestir da publicidade, permitindo-se o acesso a seu conteúdo.

Em se tratando da mediação ocorrida com algum ente da administração pública, sendo esta na esfera judicial, o problema inexistente em face da publicidade do processo, no qual constam os termos da mediação ocorrida.

Pode-se identificar que, na hipótese judicial e valendo também para a extrajudicial, partindo-se da condição de presente algum ente da administração pública, somente no que diz respeito àquilo que se discorreu durante a mediação

e protegido pela confidencialidade, este não estaria sujeito à publicidade. Contudo, trata-se de um ponto que pode se tornar nevrálgico ao se insistir que a publicidade está presente em todos os atos, até mesmo naqueles que antecedem uma decisão ou composição, como revelar o conteúdo da discussão durante a mediação.

Em uma primeira situação, sendo o direito à confidencialidade afeto às partes, com o consenso dessas, pode-se revelar o conteúdo, não existindo, assim, o problema. Este se ergue na medida em que se pretende preservar o direito à confidencialidade das informações durante a mediação, o que leva à reflexão acerca do alcance desse princípio e seu objeto específico, bem como da extensão do princípio da publicidade.

As informações exaradas durante a mediação, via de regra, são protegidas pela confidencialidade, eis que esta se torna inclusive inerente ao instituto. Para comprovar, basta imaginar o inverso, em que todos os fatos externados durante a mediação estivessem expostos à possibilidade de produção de prova, estar-se-ia diante do instituto da confissão, descaracterizando e, inclusive, inviabilizando a existência do instituto da mediação. Pode-se afirmar que a confidencialidade dos atos durante a mediação é inerente ao próprio instituto, como condição *sine qua non*. Por sua vez, a publicidade na administração pública está relacionada aos seus atos, alcançando os motivos e fundamentos dos atos, que, na hipótese da mediação, se exteriorizarão no termo final, o que não traz dano ao instituto da mediação e, muito menos, às partes, vez que esta já ocorreu. Não se vislumbra admitir a publicidade dos fatos externados durante a mediação antes de que esta ocorra, sob pena de desqualificar o próprio instituto em sua essência e inviabilizando o fim a que se destina.

Como o termo final, em sede judicial, acompanha a publicidade dos processos em geral, resta a hipótese extrajudicial, em que as partes realizam a mediação alcançando o termo final, mas que não há interesse na divulgação do resultado. Nessa hipótese, em havendo ente público, como uma das partes, não se vislumbra a prevalência da confidencialidade extensível até mesmo ao termo final, em relação ao princípio da publicidade. Trata-se de uma hipótese em que deve haver sujeição do interesse privado, ao público, no seu sentido amplo. Ademais, uma vez a questão já resolvida pela mediação, a publicidade não teria a possibilidade de gerar danos em relação ao pacto e ao instituto.

Há uma situação análoga, que envolve a arbitragem, sendo que, nesta, ocorreu a expressa disposição legal, no sentido de que haverá a obediência ao princípio da publicidade, nas hipóteses de presente a administração pública. A essa disposição, foi acrescido o artigo 1º da Lei n. 13.129/2015, que alterou o § 3º do artigo 2º da Lei n. 9.307/96. Verifica-se que, nessa situação análoga, o resultado se dará pela prevalência do princípio da publicidade.

A MEDIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SATISFAÇÃO DAS PARTES

Evidentemente, a pretensão de satisfação de toda a sociedade é um objetivo praticamente intrínseco da lei e é provável seja o grande ensejador de tantas alterações legislativas que se evidenciam no Brasil.

Apesar de o Código de Processo Civil ter sido objeto de extensas discussões pretéritas, no mesmo ano em que fora promulgado o foi também a Lei n. 13.140/2015, com extensa normatização sobre a mediação.

Buscar que as pessoas envolvidas no conflito construam sua própria solução para dirimir o conflito revela-se como uma excelente forma de composição, capaz de trazer efetiva pacificação, uma vez que a solução não imposta, como é a hipótese da sentença prolatada, mas construída pelos interessados, ainda que sendo elevada ao nível de executividade, se necessária sua imposição para cumprimento, mas, ainda diante disso, a norma específica, aquela que passa a reger o litígio, foi construída e aceita pelos envolvidos. Quando da edição do vigente Código de Processo Civil, em sua exposição de motivos do anteprojeto³², pode-se identificar expressamente, na página 22, que o objetivo de satisfação das partes foi um dos motivadores, posto que se entendeu que a solução construída ou criada pelas partes é melhor do que a imposta pelo juiz. Veja-se:

2. Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no **contexto social** em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a *satisfação efetiva* das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

113

Acertadamente, os legisladores identificaram o objetivo de atender à efetiva satisfação das partes com o uso da mediação. A possibilidade de os envolvidos na lide construírem conjuntamente a solução para dirimir o conflito, uma vez que não se trata de decisão imposta por outrem, como o juiz, culmina por anular a obrigatoriedade no formato de sujeição à ordem da sentença, passando a ser a assunção de um compromisso construído pelas próprias partes, que passam a ter o interesse de honrá-lo. Veja-se que nasce algo novo, capaz de unir os envolvidos em um interesse comum de honrar o compromisso que estes construíram. Tal compromisso assumido passa a desempenhar a dupla função de dirimir a lide e exarar a vontade das partes envolvidas.

Em face das recentes modificações, apesar de o instituto já existir no ordenamento, reconhece-se que, no Brasil, a edição de lei nova e sua divulgação

³² Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 22. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.

acarreta um fenômeno social interessante, que se principia com os constantes comentários, divulgação do tema e até mesmo certa vontade de se utilizar do instituto, como em voto de fé em sua eficácia. Não há dúvida de que, diante de duas edições legislativas do mesmo instituto, sua ampla divulgação trará excelentes efeitos, entre eles produzir celeridade na atividade de dirimir os conflitos, seja na busca da conciliação por meio de mediação em processos já existentes, seja antecedendo a judicialização, possibilitando-se, em ambas as hipóteses, desafogar o judiciário do volume de processos.

Uma vantagem que também merece destaque reside no fato de que, com a ocorrência de acordo de vontades e finalização do litígio, homologando-se, resta estabilizada a decisão, não atacável por recurso, em face da ausência do pressuposto do interesse jurídico, que preconiza que o recorrente deve demonstrar em que teria sido sucumbente. Veja-se que, em um acordo, não mais se contempla a posição de perdedor ou sucumbente, exatamente por representar uma assunção de vontades, ou seja, exatamente a pretensão final das partes fora atendida, ainda que divergente da pretensão inicial, mas, de qualquer forma, por elas assumida em consenso.

O Código de Processo Civil buscou possibilitar diversos momentos para serem realizadas a conciliação e a mediação. Veja-se que, logo de início, o Código dispôs no § 3º, do artigo 3º, que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem estimular as partes à utilização de métodos de solução consensual de conflitos³³. Identifica-se que a audiência para a mediação pode se realizar até mesmo em antecedência à contestação, como disposto nos artigos 334 e 335 do Código de Processo Civil. Já na exposição de motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, foram feitas citações de doutrinadores que trouxeram a experiência benéfica de outros países com a utilização de técnicas de composição amigável até mesmo antes do processo judicial, como os conhecimentos citados de Barbosa Moreira³⁴:

A criação de condições para realização da transação é uma das tendências observadas no movimento de reforma que inspirou o processo civil alemão. Com efeito, explica BARBOSA MOREIRA que “já anteriormente, por força de uma lei de 1999, os órgãos legislativos dos ‘Lander’ tinham sido autorizados, sob determinadas circunstâncias, a exigirem, como requisito de admissibilidade da ação, que se realizasse prévia tentativa de conciliação extrajudicial. Doravante, nos termos do art. 278, deve o

³³ Código de Processo Civil: § 3º – A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

³⁴ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 22. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.

tribunal, em princípio, levar a efeito a tentativa, ordenando o comparecimento pessoal de ambas as partes. O órgão judicial discutirá com elas a situação, poderá formular-lhes perguntas e fazer-lhes observações. Os litigantes serão ouvidos pessoalmente e terá cada qual a oportunidade de expor sua versão do litígio...” (*Breves notícias sobre a reforma do processo civil alemão*, p. 106).

Não se vislumbra objetivo de criar uma alternativa inferior ao processo judicial, mas sim uma forma de pacificação social, possibilitando às pessoas em conflito que busquem soluções alternativas à solução de lides, por elas próprias ou até mesmo com a ajuda de um mediador. Acredita-se que a solução judicial da sentença, apesar de pôr fim à lide formalmente, pode não a extinguir de fato, pois, se as partes ou uma delas não aceita o resultado imposto, em sua convicção restará que não foi solucionado o conflito, ao contrário, na sua visão, que até pode estar correta, talvez tenha havido injustiça, o que representa nova ferida social.

O objetivo de buscar a conciliação é sublime e deve ser perseguido com esforço e empenho, não só por extinguir o conflito, mas também por produzir educação de convivência e nova cultura com relação à construção de soluções para os problemas conflituosos.

