

MEDIAÇÃO: AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E DA NEUTRALIDADE

Mediation: the implications of the principle of impartiality and neutrality

Bruno Camargo Romanelli¹

Fernanda Tribst Drouianov²

ÁREA: Direito Civil. Mediação.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo analisar os princípios fundamentais do instituto da mediação, ponderando a evolução de sua positivação jurídica no Brasil. O artigo discorre sobre características técnicas do mediador e a importância de sua colaboração para o êxito da autocomposição entre as partes. Dissertando sobre as vantagens da utilização desta ferramenta de composição na prevenção e contenção de conflitos de maior complexidade emocional.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Positivação. Jurídica. Solução de litígios. Mediador.

ABSTRACT: This study aims to analyze the fundamental principles of the mediation institute, considering the evolution of its legal positivization in Brazil. The article discusses the technical characteristics of the mediator and the importance of their collaboration for the success of self-composition between the parties. Talking about the advantages of using this composition tool in the prevention and containment of conflicts of greater emotional complexity.

KEYWORDS: Mediation. Legal Positivation. Dispute settlement. Mediator. Legal.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. CV: <http://lattes.cnpq.br/7525703563191286>.

² Advogada. Master em Mediação e Resolução de Conflitos pela Universidade de Tel Aviv - Israel. Mediadora habilitada no Cadastro Nacional de Mediadores do CCMJ/CNJ e no NUPEMEC/TJSP.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Características gerais da mediação. 2. Definição de mediação. 3. A lei de mediação. 4. O mediador. 5. O mediador: qualidades e responsabilidades. 6. Qualidade inerentes ao bom mediador. 7. Responsabilidades do mediador. 8. A questão da imparcialidade no Poder Judiciário. 9. A imparcialidade e a neutralidade do juiz. 10. Previsão legal da imparcialidade na mediação. 11. A neutralidade e imparcialidade do mediador. 12. Vantagens da mediação. 13. Quando a mediação não é indicada. 14. Co-mediação. 15. Utilização do “caucus” na mediação. 16. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, assistiu-se a um enorme impulso no estudo, debate e interesse por formas alternativas aos tribunais para a resolução de litígios, ou seja, pelo denominado movimento MARCS (Métodos Adequados de Resolução de Conflitos), que podem ter outras terminações como: ADR no EUA (Alternative Dispute Resolucion), MASC nos países de língua espanhola. No Brasil, figura-se a definição: MARC (Métodos Adequados de Resolução de Conflitos) . Este movimento configura-se pela defesa da existência de um conjunto de outros mecanismos de resolução dos litígios, como a negociação, conciliação, mediação e arbitragem, constituindo estes um sistema alternativo de resolução de conflitos.

O movimento ADR ou MARC propõe novos modelos de resolução de conflitos, mas também novas aplicações para velhos mecanismos de resolução de litígios, uma vez que muitas das técnicas apontadas são bastante antigas. É o caso da arbitragem comercial, que remonta ao século XVIII, ou da mediação, usada há décadas nas relações laborais.³

As raízes filosóficas do movimento encontram-se nas décadas de 60/70, na promoção do acesso ao direito e à justiça, nos Estados Unidos da América. Esta foi uma década dominada pelo renascer do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária; pelo reconhecimento da insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta aos novos desafios de uma sociedade de consumo; pela desvalorização do conceito profissional de justiça em detrimento da auto-composição. Nesse sentido, surgiu uma vaga de estudos antropológicos que chamou a atenção da sociedade para as origens dos meios

³ Pedroso, João (2006) “Percurso da Reforma da Administração da justiça –uma nova relação entre o judicial e o não judicial- Artigo científico, sala de revista- Faculdade de Coimbra,

de resolução comunitária de litígios, com formas mais simples, no significado e na estrutura, e com menor propensão para a burocratização e o monopólio dos profissionais (Mackie, 1991:)⁴. Deste modo, surge como natural a procura de outros meios para a resolução dos conflitos, por contraposição ao sistema judicial tradicional (Pedroso, 2001).⁵

1. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA MEDIAÇÃO

A mediação é um processo que, através da ajuda de uma pessoa neutra e imparcial (o mediador), ajuda as pessoas a dialogarem e a cooperarem para resolver um problema. Nesse sentido, a mediação é mais do que um método para solucionar os conflitos; também é uma forma de impedir conflitos no futuro, pois já cria um clima de cooperação entre as pessoas.⁶

O principal objetivo da mediação é a solução de maneira pacífica do conflito. O diálogo é o principal meio para se atingir este objetivo, pois, é através de um diálogo franco que as partes chegam a um acordo satisfatório para ambas.⁷

Na verdade, dada a tradição assistencialista e por ser ainda incipiente o processo de mediação como meio de solução de conflitos, muitas vezes as pessoas confundem mediador com conselheiro quando, na verdade, nada tem a ver uma coisa com a outra. O mediador executa uma técnica para restaurar a comunicação e facilitar a negociação de temas ou ações controversas e, para isso, contrata previamente com as partes para que procedam durante o processo com boa-fé, simplicidade, cordialidade e respeito mútuo, que são elementos fundamentais para o perfeito entendimento dos interesses que estão em discussão.

É fundamental que as pessoas participem de boa-fé e estejam voluntariamente na mesa de mediação com interesse de encontrar uma solução para seu conflito sabendo que nada do que for revelado ou assinado na reunião será dado conhecimento ao público, que o mediador é uma pessoa neutra escolhida pelas

⁴ Mackie, Karl (1991), "Negociation and Mediation: From Inelegant Hagglng to Sleeping Giant" in Mackie, Kagan. A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action. Londres e Nova Iorque: Routledge and Sweet & Maxwell.

⁵ Pedroso, João (2001), "A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos centros de arbitragem de conflitos de consumo". Revista Crítica de Ciências Sociais, 60, 33-60.

⁶ Curso de mediação Módulo VIII - Mediação Passo-a-Passo -ITS Brasil1:Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, p. 2

⁷ Curso de Mediação Módulo VIII - Mediação Passo-a-Passo -ITS Brasil1:Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, p. 2

partes, que estas participam em igualdade de poder e que têm independência para negociar um acordo que satisfaça seus interesses e necessidades.

Resumindo, os conceitos básicos da mediação são:

- O sigilo das informações referentes às pessoas que participam e ao objeto do conflito;
- A neutralidade do mediador, sem a qual será frustrada a mediação;
- A igualdade de poder entre as partes;
- A voluntariedade para participar do processo;
- A autodeterminação das partes para negociar um acordo que satisfaça seus verdadeiros interesses.

Como características importantes da mediação, devemos salientar:

O sigilo do processo – a mediação é um processo sigiloso quanto ao sujeito e quanto ao objeto do conflito. O mediador tem o dever ético de destruir todas as anotações que tenha elaborado durante o processo e manter sigilo sobre revelações e documentos ali apresentados. Exceção feita a casos de violação de menor, crimes, sequestros, etc. que, como qualquer cidadão, o mediador tem a obrigação de denunciar às autoridades competentes

A participação de boa-fé – é fundamental para obter um resultado satisfatório para as partes. O próprio fato de a mediação ser voluntária e não obrigatória induz necessariamente à participação de boa-fé e ao querer colaborar. Qualquer ato que denotasse má-fé de qualquer das partes logo seria percebido pelo mediador.

A participação de uma terceira pessoa – deverá ser necessariamente neutra e escolhida pelas partes para atuar como facilitadora, de forma imparcial e independente. A participação dessa terceira pessoa deverá aliviar as tensões, desarmar as partes, promover uma comunicação construtiva entre elas e explorar vários ângulos da questão.

A informalidade – é a marca de qualquer processo privado. Tem no seu contexto a necessidade de preservar a liberdade das partes para que se sintam obrigadas apenas pelos seus próprios interesses. A

informalidade da mediação também oferece a grande vantagem de permitir o diálogo aberto e franco, sem reservas, de modo que as partes se sentem livres para falar, pois só assim é possível negociar com base nos interesses verdadeiros para construir um acordo verdadeiramente bom para todos.⁸

Outra característica da mediação é a orientação para conflitos futuros. O fato de as partes terem sucesso em um conflito qualquer cria um poder maior de ganho porque, além de resolver a questão, elas mantiveram o relacionamento. Com isso, as pessoas que passaram por essa experiência começam a enxergar os futuros conflitos de forma bem mais colaborativa e passam a adotar as técnicas que aprenderam no processo de mediação.

