MEDIAÇÃO: APLICABILIDADE E EFETIVADE NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Sylvera Salles de Santana Aragão*

RESUMO: O presente trabalho objetiva fixar uma análise da aplicabilidade e efetividade quando da utilização da mediação no âmbito do processo civil. Dessa forma, busca-se abordar as implicações práticas da utilização deste método na solução dos conflitos, inserido no sistema jurídico brasileiro com o propósito de melhor atender aos reclames sociais, levando em consideração a necessidade de qualificar a prestação jurisdicional. Este instituto insere-se dentre os Meios Alternativos de Conflitos (MARC's). Na busca de melhor atender aos anseios da sociedade, além de tentar aproximar o Estado da população, busca-se a utilização de meios eficazes e ágeis que permitam o acesso à Justiça. Dessa forma, na atualidade, a prática deste meio alternativo de solução de conflitos tem sido muito difundida, com finco em amenizar a crise que o Poder Judiciário brasileiro vive e que apresenta, dentre outros fatores, morosidade na prestação jurisdicional, sobrecarga de leis, quadro restrito de funcionários, dificultando a celeridade no atendimento dos que a este recorrem.

PALAVRAS CHAVES: Mediação. Poder Judiciário. Meios Alternativos. Efetividade. Solução de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

Partindo do objetivo geral, esta pesquisa busca analisar a mediação, sua aplicabilidade e efetividade na solução de conflitos no âmbito do processo civil brasileiro, uma vez que o tema vem instigando a curiosidade dos operadores do Direito, apresentando-se como possibilidade de dirimir conflitos e desafogar o Judiciário.

Importantes mudanças ocorrem no mundo moderno. As transformações tecnológicas e industriais, a globalização da economia, a facilidade de

* Bacharela em Direito graduada pela Faculdade de Sergipe (Estácio-FaSe); Pós-graduanda no Curso de Especialização lato sensu em Direito Consticucional pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

comunicação, a disseminação da notícia, exigem, contudo, uma rápida e efetiva solução para os conflitos de interesses decorridos destas novas relações, que envolvem o indivíduo e a sociedade.

De maneira oposta, o Judiciário brasileiro demonstra uma crise que perpassa pela estrutura tecnológica e organizacional dos Tribunais. Destarte, problemas atinentes à morosidade da prestação jurisdicional, sobrecarga de leis processuais que dificultam uma prestação célere e a distância do Judiciário de grandes segmentos da população são fatos que dispensam a preocupação tanto do Poder Público, quanto dos cidadãos.

Refletindo esse novo quadro, com finco na alteração desse modelo, as reformas constitucionais referentes ao aparelho jurisdicional foram significativas no Brasil e em toda América Latina, já que tiveram o intuito de aproximar o Estado da população através de meios eficazes e ágeis para o acesso à Justiça. A Emenda Constitucional 45/2004 representou um grande marco desses novos conceitos, pois teve o objetivo de construir, dentro de um Estado Democrático de Direito, modificações relativas ao processo à luz dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Silvania Cristina Bonifácio Souza (2010), em breve explanação acerca da Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, no que concerne à efetividade do processo e acesso à Justiça, aduz que a reforma garantiu expressamente os princípios da celeridade processual e do acesso à Justiça ao inserir o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal, que versa que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Seguindo o movimento gerencial e administrativo do Judiciário, o art. 103-B da Constituição Federal institui a criação do Conselho Nacional de Justiça que tem por objetivo planejar políticas públicas, modernizar o Poder Judiciário, ampliar o acesso à Justiça e garantir o efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

Segundo Pietro de Jesus Lora Alarcón (2009, p. 79), a Emenda Constitucional nº 45/2004 modificou, ainda, o aspecto técnico do Judiciário, uma vez que o mesmo deixou de ser visto como um mero instrumento de persecução de um rol político, passando a ser um meio de fortalecimento e construção de democracia e do respeito aos direitos humanos.

O Conselho Nacional de Justiça, na tentativa de buscar fortalecer a

implementação da política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesse, editou a Resolução nº 125, publicada em 29 de novembro de 2010.

A resolução impõe que no prazo de quatro meses a partir da publicação, sejam implantados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela realização de sessões de conciliação e mediação, conduzidas por profissionais devidamente habilitados nas técnicas de solução alternativa de litígios, os quais devem passar por um processo de capacitação continuada.

Cumpre apontar que a aplicação do ativismo judicial gerou variadas incongruências, o que exigiu a criação de mecanismos capazes de otimizar a prestação jurisdicional, a exemplo, a previsão dos princípios do acesso à Justiça e da celeridade processual. Neste sentido, os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos passaram a exercer enorme importância como meios de efetivação de direitos.

O acesso à Justiça nos remete a um número importante de aplicações e permeia a reforma de todo o aparelho judicial. Dessa forma, a citada abordagem pode surgir da análise da concessão da assistência judiciária gratuita, eliminação de custas do processo, representação dos interesses difusos e individuais por entes públicos, atuação do Ministério Público e Defensoria Pública, reformas processuais, especialização por matérias, entre outras infindáveis possibilidades.

No universo das opções acima elencadas destaca-se a criação de alternativas utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais como acontece no juízo arbitral e na conciliação. Em virtude disso, já que necessitam de abordagens menos complexas, os chamados "Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos" podem envolver litígios individuais que versam sobre direitos disponíveis até relacionamentos interpessoais continuados.

Alguns juristas propõem o aperfeiçoamento e ampliação não só destes métodos, bem como a preservação e reestruturação dos Tribunais. Importa dizer que o objetivo das reformas não é substituir as Cortes regulares, porém ampliar estas vias alternativas, já que os litígios complexos necessitam de formas tradicionais de solução de conflitos.

Conforme já apontado, o Direito Contemporâneo mostra-se propenso à abertura de espaço no intuito de fortalecer e institucionalizar meios menos complexos de solução de conflitos, como forma de combate à

crise do Judiciário. Alternativas como instalação de Procon's, Termos de Ajustamento de Condutas, Justiça itinerante e Restaurativa servem como exemplos de incentivos a práticas que não sejam apenas técnico-jurídicas. Convém ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça vem contribuindo de maneira significativa na difusão dos Marc's no Brasil, uma vez que representam uma forma mais econômica, célere e eficiente de solução de litígios. Vislumbra-se esta assertiva através do Movimento pela Conciliação, além da instituição de Políticas Públicas de Treinamento Adequado para combate aos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em que pese a cultura jurídica, bem como a resistência de sua propagação, verificou-se que os operadores do direito estão cada vez mais empenhados em promover este instituto de maneira a buscar uma alternativa à crise do Judiciário. Tal fato prepondera como consequência das exigências feitas pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de que seja colocada em prática tais meios.

Insta salientar, em reforço ao já exposto, que não se espera a ocorrência de mágica para a solução dos problemas do Judiciário. Os Marc's funcionam como meio complementares à Jurisdição e não são adequados para todos os litígios. Assim sendo, faz-se necessário a criação de políticas públicas capazes de viabilizar as vias alternativas mediante a informação generalizada sobre o seu cabimento, limites e consequências, bem como profissionalizar os operadores de resolução para que ofereçam meios de qualidade para dirimir conflitos.