Na comunidade europeia, houve a preocupação em não valorar qual o meio seria mais importante ou valioso, evitando-se questionamentos não construtivos, como se depreende da disposição da consideração de n. 19 da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008³⁵:

(19) A mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes (...).

Há que se ressaltar que a vontade das partes tem sim sua soberania exaltada nas hipóteses em que a disposição de direito é permitida, de forma que o ato jurisdicional, após feito o acordo, restringe-se a avaliar se a vontade das partes está nos devidos limites, passando-se a homologar o pacto.

Outro objetivo latente na apresentação da mediação diz respeito à celeridade na solução do conflito. Realmente, ainda que a mediação se dê na via judicial, tendo logrado êxito, ocorre um grande abreviamento do prazo que delongaria na continuidade do processo, fator esse inegavelmente benéfico não só às partes envolvidas, mas também, na óptica da celeridade, contribui para a redução dos processos pendentes de solução, otimizando-se o ambiente em relação aos demais.

³⁵ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 6 set. 2014.

Com objetivos tão promissores de resultados benéficos, não se pode descuidar de que a mediação não pode ser desvirtuada, sendo manejada de forma a se apresentar como única alternativa em termos de celeridade e segurança, à solução de um conflito, que, pelas vias judiciais, delongaria imenso tempo e com resultado imprevisível. Tal postura deve ser combatida, pois desvirtua os objetivos do instituto e, ainda, expõe a imagem do Judiciário de forma pejorativa e, ainda, impede a produção do caráter pedagógico que incentiva as pessoas a se relacionarem na busca da solução direta de seus conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, o instituto da mediação tem grande importância não só na busca de uma decisão que contemple a vontade das partes envolvidas em litígio, mas também, e fundamentalmente, segundo nosso entendimento, no sentido de promover uma aproximação entre essas pessoas, possibilitando-lhes sanar definitivamente o conflito entre si.

Verifica-se que a aplicação dos princípios específicos da mediação é indispensável na formação de um ambiente isento e propício ao diálogo entre as partes, com a participação do mediador, no objetivo de construir uma proposta aceitável e que ponha termo ao litígio.

116

Cumprir-se realçar que um dos grandes, se não o maior, benefícios resultantes da mediação, quando alcança seu objetivo a contento, é exatamente a aproximação das partes litigantes, o que se acredita, definitivamente, pôr termo ao litígio. O fundamento é que, nas hipóteses de sentença judicial, não se pode atender aos interesses dos litigantes simultaneamente, restando sempre certa insatisfação e o resquício da questão mal resolvida, presente mesmo naqueles casos cujos fatos apontam para a derrota e, ainda assim, não a aceitam e, quando não suficientemente convencidos, mantêm consigo o sentimento de injustiça, o que de certa forma representa que a lide não se dirimiu por completo. Por pactuarmos do entendimento de que a sociedade pode ser vista como um todo, funcionando harmoniosamente, reconhecemos que a lide incomoda essa harmonia e, assim, a estabilidade somente retornará com a total e completa solução, convencendo essencialmente as partes do resultado. Por tal razão, vislumbramos no pacto resultante da mediação que pode trazer o efeito de harmonia, tal como antes da lide, em face da insatisfação mínima diante do pacto construído em participação e convencimento conjuntos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. O instituto da mediação parte I. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, abr./jun. 2009.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. O instituto da mediação parte II. *Revista de arbitragem e mediação. Revista dos Tribunais*, São Paulo, jul./set. 2009.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 93-118, jul./dez. 2016

Aspectos da mediação no Código de Processo Civil e atualidades da Lei n. 13.140/2015

ALVES, Marilene Melo Alves. Rio de Janeiro, 2010.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 29*, de 29 de junho de 2009. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2011.

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. Revista de arbitragem e mediação. Coord. Arnaldo Wald. São Paulo: RT, 2007, out./dez.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BREITMAN, Stella. PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar – uma interpretação em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COLAIACOVO, Juan Luís; COLAIACOVO, Cyntia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

DECRETO N. 737, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

DIRETIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 21 DE MAIO DE 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 6 set. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEI N. 968 DE 10 DE DEZEMBRO DE 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0968.htm>. Acesso em: 7 mar. 2011.

LOPES, Vitor Carvalho. Breves considerações sobre os elementos subjetivos da mediação: as partes e o mediador. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 26, ano 7, jul./set. de 2010.

MICHELON, Regina Maria Coelho. A mediação dos conflitos trabalhistas. In: OLIVEIRA, Angela. *Mediação – métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999, p. 156-161.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