O acordo é mutuamente e verdadeiramente aceito pelas partes. Essa característica, tanto na teoria como na prática, é o ponto culminante da mediação. Por isso, na mediação exitosa onde a formalização do acordo é obrigatória, muitas vezes as partes não demonstram tanto interesse na lavratura desse documento.⁹

2. DEFINIÇÃO DE MEDIAÇÃO

Desde civilizações preliminares, são três formas de solução dos conflitos de interesses mais comuns:

- a) Entendimento direto entre os interessados (ou *negociação direta*);
- b) Solução estatal (ou *jurisdição*);
- c) Alternativas amigáveis ou pacíficas (*marcs*)

Neste estudo a seguir iremos abordar com maior contundência a espécie da MEDIAÇÃO entre os Meios Adequados de Resolução de Litígios existentes atualmente.

Destacaremos aqui, as definições cunhadas pelos principais doutrinadores sobre a temática:

⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

“Mediação é uma forma de solução extrajudicial de controvérsias em que o terceiro Mediador (ou mediadores se mais de um) tem a função de aproximar as partes, para que elas negociem diretamente a solução desejada de sua divergência”.¹⁰

A mediação tem como principal foco gerar oportunidades para a tomada de decisões pelas partes em conflito, utilizando técnicas e procedimentos que auxiliam a comunicação no tratamento das diferenças litigiosas que incorrem sobre as partes de um conflito.

E um procedimento voluntário, no qual, um terceiro, (que deve ser neutro perante as partes e ser escolhido por essas), auxilia as partes a recuperar o diálogo negocial para facilitar a relação que existia entre as partes antes de este impasse se tornar um litígio.

Os princípios fundamentais da mediação são: *“liberdade das partes, não competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade no processo”*.¹¹

Para Araújo e Silveira, “a mediação é um mecanismo para solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos”.¹²

Já o professor EGGER cunha sua própria definição:

*A mediação é um método extrajudicial de resolução de conflitos onde um terceiro, necessariamente neutro e imparcial, mobiliza as partes em litígio para uma solução consensual, mediante a formalização de acordo. O mediador é a pessoa que ajuda as partes a identificar, discutir e resolver as questões do conflito, buscando transformar o adversário em partícipe de um processo de solução cooperativa.*¹³

Bonafé-Schmitt define Mediação como um “processo frequentemente formal pelo qual um terceiro neutro tenta, através da organização de trocas entre as

¹⁰ Definição muito clara e objetiva exposta no site da CBMAE(www.cbma.org.br), que define o instituto da mediação com bastante pragmatismo.

¹¹ SALES, Lília Maia de Moraes. Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania. Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Fundação Edson Queiroz, nº. 11, fev. 2006, p. 160

¹² ARAÚJO, Adriano L., SILVEIRA, Anarita A. O Instituto da Mediação. In: Revista Doutrina. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, vol. III, p.442, 1997

¹³ EGGER, Ildemar. Texto aula para admissão no cargo de professor assistente do Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina

partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com sua ajuda, uma solução para o conflito que os opõe”.¹⁴

Em todo conflito, existem duas faces: a face aparente, que representa a posição de cada parte, ou seja, o interesse aparente, o interesse declarado (e que muitas vezes confunde as pessoas levando-as a julgamentos precipitados daquelas situações) e existe a face oculta do conflito, o interesse verdadeiro, o interesse guardado e que não é exposto por receio de demonstrar fraquezas que possam municiar seu opositor. A face aparente dos conflitos, representada pelas posições, é responsável pelo acirramento das discussões e o endurecimento das relações, que embotam os interesses verdadeiros e dificultam a negociação.¹⁵

A mediação não é instituto jurídico, mas técnica de solução alternativa de conflitos que propõe mudanças culturais na forma de enfrentar o conflito, levando as partes a reconhecerem suas diferenças, possibilitando-as a encontrar soluções viáveis para alcançar a satisfação dos interesses envolvidos no processo em questão. “A importância dada à mediação como uma técnica de pacificação social está intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento da ideia de participação e de democracia, tendo em vista que esse mecanismo implica efetivo envolvimento dos conflitantes no processo resolutório.”¹⁶

A mediação, em seu âmago, deve ser voluntária para que tenha elevado índice de sucesso.