Igualmente, os Marc's devem ser incentivados pelas demais esferas do poder estatal, e não só pelo Judiciário, para os casos que sejam compatíveis com essas formas de solução de conflitos, A manutenção e o restabelecimento da paz social é um interesse geral, sendo, portanto, merecedor de tutela por parte dos três poderes, que devem agir harmônica e conjuntamente para tanto.

Analisaremos, portanto, a mediação judicial e os aspectos que envolvem sua aplicabilidade e efetividade na solução dos conflitos no âmbito do processo civil brasileiro.

Como pontuado por Gil (1999), para que um conhecimento possa ser considerado científico, torna-se necessário identificar as operações mentais e técnicas que possibilitam a sua verificação, ou seja, deve-se determinar o método que possibilitou chegar a esse conhecimento.

De acordo com Lakatos e Marconi (2001), método de pesquisa consiste em uma série de regras com a finalidade de resolver determinado problema ou explicar um fato por meio de hipóteses ou teorias que devem ser testadas experimentalmente, podendo ser comprovadas ou refutadas.

Segundo Severino (2002), a pesquisa bibliográfica é a pesquisa que se utiliza da análise e interpretação de textos de livros, artigos, resenhas, revistas especializadas, periódicos e demais trabalhos que existam sobre determinados assuntos na área de um saber qualquer. Ao ser feito sistematicamente possibilita importantes informações para os estudos acadêmicos, pesquisadores, trabalhadores etc.

Sendo assim, o método utilizado para o desenvolvimento desta pesquisa será essencialmente bibliográfico. A origem das informações obtidas partirá de conteúdos extraídos de livros e artigos disponibilizados em revistas e em meio eletrônico sobre a temática da pesquisa. Conforme salienta Gil (1999), a análise das informações tem como objetivo principal organizar os dados a fim de fornecer as respostas para os problemas propostos para a investigação.

No desenvolvimento deste trabalho monográfico, partiremos da análise dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos e sua aplicabilidade nos dias atuais, a fim de chegarmos a uma conclusão sobre a questão da efetividade na solução dos conflitos no âmbito do processo civil brasileiro e suas implicações na sociedade e no mundo jurídico.

O método analítico será o categórico dedutivo, isto é, partindo-se do geral para o específico, com resultados projetáveis para o universo.

O trabalho ora apresentado tem grande relevância jurídica e social, pois objetiva o estudo de utilização de novas formas de solução de conflitos que busca uma melhor prestação jurisdicional.

Trata-se de um assunto instigante e atual, que vem sendo discutido pelos estudiosos da área, o que torna de extrema importância o presente estudo, que servirá de referencial teórico e bibliográfico para futuros estudantes e pesquisadores.

Por fim, cabe ressaltar que a difusão deste movimento, apesar de não ser a solução para todos os problemas do Judiciário, sem dúvida representa um grande passo para viabilizar o acesso à Justiça, eis que representa uma maneira mais equânime de solucionar conflitos sem formalismos jurídicos excessivos, com celeridade e economia.

2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MARC'S

2.1 MEDIAÇÃO X CONCILIAÇÃO X ARBITRAGEM

Pertine trazer a lume considerações sobre Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC'S), sobretudo a Mediação, já que nosso trabalho se ancora neste método.

Segundo Larissa Affonso Mayer (2010, p. 5), os MARC'S são, teleologicamente: "expressão do acesso à justiça enquanto direito fundamental previsto na Constituição Federal e, portanto, merecedores de aprimoramento em homenagem ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais"

Segundo Didier Júnior (2009, p.78),

> A mediação é uma técnica não-estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. Trata-se de técnica para catalisar a autocomposição.

Convém salientar que a mediação diferencia-se da negociação pela presença do terceiro mediador, uma vez que este exercerá a função de auxiliar as partes com o escopo de solucionar o conflito. Segundo Humberto Dalla Bernadina de Pinho (2010, p.12), a mediação pode ser classificada como passiva e ativa, sendo que, na primeira, o mediador figura apenas como um facilitador na resolução do litígio, enquanto na segunda, mais conhecida como "Conciliação" em nosso ordenamento, o conciliador além de facilitar o diálogo entre as partes, apresenta propostas e soluções para o litígio.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p.06-07) assevera que:

> A postura do terceiro é que diferencia a conciliação da mediação, eis que na primeira há o oferecimento de alternativas de sacrifício mútuo entre as partes, enquanto na segunda, o mediador estabelece um

> diálogo entre os envolvidos, de forma que os mesmos possam resolver o conflito, sem necessariamente abdicar de parcela do direito.

Importa destacar que a mediação pode ser definida como um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cuja finalidade é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo. Segundo Buarque (1986, p. 1.109), a mediação importa em procedimento que visa à composição de um litígio, de forma não autoritária, pela interposição de um intermediário entre as partes em conflito.

Convém ressaltar que tal método possui natureza extrajudicial ou judicial e pode contar com a atuação de profissionais de diversas áreas, como psicólogos, advogados, psiquiatras, assistentes sociais. Tem como característica a voluntariedade, pois as partes não são obrigadas a utilizá-la. A aplicação poderá ser feita em diversas áreas, entre elas a cível, comercial, trabalhista, ambiental e família.

Pertinente à natureza jurídica, cumpre salientar que a mediação extrajudicial possui natureza contratual, conforme destaca Cachapuz (2003, p. 41),

> É firmada na soberania da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato, tem como objeto o comportamento humano, pois sua finalidade é a resolução dos conflitos relativos à interação do ser na sociedade.

Impende indicar que, enquanto procedimento, a mediação privilegia a conciliação entre as partes e o restabelecimento das relações sociais, sendo seu objetivo principal o apaziguamento das partes envolvidas no conflito percebendo-se como indivíduos sociais.

Warrat (2009, p. 45), neste sentido, faz uma análise do desenvolvimento da mediação entre os indivíduos:

> À diferença do que ocorre em um processo judicial, no qual na realidade são os advogados que intervém e manejam o conflito, na mediação são as partes os principais atores, as donas do conflito que mantêm, em todos os momentos, o controle do mesmo, dizendo quais são as questões que estão envolvidas, assim como o modo de resolvê-las. O acordo decorrente de uma mediação satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que verdadeiramente precisam e não o que a lei lhe reconheceria. Permite o encontro de alternativas que escapam das possibilidades que a justiça ou o árbitro podem oferecer, limitados pelas disposições legais e jurisprudenciais.

A mediação apresenta-se como maneira hábil de solução de conflitos em oposição ao formalismo existente no procedimento judicial, que necessita de formulação de pedidos e defesas por escrito, de baixo custo, já que a única despesa é com honorários do mediador, que deverá ser pago pelas partes, isento de despesas judiciais vez que não há custas a serem pagas.

A mediação judicial vem sendo muito propagada no cenário nacional, inclusive sendo objeto de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional. Atualmente é praticada de maneira incidental nos processos judiciais em alguns Estados do país, a pedido das partes, advogados ou encaminhamento pelo próprio juiz. Tal procedimento visa adequação às orientações oriundas do Conselho Nacional de Justiça, o qual editou Resolução 125/2008, a fim de que os Tribunais pátrios criem os seus próprios centros de mediação.

Importante destacar outras características indicadas como vantagens oferecidas pelo instituto, entre elas a privacidade, pois se desenvolve em ambiente sigiloso, sendo divulgado somente mediante autorização das partes; a economia de tempo, uma vez que o conflito é solucionado no menor lapso temporal possível e a reaproximação das partes, considerando que enquanto o processo judicial tem como escopo impor uma decisão às partes através da sentença, a mediação, como justiça informal, tem por objetivo prevenir conflitos pacificando as relações sociais.

