

Coleção

M|A|S|C

Meios Alternativos de
Solução de Conflitos

Coordenadores:
Ada Pellegrini Grinover
Kazuo Watanabe

Volume **1**

Daniela Monteiro Gabbay

Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA

Condições, Desafios e Limites
para a institucionalização
da Mediação no Judiciário


Gazeta Jurídica

Há uma dimensão linguística do conflito a ser considerada⁴⁶. Os conflitos são constituídos pela nossa percepção das relações vividas, que são reconstruídas linguisticamente dentro de uma narrativa pessoal. Nessa medida, alterar a percepção que uma pessoa tem do conflito significa modificar o próprio conflito, pois é possível modificar o modo de comportamento entre as pessoas nele envolvidas⁴⁷. Ressalta Araújo Costa que como elaboramos linguisticamente a própria realidade (ou ao menos a linguagem é um elemento importante na percepção do que chamamos de realidade), é possível intervir na própria maneira como pensamos o nosso conflito⁴⁸.

A mediação tem esse potencial de transformação das relações sociais, que será tratado no item 2.6 deste livro, ao se analisar a Escola de Mediação Transformativa.

1.2.3 Processo: o devido processo legal mínimo na mediação

A dinâmica contenciosa e adversarial do processo judicial (*right based approach*) difere da dinâmica não adversarial da mediação (*interested based approach*), muito embora a flexibilidade procedimental desta última não seja equivalente à ausência de forma, conforme já exposto neste livro. Há um mínimo de procedimento que deve ser garantido, e dificilmente alguém discordaria do fato de que na mediação deva haver imparcialidade

46 Sobre o tema vide MATHER, Lynn. Yngvesson. Language, audience, and the transformation of disputes. *Law and Society Review*, vol. 15, n. 3-4, 1980-1981, pp. 775-821. FELSTINER, William, ABEL, Richard L., SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming, *Law and society review*, v. 15, n. 3-4, 1980-81, pp. 631-654. Em relação aos reflexos da linguagem na formulação do pedido e configuração do conflito, nas demandas coletivas e individuais, vide GABBAY, *Pedido e causa de pedir cit.*, pp. 33-40.

47 A maneira pela qual conceituamos um conflito influi na maneira como o resolvemos, e aprendemos a responder aos conflitos através das experiências e referenciais do ambiente em que vivemos. Cf. *Manual de Teorias Básicas cit.*, p. 3.

48 COSTA, *Cartografia dos métodos cit.*, p.164.

do mediador⁴⁹, voluntariedade das partes⁵⁰ e contraditório entre elas, resguardando-se a igualdade (substancial e não meramente formal) de oportunidades de participação no processo.

O devido processo legal é frequentemente tratado em relação aos meios heterocompositivos, como nos processos judiciais e arbitrais, sendo uma garantia de contenção do exercício de poder e autoridade, quer das partes, quer de terceiro. Poder-se-ia falar, também, em devido processo legal para os meios autocompositivos, como na mediação e conciliação?⁵¹

Entende-se que sim, muito embora o devido processo legal na mediação deva ser colocado em termos mínimos, sem gerar uma procedimentalização ou formalização excessiva que vá de encontro à autonomia e flexibilidade do desenho processual da mediação. Esses contornos mínimos são dados pela norma constitucional (garantias processuais), e fazem com que as formas autocompositivas possam ser tratadas à luz da teoria geral do processo.

Os incisos LIV e LV, do art. 5º da CF/88, determinam, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a

49 O papel do mediador normalmente é de facilitador da comunicação e solução do conflito entre as partes, mas, ainda que assuma papel avaliador, não pode decidir o conflito, pois do contrário a autocomposição se transformaria em heterocomposição. Tanto na hipótese de um mediador facilitador quanto de avaliador, a imparcialidade e independência são requisitos necessários, inclusive para resguardar a igualdade de tratamento das partes. Juliana Demarchi destaca que a mediação avaliativa pode ser considerada procedimento misto, que agrega à prática da mediação técnicas próprias da avaliação neutra de terceiro. Cf. DEMARCHI, *Mediação: proposta de implementação cit.*, p. 140.