O processo de mediação tem características próprias e se caracteriza como um método democrático, educativo e de formação pacificadora. Na verdade, a mediação transformativa tem seu maior peso baseado na relação entre pessoas físicas ou jurídicas e na busca de um entendimento comum cujas propostas devem surgir das próprias partes, que são as reais conhecedoras de suas necessidades e, por isso, é indispensável à participação de boa-fé.¹⁷

O objetivo da mediação é a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis através da restauração do diálogo e da comunicação, alcançando a pacificação duradoura.

¹⁴ BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: Une Justice Douce*. Paris: Syros, 1992, p.16-17

¹⁵ ALVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. ;JASSAN, Elias. *Mediación y Justicia*. BuenosAires: Depalma, 1996. p.255-261.

¹⁶ MOORE, Christopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 2. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1996. p.22 e 23.

¹⁷ BARBOSA, Águida. *A política pública da mediação e a experiência brasileira*. Del Rey Revista Jurídica. Belo Horizonte, n.8, p.21 e ss, maio, 2002

A mediação pode ser definida como sendo “a técnica mediante a qual as partes envolvidas no conflito buscam chegar a um acordo contando com a ajuda de um mediador terceiro imparcial, que não tem poder de decisão”¹⁸

A mediação tem seu fulcro no objetivo de harmonizar as relações sociais entre pessoas físicas e jurídicas. Isso porque as propostas que irão surgir para uma resolução deste conflito devem partir das próprias partes; e não do mediador.

A seguir iremos destacar algumas características da mediação que irão configurar seu efeito mediador e harmonioso:

- a) Participação de Boa Fé: a boa fé é imprescindível para a concretização da mediação, pois, sem ela, as partes não poderiam querer colaborar entre si voluntariamente e, conseqüentemente, chegar a um consenso amigável e interessante para ambos neste ponto de discórdia.
- b) Sigilo no Processo de Mediação: a mediação é sigilosa tanto aos sujeitos do processo quanto ao objeto do litígio. Desta forma inserindo no procedimento tranqüilidade e segurança para as partes poderem colaborar entre si com mais privacidade.
- c) Participação de um Terceiro: deverá haver a participação de um terceiro no processo mediador, que deverá ser neutro e escolhido pelas partes. Este terceiro deverá ser como “aproximador” das partes, atuando de forma imparcial e independente. Desta forma deverá atenuar as relações de conflito das partes, desarmando-as, para que ocorra uma comunicação construtiva e salutar para ambas as partes.
- d) Informalidade: A informalidade se baseia no princípio da autonomia da vontade das partes, pois sendo uma máxime em todo processo privado que as partes tenham liberdade de atuarem no processo, sempre convergindo ao máximo em seus interesses particulares.

Sem contar que o poder de negociação cresce muito perante um diálogo aberto, franco e não tão formalizado. Pois as partes são livres para falar, propor acordos e fazerem quaisquer ajustes ao impasse debatido.

Desta forma, podemos notar que a mediação pode ser indicada para qualquer tipo de controvérsia. Desde que as partes queiram resolver o conflito de boa fé, tenham auto-determinação e estejam habilitadas a fazer.

¹⁸ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, Nº 785, p. 176

A mediação é bastante indicada para pessoas cujo relacionamento é contínuo e permanente, pois uma desarmonia poderia trazer uma ruptura bastante prejudicial para a continuidade dessas relações. Assim como nos casos de problemas de comunicação entre as partes, porque com uma negociação direta poderia agravar o quadro do conflito e não o sanar. Nesta situação o mediador deve ter papel bem cuidadoso e sensível, devendo transparecer imparcialidade e tentando restabelecer a boa comunicação das partes.