Releva notar que, enquanto meio de resolução de conflitos, visa reaproximar os envolvidos para que vislumbrem seus verdadeiros conflitos e interesses, gerando de maneira consciente e inconsciente a percepção de

inúmeros aspectos da mesma questão, que várias vezes passam despercebidas por se apresentarem, as partes, em posição opostas no conflito, almejando não só a busca de resolução dos problemas, mas também o relacionamento entre elas. Nota-se, na mediação, a transcendência da solução do conflito com a transformação do contexto adversarial em colaborativo, de modo a proporcionar o restabelecimento da relação social entre as partes.

Instrumento de pacificação social através da composição de conflitos, a mediação promove a autonomia do indivíduo, a cidadania e a concretização da democracia, princípio basilar do Estado, pois tem a virtude de educar para as diferenças entre os indivíduos e estimular a tomada de decisões sem a intervenção de terceiros que imponham suas decisões aos litigantes, representando um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania.

Assevera Muniz (2008, p. 56):

> Atualmente quando falamos de cidadania nos referimos ao principal fundamento da finalidade do Estado Democrático de Direito, cujos pilares de sustentação encontram-se na admissão, na garantia e na efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, o Estado deve possibilitar aos seus habitantes a possibilidade de desenvolvimento pleno através do exercício de um grande conjunto de direitos e deveres.

Convém salientar que a mediação proporciona um aprendizado que contribui na formação do indivíduo como cidadão responsável por seus atos e consequências concomitantes, valoriza a responsabilidade de cada um, a apropriação das escolhas pessoais, o respeito a si e ao outro, a aceitação do diferente, a cooperação e a tolerância.

Neste diapasão, deve-se considerar a mediação como um novo paradigma a ser instituído na resolução de conflitos, visto como uma forma de resolução de problemas mais ampla e com maior potencial de transformação da sociedade, educando-a para a aceitação das diferenças individuais, produzindo crescimento e mais felicidade para todos.

A conciliação é uma forma de resolução de controvérsias administrada por um conciliador, investido de autoridade, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens. O objetivo do conciliador é sempre o

de estabelecer uma composição do litígio pelas partes. Apresenta como características: administração do conflito por um terceiro imparcial e a possibilidade do conciliador poder sugerir um possível acordo.

Assevera o Juiz José Anselmo de Oliveira (2012, p. 19), em artigo intitulado *Os Juizados Especiais no Planejamento e Orçamento dos Tribunais: Necessidade e Adequação*:

> Outro princípio estruturante essencial ao sistema dos juizados especiais é a vocação para a conciliação como atividade primeira, e somente se procedendo ao julgamento quando esta não for alcançada. Significa dizer que o papel da jurisdição nos juizados especiais não é apenas dar uma resposta ao Estado em forma de sentença, mas de pacificação dos conflitos ali apresentados, devendo ser muito mais valorada a capacidade de conciliar as partes pondo fim ao conflito por inteiro do que a decisão terminativa através de uma sentença que põe fim ao processo e nem sempre ao conflito. Eis uma diferença salutar entre o sistema dos juizados especiais e o processo comum, embora lá se preveja a possibilidade da conciliação, e isto é saudável, entretanto a cultura da litigiosidade sempre leva o conflito às últimas instâncias.
>
> A propósito da conciliação nos juizados especiais quase todos os doutrinadores a exemplo de Rémolo Letteriello e Manoel Aureliano Ferreira Neto reconhecem a importância da conciliação para o microssistema constituindo-se em pedra de toque dos juizados especiais, sem a qual ficariam totalmente desnaturados.

Impende destacar que a conciliação tem conceito similar ao da Mediação, onde podemos constatar que se trata de um esforço das partes para a resolução de controvérsias, utilizando-se do auxílio de um terceiro conciliador de forma imparcial na condução de uma solução ao conflito, opinando soluções quando as partes não conseguirem um entendimento. Destaca-se a diferença da intervenção do conciliador na proposição da solução, o que não temos na mediação, onde as partes são responsáveis na

determinação das soluções. Todavia, na conciliação, as partes continuam com sua autonomia no que se refere à solução indicada, ou seja, aceitam se quiserem, pois o conciliador apenas propõe saídas, quem decide são as partes de acordo com a conveniência.

Segundo Nazareth (2006, p. 130): "A conciliação é mais eficaz em conflitos que chamamos de pontuais e novos, isto é, de pouca idade".

A conciliação possui vantagens similares à mediação, ou seja, redução de custo financeiro e emocional, agilidade, rapidez na lide, são apenas alguns que apontamos.

A arbitragem surge no momento em que as partes não resolveram de modo amigável a questão. Trata-se de um procedimento de natureza contenciosa e informal. O árbitro decide a controvérsia, um especialista sobre o tema avalia a situação e profere sua decisão. Em geral, o árbitro é eleito pelas partes ou indicado pela câmara arbitral porque tem um grande conhecimento sobre o assunto tratado.

Segundo Moore (1998, p.23): "A arbitragem é um processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria, imparcial e neutra, para decidir por elas o litígio".

Oportuno salientar que as partes escolhem quem decidirá por elas a lide. Dessa forma, a nomeação decorre da vontade dos envolvidos no processo, minimizando o impacto negativo da solução que vier a ser adotada pelo árbitro nomeado.

Na arbitragem, as partes permitem que um terceiro decida a controvérsia que não pode ser superada mediante acordo. Os interessados querem uma solução e não precisam procurá-la na Justiça Comum.

A decisão proferida pelo árbitro obrigará as partes, tendo em vista que, a partir do momento em que as mesmas optam pela via extrajudicial para solucionar seu conflito, presume-se que elas possuem uma real intenção de cumprir o que lhes foi imposto. As partes, não querendo utilizar-se das vias judiciais, optam pela arbitragem como uma alternativa para a solução do litígio.

A arbitragem também possui vantagens similares à mediação e conciliação. Uma das mais consagradas vantagens é a celeridade. Além da celeridade, tem-se a confidencialidade. O conflito encaminhado à arbitragem não tem publicidade, os documentos e os fatos de interesse apenas das partes não são divulgados. Este método tem origem anterior à jurisdição pública.

Esta foi norma primitiva de justiça e os primeiros juízes nada mais foram do que árbitros.

Após a edição da Lei nº 9.307/96 foi resgatado de nossas instituições jurídicas o acordo de vontades, através do qual as partes optam por não se submeterem à decisão estatal e confiam aos árbitros a solução de seus conflitos de interesses. Os próprios interessados, por meio de concessões mútuas, dirimem suas controvérsias de comum acordo. Significa uma forma rápida e racional de solução paralela a do Poder Judiciário, dando celeridade à aplicação da Justiça.

A sentença, sendo condenatória, constitui título executivo e independe de homologação. Um dos pontos que constituem atração ao Juízo Arbitral é a inexistência da homologação judicial, bem como o seu caráter sigiloso.

Não há impedimento para que a sociedade se ampare em alternativas menos dispendiosas e mais ágeis como a arbitragem, podendo sempre que necessário, recorrer ao Poder Público para obrigar os vencidos a cumprirem a decisão proferida. Abaixo disposição legal:

> Art. 3° da Lei nº 9.307/96 As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.
> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Neste sentido, o profissional deverá estar preparado através de especialização, buscando ampliar os conhecimentos nas áreas de atuação, com o intuito de atuar nesta forma de solução de conflitos e litígios, oriundos de relações contratuais ou extracontratuais originária da vontade das partes.