50 Mesmo no caso da mediação obrigatória, a obrigatoriedade está relacionada à submissão das partes ao processo de mediação (*getting the parties to the table*), e não à forma de participação no curso do processo ou à necessidade de obtenção de um acordo.

51 A determinação de padrões e garantias mínimas aos meios alternativos de solução de conflitos é uma questão também levantada por Cappelletti, para evitar-se o risco de que a alternativa proporcione uma justiça de segunda classe. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, n. 74, abr-jun. 1994, p. 89.

ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ambos são garantias constitucionais do processo⁵².

Na lei de arbitragem brasileira (Lei nº 9307/96), o devido processo legal é tratado no capítulo destinado ao procedimento arbitral, determinando-se que “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (art. 19, p. 2)⁵³.

A garantia constitucional do devido processo legal na Constituição brasileira tem uma redação semelhante à parte final da Emenda Constitucional nº 14, 1ª seção, da Constituição norte-americana, que determina que “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos EUA, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos EUA e do Estado em que residem. Nenhum Estado pode criar ou implementar leis que limitem os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos EUA; nem pode o Estado privar nenhuma pessoa de sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal, nem negar a nenhuma pessoa dentro de sua jurisdição a proteção igualitária das leis”⁵⁴.

52 Sobre as garantias constitucionais no processo civil, especialmente o devido processo legal, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, passim.

53 Sobre o devido processo legal mínimo, estabelecido pelo art. 21 da lei de arbitragem e por princípios constitucionais, e que funciona como um limite à autonomia da vontade na arbitragem, vide SALLES, *Arbitragem em Contratos cit*, pp. 273/281-283 e ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 381-416, este último autor considerando que a imparcialidade do árbitro não integra o devido processo legal.

54 Tradução livre. No original: *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* A Emenda Constitucional nº 5 também trata do devido processo legal, ao determinar que *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself,*

Em 1969, a Suprema Corte norte-americana criou importante precedente ao decidir o caso *Goldberg v. Kelly*, que tratou das garantias do devido processo legal (*due process*), relacionadas ao contraditório (direito de ser ouvido e de se defender, com efetiva oportunidade de participar do processo) e à imparcialidade e independência do órgão julgador, que deve motivar suas decisões⁵⁵.

Ainda que na mediação não haja um poder-dever de decidir o conflito exercido por terceiro (como no caso da arbitragem e do processo judicial), o que exclui qualquer necessidade de o mediador demonstrar seu livre convencimento e motivar suas manifestações, há uma relação entre as partes a ser regulada por garantias mínimas referentes à imparcialidade do terceiro, à voluntariedade das partes e à igualdade (substancial e não meramente formal) de oportunidades de participação no processo, representada pelo contraditório.

Na mediação realizada no Judiciário, revela-se também de grande importância a garantia de confidencialidade, sob pena de as demais garantias restarem prejudicadas. Assim, as informações reveladas na mediação não podem ser levadas ao processo judicial, nem pelo mediador nem pelas partes, e não são consideradas como elemento de prova. Os mediadores também não podem fazer relatório, avaliação ou recomendação para os juízes ou qualquer outra autoridade que tenha alguma relação com o caso levado à mediação, podendo apenas relatar se houve ou não acordo.

nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

55 Ao analisar o direito de cidadãos de Nova Iorque de serem devidamente notificados e ouvidos no processo, a Suprema Corte decidiu que *a pretermination evidentiary hearing is necessary to provide the welfare recipient with procedural due process; (a) such hearing need not take the form of a judicial or quasi-judicial trial, but the recipient must be provided with timely and adequate notice detailing the reasons for termination, and an effective opportunity to defend by confronting adverse witnesses and by presenting his own arguments and evidence orally before the decision maker; (b) counsel need not be furnished at the pre-termination hearing, but the recipient must be allowed to retain an attorney if he so desires; (c) the decisionmaker need not file a full opinion or make formal findings of fact or conclusions of law but should state the reasons for his determination and indicate the evidence he relied on; (d) the decisionmaker must be impartial, and although prior involvement in some aspects of a case will not necessarily bar a welfare official from acting as decision maker, he should not have participated in making the determination under review.*