Assim, ao iniciarmos este estudo e sobre uma análise inicial sobre a mediação, podemos delimitar os seus conceitos básicos ¹⁹:

- 1) O sigilo das informações referentes às pessoas que participam e ao objeto do conflito;
- 2) A neutralidade do mediador, sem a qual será frustrada a mediação;
- 3) A igualdade de poder entre as partes;
- 4) A voluntariedade para participar do processo;
- 5) A autodeterminação das partes para negociar um acordo que satisfaça seus verdadeiros interesses

3. A LEI DE MEDIAÇÃO

No Brasil, a mediação começa a ganhar sua primeira expressão legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, capitaneada e proposta pela Deputada Zulaie Cobra, tendo o texto da proposta inicial sido levado à Câmara, este que acaba recebendo uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito.

Já na Câmara dos Deputados, em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e remetido ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

O Governo resolveu, então, encaminhar um Projeto de Lei autônomo, cujo texto foi elaborado pelo I.B.D.P. Em 14 de março de 2006, o relatório reformulado foi recebido e aprovado, na forma de seu substitutivo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Foi aprovado o Substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara

¹⁹ WANDERLEY, Waldo. *Mediação: métodos extrajudiciais de solução de conflitos*. Brasília: Editora MSD, 2004, p. 108.

dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então não se teve mais notícia do referido Projeto. Uma consulta recente ao sítio da Câmara mostra que o Projeto está paralisado desde abril de 2007.²⁰

Quando já se perdiam as esperanças de uma positividade da mediação em nosso Direito, eis que, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.²¹

Atualmente, a Mediação tem como principal dispositivo de sua positividade a vigência da LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.

A chamada “Lei da Mediação” (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) disciplina a mediação judicial e extrajudicial como forma consensual de solução de conflitos. O marco legal, que estimulará soluções mais amigáveis de conflitos judicializados, é resultado de intenso trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que desde 2006 organiza o Movimento pela Conciliação, com o objetivo de alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca por soluções mediante a construção de acordos, que deu origem à Semana Nacional da Conciliação. A Lei da Mediação determina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, que deverão ser organizados conforme a Resolução CNJ n. 125/2010, que estabelece uma metodologia para resolução de conflitos de forma não litigiosa.

“A Lei da Mediação”, que recebeu o número 13.140, também estimulará a mediação privada como meio de desjudicializar parte dos conflitos apresentados perante o Poder Judiciário. Por essa razão, esta lei deve acarretar na redução de processos tramitando no Poder Judiciário. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2014, o número de processos em trâmite na Justiça brasileira chegou a 95,14 milhões em 2013. Para o conselheiro Emmanoel Campelo, presidente da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, a norma sancionada nesta segunda-feira coloca em um plano legislativo uma política pública que o CNJ desenvolve desde a sua primeira composição. “A legislação

²⁰ http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21

²¹ http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21

corroborar todo o trabalho que o CNJ vem desenvolvendo e as estruturas criadas pela Resolução 125 serão mantidas. De fato, tanto a Lei de Mediação como o novo Código de Processo Civil reafirmam o trabalho de consolidação de uma política pública de consensualização do Poder Judiciário conduzida pelo próprio CNJ desde 2006.²²

A lei determina a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliarem, orientarem e estimularem autocomposição. Atualmente, a maioria dos Tribunais de Justiça (TJs) e dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) já possui esses centros, conforme estabelecido pela Resolução 125. “O próximo passo do CNJ será desenvolver modelos de centros para que a Justiça do Trabalho se engaje nessa política pública, que sejam cabíveis com a especificidade desse ramo de Justiça”, diz o conselheiro Campelo. De acordo com ele, os modelos serão desenvolvidos por meio do diálogo com os representantes da Justiça Trabalhista.

A norma estabelece que poderão ser solucionados por meio da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. No caso de demandas já judicializadas, se a mediação for concluída antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais. Há também, conforme a lei, a possibilidade de que contratos privados tenham cláusula de mediação como opção prévia à abertura de processo.²³

4. O MEDIADOR

O mediador deve ter o trabalho técnico de facilitar a colaboração, o diálogo, o entendimento e a harmonia de relações entre as pessoas que não conseguem sozinhas chegar a uma solução pacífica.