Oportuno salientar que a arbitragem se eleva pela informalidade de seu procedimento, direciona-se na dispensabilidade de um rigor legal; pela confiabilidade do árbitro, já que a escolha deste não é consequência da imposição estatal, e sim da vontade dos litigantes; pela especialidade do árbitro, pois às partes é possibilitado escolher um especialista no assunto em questão; e, por último, pelo fato do árbitro não se prender aos textos legais, possibilitando ainda que a decisão possa ser proferida com base na equidade.

2.2 TIPOS DE CONFLITOS E SUA ADEQUAÇÃO AOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO

Os conflitos intersubjetivos podem adquirir as mais variadas feições, dependendo do seu objeto, da capacidade de entendimento entre as partes etc. É de fácil compreensão que um conflito familiar possui características diferentes de um conflito entre empresas e que ambos requerem tratamentos diversos. Diante dessa constatação, faz-se necessário explicitar que para cada tipo de conflito é mais apropriado determinado método de solução.

Como já explicitado, há conflitos que requerem conhecimentos extremamente técnicos. Em outros, não se vislumbra a menor possibilidade de acordo e há necessidade da força coercitiva do Estado para a sua resolução. Por sua vez, existem conflitos decorrentes de relações que as partes querem preservar e conflitos decorrentes de relações continuadas, como as relações familiares, que se perpetuam no tempo. Existem, também, conflitos mais simples, que se extinguem com um acordo celebrado entre as partes, sem se perpetuarem no tempo. Cada situação adequa-se, de alguma forma, aos vários métodos de resolução de conflitos, consensuais ou não. Os métodos consensuais mais utilizados serão definidos a seguir, a começar pela mediação, por ser o objeto de estudo desse trabalho.

A mediação é o método de resolução de conflitos mais adequado para os casos provenientes de relações continuadas, como as relações familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, uma vez que facilitará o restabelecimento ou melhora das mesmas. Verifica-se que a mediação é mais adequada, o que não quer dizer que outros métodos não possam ser utilizados ou que este não possa servir para a solução de outros tipos de conflitos.

Observa-se ser o método mais indicado para esses casos, por possibilitar a compreensão do conflito pelas partes, para que estas possam administrá-lo mais satisfatoriamente e consigam evitar novas desavenças no futuro. Considera-se que uma mediação foi bem-sucedida, quando se consegue facilitar o diálogo, despertando a capacidade das partes de entenderem-se sozinhas, ainda que não culmine em um acordo.

Nesse ínterim, conclui-se que o fim da mediação não seria o acordo, mas a transformação do conflito. Parte-se do pressuposto de que o conflito não é fruto de situações objetivas, mas da maneira como as pessoas enxergam uma situação e reagem a ela, de maneira que se torna possível alterar o

próprio conflito a partir da modificação do modo como as partes envolvidas o percebem. Trata-se de uma percepção e compreensão dos interesses e sentimentos, e não de uma simples negociação de interesses. Nas palavras do próprio Warat (2001, p. 76):

> A mediação é um trabalho de reconstrução simbólica do conflito, que é capaz de promover uma transformação no conflito por meio de uma (re) interpretação que, conferindo novas significações à relação conflituosa, recrie a possibilidade de uma convivência harmônica das diferenças.

Importante ressaltar que, na mediação, os conflitos devem envolver direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis, já que poderiam ser objeto de acordo extrajudicial. Após o acordo, em se tratando de mediação judicial, este será homologado pelo Judiciário.

Vale dizer, que a mediação também pode ser feita em se tratando de matéria penal, nos casos de delitos submetidos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada. Nestes casos, a mediação poderá culminar na renúncia da queixa-crime ou da representação. Nos casos passíveis de ação penal pública incondicionada, a mediação poderia servir para preservação de uma relação, ao permitir um contato e diálogo entre as partes, nunca para que se transacione sobre o direito de ação, que pertence ao Estado.

Na conciliação, busca-se um acordo, que permite o fim da controvérsia através de concessões mútuas. Caso não haja acordo, a conciliação é considerada inexitosa. O conciliador pode sugerir às partes o que fazer, pode emitir sua opinião sobre o caso; o que difere do mediador, que busca facilitar o diálogo entre as partes, a comunicação, sem sugerir a solução, para que possam, sozinhas, administrar seu conflito. É um método de resolução de conflitos mais recomendada para ser utilizado nos casos em que não há interesses afetivos envolvidos e a obtenção do acordo signifique o fim de uma lide, sem consequências emocionais futuras.

De acordo com Warat (2001, p. 9):

> "A mediação relaciona-se a conflitos com uma forte dimensão emocional e que envolvem um agir eticamente comprometido, enquanto a conciliação aborda conflitos com dimensão afetiva anêmica

> ou inexistente e envolve um agir estratégico-indiferente. Com isso, a função da mediação é de intervir basicamente no aspecto emocional, buscando transformar uma relação conflituosa em uma relação saudável, auxiliando as partes a compreender o conflito de forma mais aprofundada (o que implica compreender os seus próprios desejos e interesses), para que, com isso seja possível converter um comprometimento negativo em um comprometimento positivo ou aumentar o nível de cooperação entre as partes".

Afirmam Lília Maia de Morais Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos (2006, p.80):

> A conciliação, pela forma como é conduzida, é aplicada de maneira mais eficiente nos conflitos em que existe relacionamento entre as partes ou que essa relação não seja continuada, mas esporádica (como uma colisão de veículos), haja vista que, em tal procedimento, a discussão dos problemas é superficial. [...] A principal finalidade da conciliação é a consecução do acordo, evitando que este conflito se estenda ao longo do tempo.

O método da arbitragem, regulada pela Lei 9.307/96, as partes submetem a solução de seus litígios a um terceiro, alheio à lide, que decidirá de acordo com a lei ou com a equidade. A referida decisão deverá ser acatada pelas partes, já que o laudo arbitral tem força de título executivo judicial e subordina-se à apreciação pelo Judiciário apenas nos casos de nulidade previstos na lei. Este método, é mais adequado para aqueles conflitos que necessitam de conhecimentos extremamente técnicos/científicos para sua solução.

Segundo Alexandre Araújo Costa (2004, p.186):

> [...] O reconhecimento dos limites da arbitragem fez com que a lei brasileira limitasse a sua aplicação aos direitos disponíveis, especialmente os patrimoniais, vedando a sua utilização em conflitos que envolvem

> direitos indisponíveis, como a vida, a liberdade, vários direitos ligados à família, entre outros. Nesses casos, como o direito é considerado indisponível (a pessoa não pode abdicar dele nem negociá-lo, ainda que o deseje), o Estado reserva a si a possibilidade de resolver os conflitos a ele relativos, por via jurisdicional. Assim, a arbitragem fica praticamente restrita às questões patrimoniais – as quais não são poucas em número, relevância ou complexidade.

Por fim, a negociação é a forma de solução de um litígio pelas próprias partes, pela via do diálogo direto, sem a participação de um terceiro. Por isso, considera-se que a mediação é uma negociação assistida. A aplicação deste método não demanda tempo ou matéria específica. Ocorre sempre que se prenuncia um conflito de ordem jurídica ou moral, motivo pelo qual, geralmente, antecipa outras formas de resolução de conflitos.