Nos EUA há uma diferença entre *confidentiality* e *privilege*: *confidentiality* está relacionada ao que as partes mantêm em sigilo em relação a familiares, amigos e outros, enquanto *privilege* está relacionado ao que é mantido em sigilo em relação ao Tribunal. Se as partes chegam a um acordo, apenas esse resultado final pode ser apresentado e submetido ao Judiciário. A confidencialidade e o privilégio são protegidos pelo *Uniform Mediation Act*, pelas *Federal Rules of Evidence*, salvo algumas exceções previstas expressamente (casos envolvendo crime, por exemplo).

A aplicação do devido processo legal aos meios alternativos de solução de conflitos foi a questão central de estudo realizado por Richard Reuben, que defende a existência de uma teoria unitária para os meios alternativos de solução de conflitos e para o processo judicial, orbitando em torno da constituição⁵⁶.

Reuben considera que esta teoria unitária deve suplantiar o modelo bipolar tradicional, que divide os sistemas de solução de conflitos em público e privado, e sujeita apenas o público, representado pelo processo civil judicial, ao devido processo legal. A partir da teoria unitária se reconhece que os meios alternativos de solução de conflitos são influenciados pela ação estatal, e por isso constitucionalmente seria requerido que se submetessem a um devido processo legal mínimo (nas palavras do autor: *minimal but meaningful due process standards*), relacionado à imparcialidade do terceiro, ao contraditório e ao direito a ser assistido por um advogado. Neste ambiente de pluralismo processual, o movimento da teoria unitária seria mais no sentido de publicização dos meios alternativos do que de privatização do processo judicial. Trata-se de teoria unitária de uma justiça civil pública⁵⁷.

Reuben distingue os meios alternativos entre os que estão na esfera privada ou contratual e os que estão nos ambientes do Judiciário e das agências administrativas; em qualquer hipótese o devido processo legal se aplicaria, ainda que em medida diversa, e estes últimos estariam sob maior influência da ação estatal. É sob esta influência que se encontram os programas de mediação anexos às Cortes, que são financiados e administrados pelo Judiciário, recebem os conflitos pela via judicial, contando com mediadores

56 REUBEN, *Constitutional Gravity: a Unitary Theory* cit, pp. 952-1104.

57 *Ibidem*, pp. 952-954.

muitas vezes contratados ou empregados pelas Cortes, além de serem os acordos obtidos homologados judicialmente⁵⁸.

O autor ilustra seus argumentos através de figura que se assemelha ao sistema solar, sendo o poder coercitivo estatal considerado o sol; e a força constitucional, o elemento gravitacional: quanto mais o processo de solução de conflitos se afasta do campo de ação do poder estatal, menor é o nível de força constitucional exercida sobre esse processo. É por isso que a força constitucional é maior nos sistemas de adjudicação (processo judicial e em seguida o arbitral) e menor nos sistemas consensuais (como a mediação) e consultivos (como a avaliação neutra de terceiro) de solução de conflitos, assim como é maior quando esses mecanismos estão no ambiente institucional das Cortes do que no ambiente contratual e privado das partes⁵⁹.

Um mínimo de devido processo legal⁶⁰ não compromete a flexibilidade procedimental, sujeita ao consenso das partes, e a possibilidade de qualquer uma delas poder encerrar a mediação a qualquer tempo e por qualquer razão. Trata-se apenas de uma forma de reconhecer os contornos constitucionais e as garantias dos meios alternativos de solução de conflitos, que também estão sujeitos ao campo de ação estatal. Quanto mais os meios

58 *Ibidem*, pp. 954-955.