Todo mediador deve estabelecer, estruturar, ponderar e organizar a comunicação entre pessoas. Pois ainda cabe a ele, além de aproximar e apaziguar as partes, em um processo de mediação, criar um ambiente seguro e convidativo, para que ocorra uma interação positiva-constructiva das partes em conflito. Entretanto o mediador deve sempre conduzir o processo com

²² <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>

²³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>

imparcialidade, para que, assim, não desperte nenhum tipo de desconfiança de alguma parte e altere eficiência interpessoal buscada pelo mediador.

O mediador não pode sugerir soluções e, sim, estimular que as próprias partes solucionem o seu litígio de forma pacífica, construtiva e positiva para ambos.

Os profissionais da mediação devem ter sempre um pleno conhecimento da técnica mediadora neste procedimento, demonstrando uma boa perspicácia em relação às complexidades dos conflitos que serão suscitados durante o processo.

Deve escutar e entender a axiologia de cada pessoa, e ter a habilidade de despertar uma decisão das partes, decisão que deve ser justa e favorável para ambos os lados do conflito. Pois o mediador tem justamente o papel de inserir preponderações que incitem as partes a solucionar o litígio de forma construtiva e positiva.

Cada mediador atua como um diretor de cinema ou um maestro de orquestra, conforme salienta Jean-François Six, quer dizer, são responsáveis pela condução do processo, mas “não tomam o lugar dos atores ou dos músicos, a quem compreendem, infundem confiança, insuflam ritmo, trazem uma espécie de energia suplementar e impulsionam dar todo o seu talento. Mas ao final das contas, diretor e maestro são tidos como os primeiros responsáveis pela obra produzida”²⁴.

5. O MEDIADOR: QUALIDADES E RESPONSABILIDADES

O mediador trabalha tecnicamente como um facilitador do entendimento entre pessoas que não conseguem por si só chegar a uma solução. Para isso, o mediador inicialmente foca seu trabalho no restabelecimento e/ou melhoramento da comunicação entre as partes, pois somente elas, em conjunto, podem chegar a alguma conclusão sobre o conflito. É lógico imaginar que somente as próprias partes envolvidas sabem verdadeiramente, cada uma de seu lado, as verdadeiras razões do conflito e que somente elas, em conjunto, são capazes de compor um acordo que possa satisfazer a ambas.²⁵

Qualquer solução imposta pode satisfazer uma ou mais partes, mas com certeza não satisfará a todas plenamente.

²⁴SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

²⁵ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998

O mediador, além de aproximar as partes pelo restabelecimento da comunicação entre elas, procura criar ambiente seguro para abrir espaço às novas opções interagindo positivamente e capacitando as partes a utilizarem suas habilidades de forma construtiva.

Desta forma, o mediador deve ter a responsabilidade de aplicar o estudo teórico e a metodologia da mediação na prática. Em outras palavras, deve preocupar-se com o seu aprimoramento constante, bem como com a aplicação das técnicas ou ferramentas, com o intuito de proporcionar às partes o melhor procedimento de mediação, o que por consequência, proporcionará o maior alcance de resultados possíveis.

6. QUALIDADES INERENTES AO BOM MEDIADOR

O mediador, além de conhecer a técnica do processo de mediação, precisa ter capacidade para entender a complexidade do conflito, ter boa comunicação, habilidade em escutar e entender critérios e juízos de valor de outras pessoas, além de incorporar o real interesse no bem estar delas.²⁶

É muito comum o mediador internamente fazer seu juízo de valor nas questões que estão em discussão. Porém, é preciso ser capaz de não deixar perceber para poder conduzir a mediação com eficiência e imparcialidade. O conflito pertence às partes e somente a elas é dado o direito de transigir ou não em seus pontos de vista.²⁷

Destaque-se ainda que esse juízo de valor interno tem que ser algo sutil e consciente ao mediador, pois, se este se sentir desconfortável facilitando um caso em que haja grande choque de valores entre sua vida pessoal e a dos mediados, deverá identificar e solicitar que seja substituído por outro mediador competente. É por isto que, de modo geral, um mediador precisa ser uma pessoa com a mente aberta, e ter a capacidade de se conectar e sentir empatia por todas as pessoas, colocando-se no lugar do outro compreendendo suas aflições e escalas de valores, e não buscar entender o outro de seu próprio ponto de vista, de seu próprio contexto e de suas próprias experiências de vida. É isto que lhe permitirá manter-se neutro e imparcial.