É imperioso ressaltar que a lei, em determinados casos, prevê a utilização da negociação, a exemplo da negociação coletiva prevista nos art.8º, VI, da Constituição Federal de 1988: "é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho", e art. 513, b, da Consolidação das Leis do Trabalho: "são prerrogativas dos Sindicatos: […] b) celebrar convenções coletivas de trabalho".

A despeito desta matéria Alfred J. Ruprecht *apud* José Claudio Monteiro de Brito Filho (2005, p.174) assevera que tem sido considerada "o melhor sistema para solucionar os problemas que surgem entre o capital e o trabalho, não só para fixar salários e estabelecer condições laborais, mas também para regular todas as relações de trabalho entre empregado e empregador".

Frise-se que não há, entre as formas de solução de litígios, umas melhores que as outras. Cada qual possui peculiaridades que as tornam mais adequadas para este ou aquele tipo de conflito, como já exposto.

3. MEDIAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

3.1 LEGISLAÇÃO

Apesar da notória importância da mediação na prestação jurisdicional, não há previsão expressa no nosso ordenamento jurídico relacionada a este instituto. Todavia, a nossa Constituição Federal prevê a solução de

controvérsia de forma pacífica.

No Brasil é inequívoco o avanço dos mecanismos extrajudiciais de prevenção e solução de controvérsias, bastando para tanto lembrar das notórias experiências das Conciliações instauradas nos Juizados, demonstrando de forma evidente a aspiração social por métodos que pudessem servir para a resolução dos conflitos sociais fora dos meandros do Poder Judiciário, que sabidamente está sobrecarregado e cuja atuação muitas vezes não alcança a pacificação das partes.

Dessa forma, visando atender o clamor social e com finco em fortalecer a extrajudicialidade na solução das controvérsias, surge a Lei 9.307/96, que revitalizou a arbitragem. Por outro lado, na vertente judicial, os poderes conciliatórios do juiz foram reforçados, enaltecendo essa prática no curso do processo, com a edição da Lei 8.952/94 que alterou, entre outros, os artigos 125 e 331 do Código de Processo Civil.

Todavia, no campo judicial, vislumbra-se que a conciliação sofre contemporaneamente diversas pressões adversas, obtendo assim resultados práticos insatisfatórios: pautas dos juízes lotadas, de modo que estes tem dificuldade para deter-se no trabalho naturalmente lento da mediação; a atividade desenvolvida pelo juiz na conciliação não é reconhecida para efeito de promoção por merecimento; o juiz é direcionado para a cultura da solução adjudicada do conflito e não para a sua pacificação; são apenas algumas das situações constatadas.

Tais obstáculos já haviam sido percebidos pelo legislador, o qual procurou amenizá-los com a edição da lei 7.244/84, que implantou os Juizados Especiais de Pequenas Causas, enaltecendo o papel dos conciliadores. Com a edição da Lei 9.099/95, que atualmente disciplina os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o papel do conciliador foi consolidado.

Em contrapartida, a mediação ganhou força no Brasil, ampliando-se em todo país, apoiada por instituições e entidades especializadas em mediação e por mediadores independentes. Apesar da proximidade, por tenderem a autocomposição, diferenciando-se da arbitragem, já que esta é um meio de heterocomposição de controvérsias em que o juiz privado substitui o juiz togado, conciliação e mediação distinguem-se porque, na primeira, o conciliador após ouvir as partes, indica a solução consensual do litígio, e na segunda o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem dessa forma, por si só, à prevenção ou solução da controvérsia.

Nesse quadro, a mediação começa a se fortalecer legislativamente e surge um Projeto de Lei, resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, e o Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura. Após um trabalho em conjunto dos envolvidos, chegou-se à versão consensuada de um novo Projeto, que reúne as ideias fundamentais do Projeto e do Anteprojeto acima indicados tornando mais completo e satisfatório o resultado final. Por iniciativa do Dr. Sérgio Renault, Secretário da Reforma do Judiciário junto ao Ministério da Justiça, o Projeto foi apresentado e debatido em audiência, pública contando com a participação dos autores do primitivo Projeto e Anteprojeto e de membros do Poder Judiciário, da Advocacia e das Instituições, entidades e pessoas especializadas em mediação.

Nos moldes atuais, o projeto, investe em duas espécies de mediação, sendo a primeira, intitulada de mediação prévia sempre facultativa, e terá duas formas: extrajudicial ou judicial, tentando fazer com que os interessados busquem o meio consensual da mediação; a segunda, incidental, que tem como característica a obrigatoriedade da tentativa, surgirá sempre que for distribuída a demanda, com exceção das previstas no art. 6º, senão veja-se:

> Art. 6º A tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos I- na ação de interdição; II- quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III– na falência, na concordata e na insolvência civil; IV- no inventário e no arrolamento, quando houver incapazes; V- nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII- quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII- na ação cautelar; IX- quando a mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido, sem resultado, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Insta ressaltar que a obrigatoriedade da mediação incidental não fere

o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe a respeito da inafastabilidade do acesso aos tribunais, já que, de forma contrária ao que acontece com outros diplomas legislativos, esta ocorrerá em momento posterior ao ajuizamento da lide, já tendo ocorrido a distribuição desta e a intimação dos litigantes, efeitos que, pelo próprio Código de Processo Civil, são próprios da citação; e ainda porque a parte interessada poderá solicitar a retomada do processo judicial, decorrido o prazo de 90 (noventa) dias da data do início do procedimento de mediação.

Em 29 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução de nº 125, que visa incentivar as práticas da mediação, conciliação e outras formas consensuais de solução de litígios, pois acredita que estes institutos são instrumentos aptos a proporcionar a pacificação social, ajudando na diminuição da excessiva judicialização dos conflitos.

3.2 PROCEDIMENTO

Pertine trazer a lume considerações acerca do procedimento da mediação no momento atual. Conforme indicado no trabalho ora apresentado, na nossa legislação não temos previsão expressa referente a este meio alternativo de solução de conflitos. Todavia, esta vem sendo utilizada no Brasil, judicialmente, de acordo com as orientações do Conselho Nacional de Justiça.

Conforme o *Manual de Mediação Judicial*(2010, pg.53):

> "É comum que os Manuais de Direito Processual Civil façam distinções entre processo e procedimento. Nesses textos se indica que o processo possui uma força que justifica e direciona a prática dos atos do procedimento, sua manifestação extrínseca, a fim de alcançar a composição da lide submetida ao poder jurisdicional. É como se o processo fosse trilhos que assegurassem a prática sucessiva e lógica dos atos do procedimento [...] Na esfera da mediação, o processo tem como finalidade a solução de um conflito pelas partes que dele são parte e a superação, em definitivo, dos fatores que levam à disputa. O procedimento consiste nas etapas que o mediador segue com intuito de alcançar essa finalidade".

Ainda de acordo com este Manual, exemplificativamente, o procedimento utilizado para a realização das mediações é dividido em: início da mediação; reunião de informações; identificação de questões, interesses e sentimentos; esclarecimento das controvérsias e dos interesses; resolução das questões e registro das soluções encontradas.