59 *Ibidem*, pp. 958 e 1048.

60 Robert M. Cover reconhece a existência de um mínimo e transubstancial devido processo legal, com os contornos definidos pela constituição: *it is extraordinary that our legal system holds a divided view of procedure: our norms for minimal process, expressed in the constitutional rubric of procedural due process, are generally conceded to constitute a substance-sensitive calibrated continuum in which the nature of the process due is connected to the nature of the substantive interest to be vindicated; yet our primary set of norms for optimal procedure, the procedure available in our courts of general jurisdiction, is assumed to be largely invariant with substance. It is by no means intuitively apparent that the procedural needs of a complex antitrust action, a simple automobile negligence case, a hard-fought school integration suit, and an environmental class action to restrain the building of a pipeline are sufficiently identical to be usefully encompassed in a single set of rules which makes virtually no distinctions among such cases in terms of available process. My point is not that the Federal Rules are not workable over such a broad range. But it may be worth asking in what sense that codification works well because of its trans-substantive aspiration, and in what sense it works in spite of it. Cf. COVER, Robert M. Reading the Rules: procedural neutrality and substantive efficacy. In: COVER, Robert M. e FISS, Owen M. (Orgs). *The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979, p. 80.*

alternativos se expandem no Judiciário, mais se confrontam com questões relacionadas ao devido processo legal⁶¹.

Diferentemente de um negócio jurídico ou transação que ocorrem fora do Judiciário, e cujo acordo pode ser homologado pelo juiz sem a preocupação com o procedimento que o gerou⁶², quando a mediação e a conciliação são realizadas em um ambiente institucional, público como o judicial ou mesmo privado como o das Câmaras de Mediação e Arbitragem, o procedimento é regulado e visa a promover uma garantia de previsibilidade e segurança àqueles que participam da mediação. No caso das Câmaras, há o relevante papel dos regulamentos e dos termos contratuais em que as partes estabelecem as regras procedimentais; no caso da mediação e conciliação realizadas incidentalmente ao processo judicial, cujos casos são encaminhados pelo juiz (dentro de um campo de ação estatal, como destaca Reuben), há o papel dos provimentos e regulações no âmbito do Judiciário. Nesses ambientes institucionais, tanto o resultado como o procedimento importam. Trata-se da importante relação entre a justiça do processo e a justiça do resultado.

Além do ambiente institucional e das regras procedimentais, a presença do terceiro também faz diferença, e, no caso da mediação, cabe a esse terceiro facilitar a comunicação entre as partes e resguardar o cumprimento das regras procedimentais estabelecidas consensualmente pelas mesmas⁶³.

61 Cf. REUBEN, *Constitutional Gravity: a Unitary Theory* cit, pp. 1103-1104.

62 De acordo com o art. 475-N, inciso V, do Código de Processo Civil, é título executivo judicial o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente.

63 Martin Golding reconhece a necessária presença do terceiro e traça distinção entre a negociação ou barganha bilateral e o que chama de *jural-like forms of dispute settling*, categoria na qual inclui a adjudicação, a conciliação (e mediação) e a integração terapêutica, sendo possível unificar as regras processuais aplicadas a esses mecanismos. Suas características são: (i) *a dispute settler, a particular third party (who may be more than one individual) who "stands between"*; (ii) *particular disputants and settles, or attempts to settle*; (iii) *their particular dispute. There must be (iv) some kind of hearing of the dispute, the presentation to the third party of each disputant's side of the controversy. And (v) the materials so received must be used by the third party in arriving at the settlement.* Cf. GOLDING, Martin P. *Dispute Settling and Justice*. In: COVER, Robert M. e FISS, Owen M. (Orgs). *The structure of procedure*. Mineola: The Foundation Press, 1979, p. 106.

Em termos de efeitos práticos, a não observância do devido processo legal mínimo pode ser causa para a invalidação do acordo obtido entre as partes (assim como ocorre em relação à sentença arbitral, quando não observado o devido processo legal, conforme prevê o art. 32, VII da Lei nº 9307/96). Nesse caso, somando-se às garantias constitucionais previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da CF/88, há em nível infraconstitucional garantias e regras fixadas em Regulamentos, Resoluções, Provimentos (dos Tribunais, por exemplo) e, em nível contratual, as convenções estipuladas entre as partes⁶⁴, que precisam ser observados sob pena de a parte que se sentir prejudicada (em relação ao processo ou ao resultado) buscar judicialmente a invalidação do acordo e/ou perdas e danos.

O Código de Ética estabelecido pela Resolução nº 125/2010 do CNJ prevê os princípios e garantias fundamentais da mediação e conciliação judiciais (confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência, autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação) e determina que as regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o seu bom desenvolvimento. Para tanto, eles devem assinar, no início da sessão, um termo de compromisso, submetendo-se às orientações do juiz coordenador da unidade a que vinculados. A sanção para o descumprimento dos princípios e regras estabelecidos no Código de Ética é a exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e o impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário Nacional.

Quanto à base contratual dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, Carlos Alberto Salles destaca que no âmbito da Administração

64 Conforme Adolfo Braga Neto, a mediação caracteriza-se como um contrato de prestação de serviços, no qual de comum acordo as partes contratam um mediador para que as auxilie na busca de soluções para o conflito que estão enfrentando. Os requisitos mínimos desse contrato plurilateral envolvem a qualificação das partes e de seus advogados, do mediador e co-mediador, regras claras estabelecidas para o procedimento, número indicativo de reuniões, honorários e despesas incorridas durante a mediação e formas de pagamento, confidencialidade relativa às informações e resultado da mediação. BRAGA NETO, Adolfo. Reflexões sobre a Conciliação e a Mediação de Conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 496-497.

Pública norte-americana, assim como em relações privadas, a utilização desses mecanismos costuma ser precedida de uma espécie de contrato ou convenção, denominada de *ADR Agreement*. Nesse instrumento contratual, as partes elegem uma técnica específica de solução de controvérsia, definem os parâmetros básicos de seu funcionamento, escolhem, se for o caso, o terceiro neutro, definem critérios para a distribuição de despesas, estabelecem o procedimento básico a ser seguido e realizam, com o auxílio de seus advogados, o desenho do mecanismo de solução de controvérsias⁶⁵.

Este mesmo autor ressalta a diferença entre a normatividade de um processo pronto e acabado e aquela na qual as regras processuais podem ser quase inteiramente construídas pela vontade das partes, e considera a existência de uma instrumentalidade metodológica que se volta aos problemas de cada campo específico do direito e da realidade fática. Pondera que o caráter transsubstancial do processo, de atender indistintamente a um grande conjunto de tipos de situações controvertidas, pelo qual é tradicionalmente concebido, vem sendo colocado em xeque diante da crescente complexidade das situações fáticas e jurídicas da realidade contemporânea⁶⁶.

Transposta a fase de experimentação dos meios alternativos de solução de conflitos no Judiciário, a tendência é haver maior atenção à regulação desses meios, o que também reflete sobre o seu devido processo legal. Nos Estados Unidos, o *Uniform Mediation Act* (UMA), de agosto de 2001, surgiu nesse contexto regulatório e se aplica tanto às mediações que ocorrem no Judiciário e nas Agências Administrativas quanto às mediações privadas. Regulamenta questões relacionadas à confidencialidade da mediação e à postura do mediador, que tem a obrigação de revelar previamente qualquer conflito de interesses com as partes e resguardar sigilo