O início da mediação consiste na apresentação do mediador às partes, que diz como prefere ser chamado, faz uma breve explicação do que constitui a mediação, quais são as suas fases e quais são as garantias. Após, deve perguntar às partes como elas preferem ser chamadas e estabelece um tom apropriado para a resolução de disputas. A linguagem corporal do mediador deve transmitir serenidade e objetividade para a condução dos trabalhos.

Na reunião de informações, após uma explanação feita pelas partes de seus anseios, onde o mediador, dentre outras posturas, as terá escutado ativamente, haverá a oportunidade de elaborar perguntas que lhe auxiliarão a entender os aspectos do conflito que estiverem obscuros.

Na fase de identificação de questões, interesses e sentimentos, o mediador fará um resumo do conflito, utilizando uma linguagem positiva e neutra, a fim de deixar claro às partes que ouviu as suas questões e as compreendeu. O referido resumo também imporá ordem à discussão e servirá como forma de recapitular tudo o que foi exposto até o momento.

No momento de esclarecimento das controvérsias e interesses, o mediador utilizará determinadas técnicas para formular, nesta fase, diversas perguntas para as partes, a fim de favorecer a elucidação das questões controvertidas.

Após ter sido alcançada a adequada compreensão do conflito durante as fases anteriores, na etapa de resolução de questões, o mediador conduzirá as partes a analisarem as possíveis soluções.

Por último, na fase de registro das soluções encontradas, o mediador e as partes irão testar a solução alcançada e, sendo ela satisfatória, redigirão um acordo escrito se as partes assim o quiserem. Em caso de impasse, será feita uma revisão das questões e interesses das partes e também serão discutidos os passos subsequentes a serem seguidos.

Segundo a professora Deborah Rhode (*Manual de Mediação Judicial*, 2010, p. 19), a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o processo foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido

de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema.

Verifica-se que a autocomposição estatal está se desenvolvendo independentemente de uma distorcida orientação de que o sistema processual jurídico apenas evolui através de reformas procedimentais impostas em alterações legislativas. Com a evolução de importantes projetos-piloto bem-sucedidos em autocomposição judicial, conclui-se que é possível o desenvolvimento de processos construtivos sob os auspícios do Estado.

4. TÉCNICAS UTILIZADAS NA MEDIAÇÃO JUDICIAL

A mediação de conflitos é considerada uma técnica multidisciplinar, já que envolve algumas ciências sociais, tais como o direito, a psicologia, a comunicação social, a administração e a sociologia, que oferecem ótimas teorias e exemplos práticos que servem de base para as diversas técnicas de mediação.

Dentre as técnicas difundidas nacionalmente, de acordo com o *Manual de Mediação Judicial* elaborado pelo Ministério da Justiça(2010), o qual vem sendo utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça nos diversos cursos que estão sendo ministrados nos Estados da federação, podemos destacar:

A técnica do *Rapport, cuja p*alavra tem origem francesa que significa concordância, afinidade, analogia. Tenta-se estabelecer uma afinidade (*rapport*) com as partes e entre as partes, empatia, sintonia de relações.

Nada mais é do que o estabelecimento de uma relação de confiança. A comunicação entre as partes e entre estas e o mediador somente será alcançada de forma eficaz, se este for capaz de conquistar a confiança de ambas e obtiver empatia que estimule cada uma a se expressar sobre o problema que as une.

Conforme o *Manual de Mediação Judicial* (2010, pág.129 e 130):

> [...] é possível categorizar as formas de disputa a partir de seus objetivos. Esses objetivos são trabalhados durante toda a mediação, muito embora, há certos

> momentos que são mais propícios para determinadas formas de atuação do mediador. São vários objetivos do mediador: o controle do processo; o suporte às partes, o estímulo à recontextualização da disputa como um fenômeno natural passível de resolução e a resolução das questões propriamente ditas. [...] Quando as partes sentem que seus sentimentos e emoções foram bem recebidos e compreendidos pelo mediador, acreditam que podem confiar no processo e no mediador. Os efeitos de uma boa relação de confiança promovem uma melhor eficiência do processo no sentido de que facilitam a obtenção de informações e tornam a atuação do mediador muito mais simples.

No que se refere à técnica da Ouvida Ativa, nos termos do que orienta o autor André Goma (2010, pag.131):

> Ouvir ativamente significa escutar e entender o que está sendo dito sem se deixar influenciar por pensamentos judicantes ou que contenham juízos de valor – ao mesmo tempo deve o ouvinte demonstrar, inclusive por linguagem corporal, que está prestando atenção ao que está sendo dito. (…). Além disso, apenas ouvindo ativamente poderá o mediador identificar as questões mais importantes, as emoções e a dinâmica do conflito – o que faz com que as intervenções do mediador sejam muito mais eficientes e oportunas".

Assim, deve o mediador manter uma postura receptiva com a parte interlocutora, evitar sinais de tensão, demonstrar uma atitude positiva de atenção física, buscar manter um contato visual e, sobretudo, estar preparado para ouvir as partes também do ponto de vista emocional e comportamental.

Para tanto, a linguagem corporal é muito importante; o mediador deve captar as palavras ditas pelas partes, enfatizar os pontos positivos e devolver as mesmas palavras à mesa de negociação para que as partes apresentem a melhor solução para o conflito.

Pertinente à técnica do silêncio, André Goma (2010, p.43) faz abordagem

no sentido de que o silêncio pode ser utilizado com vários objetivos no processo de resolução de disputa.

Normalmente, o silêncio do mediador provoca nas partes a reflexão, ainda que momentânea, sobre a forma como estão agindo. Assim, quando uma parte dá sinais de que dará um passo importante para resolução de controvérsia (que pode ser uma concessão, o reconhecimento de um erro ou um pedido de desculpas, por exemplo), é interessante que o mediador teste esta técnica. Ou seja, ao invés de fazer perguntas na ânsia por solucionar a controvérsia o quanto antes, em algumas ocasiões o silêncio do mediador provoca uma inquietação na parte e a faz concluir, após esta breve pausa, o pensamento que não estava bem estruturado no início de seu discurso.

No que se relaciona a técnica do Resumo, impende destacar que após a abertura e devidas explanações das partes e suas expectativas quanto à resolução do problema, o mediador deve resumir o que acabou de ouvir, questionado os mediandos sobre a correta interpretação dos fatos. Deve, ainda, verificar as principais questões presentes, como também os subjacentes juntamente com as partes.

O resumo é de fundamental importância, ao fazer com que as partes sintam o modo e o interesse com que o mediador focalizou a compreensão do que foi exposto. Ao organizar a discussão, fica clara a melhor visualização dos progressos obtidos até então.

Preceitua André Goma, (2010,p.103) que:

> O mediador, no entanto, deverá ter a cautela ao relatar às partes o resumo, uma vez que qualquer inocorrência ou exposição que não seja neutra poderá gerar a perda de percepção de imparcialidade que o mediador começou a adquirir com a declaração de abertura. Desse modo, recomenda-se que mediadores anotem os principais aspectos que cada uma das partes expressou – identificando questões, interesses, necessidades e sentimentos – e, ao relatar sumariamente tais aspectos, busquem apresentar organizadamente e de modo neutro e imparcial tais informações às partes".

Essa técnica deve ser reutilizada sempre que as partes se desviem do foco do acordo ou se exaltem por qualquer motivo.