65 Cf. SALLES, *Arbitragem em Contratos cit*, pp. 175-176.

66 *Ibidem*, pp. 18-20. Segundo Carlos Salles, a proposta da instrumentalidade metodológica situa-se em um plano epistemológico, atinente à forma como se deve construir o conhecimento no direito processual, e, ao invés de partir da norma de processo, parte da análise de um campo específico da realidade jurídica e social, para, verificados os condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta processual para o problema estudado. No caso dos meios alternativos de solução de conflitos, ressalta este autor que a instrumentalidade metodológica poderá gerar subsídios para moldar procedimentos consensuais para a resolução de litígios. Nesse campo, há de se esperar do processualista, mais do que a simples aplicação de normas procedimentais, a capacitação para construir arranjos ou desenhos procedimentais aptos a atender às necessidades de situações de grande especificidade *Ibidem*, pp. 23-24

sobre o que foi objeto da mediação, sigilo que somente pode ser quebrado em hipóteses específicas⁶⁷.

Além desta regulação geral e nacional, muitos programas de mediação anexos às Cortes têm uma regulação local, vigente no ambiente judiciário. É o caso dos programas de mediação do Judiciário da Flórida analisados na pesquisa empírica, com farta regulação: *Florida Statutes, Rules of Civil Procedure, Florida Rules for Certified and Court-appointed Mediators*, além de contarem com Comitês que atuam junto à *Supreme Court – ADR Policy and Rules, Ethics Advisory Committee*, dentre outros.

No Brasil, não há uma lei geral sobre mediação, mas tramita junto ao Congresso um Projeto de Lei que será tratado no item 4.1 deste livro. Nesse Projeto (PL nº 94/2002) há a previsão de alguns princípios que devem nortear a mediação e a conciliação: os princípios da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade. Há também a Resolução nº 125/2010 do CNJ e o Código de Ética que ela traz em seus anexos, ambos já referidos acima.

No âmbito da regulação local, há os provimentos dos Tribunais que regulamentam os setores de conciliação e mediação no Judiciário. O CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem), por sua vez, estabelece algumas diretrizes através de modelo de regulamento para a mediação e do código de ética dos mediadores, recomendando a todas as instituições e entidades, governamentais e privadas, organizadas para o serviço da Mediação, assim como aos mediadores *ad hoc*, que pautem sua atuação pelo regulamento modelo e pelo código de ética.

Referido regulamento define os princípios básicos a serem observados no processo de mediação, que são: **i.** o caráter voluntário; **ii.** o poder dispositivo das partes, respeitando o princípio da autonomia da vontade, desde que não contrarie os princípios de ordem pública; **iii.** a complementaridade do conhecimento; **iv.** a credibilidade e a imparcialidade do mediador; **v.** a competência do mediador, obtida pela formação adequada e permanente; **vi.** a diligência dos procedimentos; **vii.** a boa fé e a lealdade das práticas aplicadas; **viii.** a flexibilidade, a clareza, a concisão

67 Há também a lei modelo da Uncitral sobre mediação e conciliação comercial internacional, aprovada em 2002, e disponível em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml.../03-90953_Ebook.pdf. Acesso em 19/07/2011.

e a simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos, de modo que atendam à compreensão e às necessidades do mercado para o qual se voltam; **ix.** a possibilidade de oferecer segurança jurídica, em contraponto à perturbação e ao prejuízo que as controvérsias geram nas relações sociais; **x.** a confidencialidade do processo.

Muito embora o procedimento adotado seja definido consensualmente pelas partes, o mediador tem algumas atribuições destinadas ao resguardo e controle do processo. O código de ética elaborado pelo CONIMA, dentre outras questões, trata do papel do mediador frente ao processo, estabelecendo que o mediador deverá:

- i.** Descrever o processo da mediação para as partes;
- ii.** Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo;
- iii.** Esclarecer quanto ao sigilo;
- iv.** Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da mediação;
- v.** Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados;
- vi.** Sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida em que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade;
- vii.** Interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal;
- viii.** Suspender ou finalizar a mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes;
- ix.** Fornecer às partes, por escrito, as conclusões da mediação, quando por elas solicitado.

A garantia do devido processo legal não se confunde com as etapas da mediação, que são normalmente estudadas durante a capacitação de mediadores e conciliadores, não sendo pacífico entre as Escolas de Mediação a necessidade do seguimento de fases e etapas sequenciais.

Christopher Moore entende que há movimentos contingentes, que são respostas a questões específicas, e movimentos não contingentes na mediação. Um mediador eficiente é aquele capaz de analisar e avaliar situações críticas e planejar intervenções eficazes para lidar com as causas do conflito, e há um procedimento nesta atuação⁶⁸. Segundo este autor, uma vez ouvidas as partes e analisado o conflito, o mediador constrói uma hipótese: “Este conflito é causado por *a* e provavelmente *b*, e se *a* ou *b* for modificado ou avaliado, as partes poderão chegar a um acordo”. A hipótese deve, então, ser testada⁶⁹.

Há diferentes etapas e fases percorridas pela mediação, que não se confundem com o devido processo legal mínimo, e normalmente são ajustadas pelas partes junto ao mediador, ainda que de forma não sequencial e preclusiva. São elas⁷⁰:

1. Pré-mediação: fase de preparação em que o mediador estabelece contato com as partes disputantes, são definidos os principais pontos e princípios sobre o processo de mediação, as partes escolhem o local e tempo da sessão, definem quem estará presente (partes, família, advogados), e podem expor brevemente a controvérsia e suas expectativas. Neste momento nasce a confiança das partes no processo⁷¹.

68 MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução Magda França Lopes, Porto Alegre: Artmed, 1998, pp. 60-61

69 *Ibidem*, p. 64.

70 Etapas descritas de acordo com: BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007, pp. 44-59; MOORE, *O processo de mediação cit.*, pp. 66-67.

71 Dependendo do caso e das circunstâncias, pode ser assinado um termo de mediação especificando o objeto da mediação, identificando as partes, advogados e mediador, o procedimento adotado, o local e prazo para a conclusão dos trabalhos, a remuneração do

2. Início da mediação: Trata-se do segundo momento informativo (tendo ocorrido a pré-mediação), e o mediador fala de seu papel e função durante o processo, inicia escuta ativa do problema a partir da versão de cada uma das partes, buscando conhecer as suas formas de comunicação.

3. Investigação: baseia-se na formulação de perguntas pelo mediador para conhecer melhor a relação entre as partes e o conflito (posições, interesses, motivações etc) e coletar informações. A formulação de perguntas também pode ser feita pelas partes, com a possibilidade de surgirem outras perspectivas do conflito antes não evidenciadas. Nesta fase as perguntas binárias tendem a ser substituídas por perguntas reflexivas, que evitem impasses, observando-se a comunicação entre as partes⁷².

4. Agenda: as partes precisam concordar sobre as questões e temas a serem discutidos e analisados no processo de mediação (pauta de trabalho). Trata-se de um momento de definição de prioridades, em que as partes determinam a sequência para o tratamento das questões.

5. Criação de opções: desenvolve-se junto às partes uma consciência da necessidade de múltiplas opções. Realiza-se um *brainstorming* – as ideias e opções livremente apresentadas não são objeto de avaliação nem de tomadas de decisão neste primeiro momento.

6. Avaliação das opções: avalia-se neste momento como os interesses podem ser satisfeitos pelas opções disponíveis, e os custos e benefícios das opções. As opções são avaliadas pelas partes ou

mediador, dentre outras questões. O termo de mediação é mais comum nas mediações extrajudiciais, como no âmbito empresarial, e fixa os termos do contrato de prestação de serviços. Cf. BRAGA NETO, SAMPAIO, *O que é mediação cit*, p. 48-49.

72 Algumas técnicas podem ser aplicadas quanto às formas de questionamento: perguntas que ampliem o foco das partes, que façam as partes refletirem sobre a sua relação, com reformulação ou paráfrase, utilização de pausas técnicas, resumo do problema ou de até onde se chegou em alguns momentos, dentre outras. As sessões de mediação com as partes podem ser conjuntas ou separadas. Sendo separadas (caucus), deve ser mantida a confidencialidade do que foi dito ao mediador.

pelo mediador, se ele tiver um papel avaliativo do conflito. Há uma preferência pela escolha de critérios objetivos para esta avaliação.