A técnica das sessões individuais ou privadas é uma técnica que o conciliador deve empregar, sobretudo, no caso de as partes não estarem se comunicando de modo eficaz. Isso se verifica em diversas hipóteses, tais como um elevado grau de animosidade entre as partes, uma dificuldade de uma ou outra parte se comunicar ou expressar adequadamente seus interesses e as questões presentes no conflito, a percepção de que existem particularidades importantes no conflito que somente serão obtidas por meio de uma comunicação reservada, a necessidade de uma conversa com as partes acerca das suas expectativas quanto ao resultado de uma sentença judicial.

Preceitua André Goma (2010, p. 127) que na sessão privada é comum a parte começar a ter uma proximidade mais acentuada com o mediador e, em razão desse fato, é possível que ela passe a acreditar que ele possa estar do seu lado. Deve, portanto, ter o mediador cautela ao demonstrar compreensão pelo que a parte está sentindo e, ao mesmo tempo, não deixar parecer qualquer sinal de parcialidade. Todavia, em hipótese alguma, pode o mediador fazer algum comentário que transpareça estar dando apoio a sua posição ou assessorando a parte como se seu advogado fosse.

Dessa forma, apesar de proceder com técnicas como afago, inversão de papéis ou validação de sentimentos, o mediador jamais poderá transmitir implícita ou explicitamente posicionamento em favor de uma ou de outra parte quanto à matéria em disputa.

Recomenda, ainda, o referido manual que o mediador sempre que realize uma sessão privada com uma das partes faça-o também com a outra. E caso venha a realizar mais de uma sessão privada com uma das partes tenha o cuidado de também realizá-la sem igual número com as outras.

A técnica da troca ou inversão de papéis consiste em técnica voltada a estimular a empatia entre as partes por intermédio de orientação para que cada uma perceba o contexto também sob a ótica da outra parte.

As pessoas se colocam no lugar das outras e dizem o que sentiriam na posição do outro. O objetivo é fazê-las refletir sobre a situação do outro. Abre a possibilidade de nova solução para o problema em comum, uma vez que as partes são tendenciosas a perceber apenas o foco que lhes interessa.

Empatia é uma palavra originada do inglês "empathy", sendo em psicologia a tendência para sentir o que sentiria caso estivesse na situação e circunstâncias experimentadas por outra pessoa. Nesse sentido, aproxima muito da misericórdia (*miser*+*cordia*), de derivação latina, que traduz o experimentar no coração a miséria de outrem.

Técnica da Tempestade de Ideias ou *Brainstorming,* palavra de origem inglesa que pode significar também "tempestade mental", ou ainda, chuva de palpites. Esta técnica é usada para exploração de ideias ou sugestões apresentadas pelas partes, sem julgamento de prévios, visando a obtenção de melhores soluções, pois, dentre as diversas propostas emergidas, uma poderá amoldar-se melhor e satisfazer os interesses mútuos e individuais das partes.

A função do mediador não é apresentar soluções, mas incentivar as partes a pensarem em novas opções para composição da demanda. O objetivo é extrair da mediação o papel educativo, uma vez que se a parte aprender a buscar, sozinha, soluções em futuros conflitos ela tenderá a conseguir entrar algumas novas soluções.

O ideal é que as partes ofereçam o maior número de sugestões possíveis, não se adentrando, em um primeiro momento, no mérito das sugestões. É sempre importante a indução do mediador para que cada parte pense no interesse da outra.

Pertinente a técnica do Afago, também conhecida como Reforço Positivo, aduz André Goma (2010, p.167 e 168):

> Consiste em uma resposta positiva do mediador a um comportamento produtivo, eficiente ou positivo da parte ou do próprio advogado. Por intermédio do afago, busca-se estimular a parte ou o advogado a continuar com o comportamento ou postura positiva para a mediação. [...] Vale destacar que muitas vezes um mediador mais experiente fará um afago simplesmente por meio de uma expressão facial ou com linguagem corporal. Outro aspecto que merece registro consiste na forma com que se exercita o afago: o mediador deve identificar um comportamento eficiente e apresentar a resposta positiva (afago) especificamente quanto a tal comportamento.

Esta técnica é utilizada no sentido de valorizar o que merece ser valorizado; estimular a criatividade; despolarizar a relação para interromper o espiral do conflito.

A técnica da Validação dos Sentimentos consiste em uma técnica muito utilizada durante a mediação, principalmente quando se busca estabelecer uma relação de confiança com as partes. É identificar os sentimentos, ainda

que as partes não os revelem explicitamente, reconhecendo-os perante as partes e recontextualizando-os em uma perspectiva positiva, identificando os interesses reais que estimularam o referido sentimento.

Ainda segundo André Goma (2010, p.135 e 175) que:

> Esse tipo de técnica, ao mesmo tempo em que demonstra que o mediador se preocupa com os sentimentos envolvidos, tira um grande peso das partes, que muitas vezes acham reprovável a maneira como elas mesmas se comportam diante daquela situação e, em razão disso atribuem a culpa por estarem em contexto de conflito com a outra parte. O papel do mediador ao validar sentimentos consiste em demonstrar às partes que é natural em qualquer relação haver conflitos e que se faz mais eficiente buscar soluções do que atribuir culpa. A expressão das emoções é de grande valia para as partes não só apenas para que estas se sintam mais descarregadas e tranquilas no processo de mediação, mas também para que demonstrem à outra parte a intensidade de seu sentimento com relação à determinada questão.

Dessa forma, é importante que o mediador identifique os sentimentos desenvolvidos no decorrer do conflito e aborde-o como uma consequência natural de interesses legítimos que a parte tem. É a identificação do sentimento com a validação que pode ser feita ao identificar a provável intenção da parte.

Esta técnica também deve ser utilizada em uma sessão individual para sentimentos que somente uma parte venha a manifestar, sendo utilizada em sessões conjuntas somente se as partes estiverem com sentimentos semelhantes.

Outra técnica muito utilizada é a de Recontextualização ou Paráfrase e tem como ponto positivo o fato de o mediador poder enfatizar os aspectos favoráveis afirmados implicitamente pela parte que, ditos de outra maneira, servirão para desatar a contenda.

Repetir o que a pessoa disse, usando outras palavras, enfatizando os pontos positivos, incluindo todas as pessoas, permitindo que ouçam suas histórias contadas por um terceiro neutro e imparcial.

Através desta técnica, o mediador estimula as partes a prestarem atenção

a determinado contexto fático por outro enfoque. Assim, a parte tende a considerar ou entender uma questão, um interesse, um comportamento ou uma situação de forma mais positiva, para que assim possa extrair soluções também positivas.

Por último, fazemos alusão a técnica da Formulação de Perguntas que indica que as primeiras perguntas sejam delicadas, para estabelecer um contato (perguntas de contato), deixando o interlocutor à vontade, ajudando a criar um ambiente harmonioso e básico para as questões mais relevantes. Esse ambiente permite, ainda, estabelecer um padrão de normalidade para os gestos não-verbais, indispensável para a interpretação correspondente.

Para um correto perguntar, é necessário desde o cuidado na formulação das questões, até na interpretação das respostas, passando pelo aprimoramento das técnicas de perguntar e interpretar.

5. MEDIADOR

A atuação do mediador, embora a autocomposição esteja prevista em várias disposições legais, não está disciplinada. Este fato ocorre em virtude desta atividade estar mais relacionada à adequada aplicação de técnicas oriundas de esferas de conhecimento humano, como comunicação, administração, semiótica, psicologia, do que primordialmente à interpretação e à aplicação do direito.