7. Escolha das opções: a escolha e priorização são realizadas pelas partes.

8. Soluções: com eventual elaboração de acordo (título executivo extrajudicial ou, uma vez homologado pelo juiz, título executivo judicial). As soluções podem ser parciais ou totais.

1.3 Justiça do Processo e Justiça do Resultado

A busca das partes por satisfação se dá não apenas em relação aos resultados da demanda, mas também em relação ao processo pelo qual eles são gerados. Trata-se da distinção entre a justiça do processo e a justiça do resultado, que envolve diferentes níveis de percepção, controle e satisfação das partes.

Enquanto na mediação é possível que as partes definam e controlem o procedimento, no processo judicial, por sua vez, o procedimento vem estabelecido em lei e não está sujeito a adaptações⁷³.

Sobre a satisfação com o processo, pesquisa realizada no Programa de Mediação Forense do TJDFt constatou que entre as partes que não alcançaram acordo na mediação, 85% dos entrevistados acreditam que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro. Entre as partes que transacionaram, todas responderam acreditar que o processo do qual participaram irá ajudá-las a melhor resolver semelhantes questões futuras⁷⁴.

73 Esse foi um dos pontos polêmicos enfrentados pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil. O projeto original conferia liberdade ao **juiz para adaptar os procedimentos**, adequando as fases e atos processuais às especificidades do conflito, respeitado o contraditório e a ampla defesa (art. 107). Mas o substitutivo do Projeto de Lei apresentado no Senado modificou esse dispositivo e manteve a possibilidade de alterar os procedimentos apenas em dois momentos: para mudar a ordem de apresentação de provas e para dilatar prazos.

74 Dado citado no Manual de Mediação Judicial, em introdução sobre a implantação de uma política pública na área de mediação judicial, por Rogério Favreto. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Manual de Mediação*

A utilização de mecanismos consensuais traz para o direito desafios que vão muito além de sua inserção no processo judicial ou em estratégias para aliviar a sobrecarga do Judiciário. Na verdade, sua exata consideração impulsiona a mudanças muito mais profundas, modificando o próprio modo como o direito atua nas relações humanas com o objetivo de propiciar elementos para solução dos conflitos inerentes ao convívio social.

A perspectiva de soluções consensuais de controvérsias permite uma verdadeira reviravolta na abordagem jurídica. Abandona-se a ênfase do direito enquanto ordem cogente e imperativa, para enfatizar as normas de caráter dispositivo, com diverso papel no ordenamento e na regulação jurídica de uma grande diversidade de relacionamentos humanos.

(...)

Em termos dos resultados concretos produzidos pelo sistema jurídico, a grande vantagem da nova perspectiva é a reversão do papel do direito como indutor de soluções negativas, pautadas em jogos de soma zero, construído a partir de estruturas binárias, do tipo ganha-perde ou ganhador-perdedor. O direito, sob o novo enfoque, passa a ser mecanismo de soluções positivas, propiciando um referencial a partir do qual as partes podem construir soluções produtivas, alcançando ganhos em relação a uma dada controvérsia.

(...)

A presente obra, com certeza, oferece uma grande contribuição ao desenvolvimento de importantes aspectos do direito e da jurisdição nos nossos dias.

Entre os horizontes abertos pelo presente trabalho está, exatamente, o de viabilizar que a jurisdição estatal absorva, entre seus objetivos, aquele de gerar soluções consensuais. A decisão mantém-se como objetivo final do sistema jurisdicional, mas a esta deve ser alcançada apenas no caso de a solução de consenso não se mostrar viável na controvérsia em exame. Como bem apontado pela autora, em qualquer caso, há a necessidade de um *due process*, de maneira a garantir que as soluções sejam sempre pautadas por critérios de justiça.

(Do Prefácio de Carlos Alberto de Salles)