Aduz indicar que isto se associa também aos princípios da mediação, dos quais se destacam a informalidade e oralidade do processo e a autonomia das partes, cuja aplicação é incompatível com a existência de regras rígidas previstas em leis ou outras fontes normativas.

Todavia, não implica a negação da importância do mediador no processo. O mediador tem papel reconhecido como auxiliar da justiça e desempenha papel relevante no desenvolvimento da cidadania conforme dispositivo que segue: art. 7º da Lei nº 9.099/1995: Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados os primeiros, preferencialmente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência.

Insta indicar que este exerce uma atividade importante no desenvolvimento da cidadania, já que não apenas facilita o entendimento entre os cidadãos na busca da mais acertada solução dos conflitos, mas também na condução dos processos, no aspecto técnico, mantendo a

imparcialidade, dando maior objetividade ao processo, caso não haja acordo.

O mediador, de acordo com o já explicitado, é o terceiro neutro, que deve ter conhecimento técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo e tem como função restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações. Segundo BACELLAR *apud* Manual de Mediação (2010, p. 67), é função do mediador instruir as partes quanto à maneira mais conveniente a portarem-se perante o curso do processo, a fim de obterem a sua efetiva concretização. Garante, assim, que a discussão gere um acordo fiel ao direito da comunidade, moral e justo.

É crucial que o autocompositor, responsável pelo bom andamento do processo, se comunique muito bem, com capacidade de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes, sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiu. Afinal, é com as informações que recebe das partes que o autocompositor poderá trabalhar e trará à tona as possíveis soluções do conflito. Apenas com a comprovação de que o mediador sabe ouvir e compreender as partes é que elas realmente prestarão as informações necessárias a fim de o autocompositor desenvolver o seu trabalho.

Assim, é evidente que para o mediador exercer sua função deve ter treinamento e conhecimentos específicos, pois esta atividade relaciona-se com relevantes valores sociais e com a intimidade dos indivíduos, necessitando de regulamentação específica.

6. CONCLUSÃO

De todo o articulado, é de fácil constatação que os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos são garantias constitucionais do acesso à Justiça e perseguem o atendimento da efetividade de direitos sob uma visão humana, haja vista que não se prendem a soluções estritamente técnico-jurídicas.

Convém apontar que na prática os MARC'S encontram obstáculos para a sua difusão, sobretudo em consequência da cultura paternalista do nosso ordenamento jurídico, mas já se vislumbra um maior empenho, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, dos operadores do direito, em promover este instituto de forma a encontrar uma alternativa

à crise do Judiciário.

A ênfase excessiva ao Poder Judiciário enfraquece os outros meios capazes de proteger e efetivar os direitos constitucionais. Existe uma idealização à figura do juiz e adota-se uma postura paternalista diante de uma sociedade infantilizada, gerando uma dependência da população ao Judiciário. O exagerado ativismo judicial ocasionou o engessamento da estrutura do Judiciário, diante da sobrecarga do trabalho, precariedade da distribuição de tribunais em toda extensão territorial brasileira, decisões que se arrastam, causando o comprometimento da efetividade dos direitos.

Mediante estes obstáculos, os operadores do Direito perceberam urgência em encontrar formas simplificadas e céleres aptas a dirimir desavenças. Dessa forma, aparecem os meios alternativos de pacificação de conflitos, notadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Estes são meios alternativos de dissolução de controvérsias, ou seja, meios não jurisdicionais. Apresentam igual objetivo, a pacificação extrajudicial de litígios. Todavia, cada um apresenta características peculiares.

Como consequência de uma cultura deturpada e por falta de conhecimento, os cidadãos têm a errônea ideia de que os conflitos apenas podem ser solucionados perante o Poder Judiciário e mediante um advogado.

Tal ideia vem sendo modificada com a implementação dos Juizados Especiais, após o advento da Lei de Arbitragem e com a utilização da mediação. Ocorre assim, a instauração de mecanismos de pacificação de forma gradativa no ordenamento jurídico.

Para que ocorra esta mudança no cenário jurídico nacional, é primordial que a sociedade seja esclarecida sobre tais meios, através de palestras, propagandas, aulas expositivas, com o objetivo de conduzi-la a utilização destas formas de resolução de conflitos.

A utilização de novas formas de solução de litígios, com o objetivo de melhorar o quadro deficitário que se nota na prestação jurisdicional, não importa em resolução de todos os problemas relacionados ao acesso à Justiça. Ter essa visão demonstra uma falsa ideia, visto que as amarras que imobilizam a celeridade no atendimento aos reclames da sociedade, pertinentes a busca de justiça, são seculares e afetam inúmeros países.

Constata-se que os Marc's são meios adicionais à Jurisdição e não são adequados para todos os litígios.

Por fim, a mediação é um paradigma que pode ser desenvolvido para

garantir um efetivo acesso à Justiça. Além de resolver conflitos de forma mais satisfatória e mudar a cultura existente de que apenas a justiça estatal possui a solução para os problemas, mostra que estes podem ser resolvidos através de um simples diálogo, gerando mais harmonia e promovendo satisfação aos conflitantes.

MEDIATION: APPLICABILITY AND EFFECTIVENESS IN THE SOLUTION OF THE CONFLICT IN THE CONTEXT OF BRAZILIAN CIVIL PROCESS

ABSTRACT: This paper aims to establish an analysis of the applicability and effectiveness when the use of mediation in civil proeedings. Thus, we seek to address the practical implications of using this method in solving conflicts, inserted into the Brazilian legal system in order to better serve social advertisements, taking into account the need to qualify the judicial assistance. This institute falls among alternative means of conflict-MARC'S. In seeking to better meet the expectations of society, and try to approach the state of the population, seeking to use agile and effective means to provide access to justice. Thus, in actuality, the practice of alternative means of dispute resolution has been widespread, with nail alleviate the crisis in the Brazilian Judiciary lives and that provides, among other factor, delays in adjudication, burden of laws, framework restricted to employees, making the speed of those in attendance at this resort.

KEYWORDS: Mediation. The Judiciary. Alternative Media. Effectiveness. Conflict Resolution.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliana Calmon. *Poder Judiciário*: enfoque para as soluções alternativas de Conflito. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search. Acesso em: 13 abr. 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Perspectivas brasileiras no campo de solução alternativa de conflitos*. Disponível em http//bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25173/Perspectivas_Brasileiras_Campo.doc.

pdf?sequence=1 Acesso em 19 de novembro de 2011.
ANDRIGHI. Fátima Nancy. *Mediação*: um instrumento judicial para a paz social. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search. Acesso em: 02 abr. 2012.
_____. *A paz social na Constituição de 1988*: o preâmbulo da constituição como porta de acesso á mediação. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search. Acesso em: 02 abr. 2012.
AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2010. *Manual de mediação judicial*, (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD).
BARROS, Verônica Altef. *Mediação*: forma de solução de conflito e harmonia social. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search. Acesso em: 02 abr. 2012.
BRASIL. *Código de processo civil*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988
DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
FISCHER, Roger. URY, William e BRUCE, Patton. *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões; tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges – 2ª ed. Revisada e ampliada – Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2010. p. 06-07
OLIVEIRA, José Anselmo de. *Os juizados especiais no planejamento e orçamento dos tribunais*: necessidade e adequação. Revista da Esmese, Aracaju, n. 16, p 15-24, 2012.
SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.