O mediador precisa ter flexibilidade e habilidade para mudar o rumo da discussão quando percebe que esta gira em círculo vicioso e ter sensibilidade

²⁶ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998

²⁷ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998

para perceber a linguagem não verbal apresentada pelas partes, processá-la e tomar medidas oportunas e objetivas. Deve ser oportunista, ter serenidade e ressaltar fatos relatados importantes que sejam do interesse comum. O mediador precisa ter liderança e credibilidade com as partes.

7. RESPONSABILIDADES DO MEDIADOR

O mediador deve estar atento, em primeiro lugar, à verificação de indicação da mediação para solucionar o conflito apresentado. Isso porque o caso pode não ser indicado para mediação ou, se for indicado, será necessário explicitar que tipos de resultados poderão ser conseguidos, pois o conflito pode não se referir a valores, e algumas vezes não é importante a materialização firmada do acordo. Em outras vezes, esse documento se torna importante como título executivo extrajudicial para a possibilidade de execução desse acordo caso não seja cumprido.²⁸

O mediador precisa, também, verificar a possibilidade de impedimento de qualquer das partes (caso de menor, pessoas incapazes civilmente, etc.), se elas estão voluntariamente interessadas na solução do conflito, se estão de boa-fé e fazer a avaliação de sua própria capacidade para mediar o caso.

O mediador deve cancelar a mediação se, no decurso do processo, perceber que:

- Sua falta de conhecimento ou habilidade pode prejudicar o sucesso da mediação;
- Há falta de boa-fé de alguma das partes;
- Há desigualdade gritante de poder entre elas;
- Há violação por qualquer das partes das normas adotadas para a mediação (contrato de mediação).²⁹
- Notar que não consegue manter-se imparcial e neutro em relação ao conflito ou às partes, e caso não possua outro mediador capaz que possa substituí-lo.

²⁸ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

²⁹ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998

8. A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE NO PODER JUDICIÁRIO

A neutralidade do mediador é um princípio básico da mediação. Esse princípio é condição de existência da própria definição de mediação, ou seja, um terceiro imparcial e neutro intermedia duas partes facilitando a comunicação entre eles com a finalidade de resolver um conflito. Embora possa haver diversas versões sobre o conceito de mediação, nenhuma delas deixa de conter em sua definição a palavra e o conceito de “neutralidade” ou “imparcialidade” do mediador.

Vimos, portanto, que este é um princípio intrínseco da mediação. Assim, as pesquisas e artigos sobre esse assunto, no Brasil e no mundo, não estão baseadas em pesquisa empírica sobre a quantidade de vezes que o mediador agiu com neutralidade, mas sim no estudo da impressão que as partes tiveram a respeito da neutralidade do mediador durante o procedimento. Vê-se, portanto, que se trata de uma análise subjetiva e tem um viés da visão dos próprios mediandos, uma vez que, independente do mediador agir ou não com neutralidade, caso uma das partes ou ambas acredite que o mediador está sendo parcial e pendente a um dos lados, toda a base da mediação pode estar comprometida e então a mediação se estagnar ou ser encerrada.

É por isso que a própria estrutura da mediação se baseia em equidade, ofertando tempo equivalente para cada parte narrar a história do conflito, o mediador distribui também de forma equivalente além de seu tempo, sua atenção, seus estímulos ou reforços positivos e sua empatia.

O mesmo se espera de um juiz durante a análise e julgamento de um processo: imparcialidade quanto às partes e quanto à análise de um conflito e durante o decorrer do contraditório, até alcançar a fase de julgamento. Espera-se que os casos não sejam categorizados, mas analisados caso a caso, especificamente.

9. A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE DO JUIZ

Iniciaremos aqui tratando da imparcialidade do juiz no sistema judiciário, e posteriormente trataremos do mesmo assunto na mediação, para elaborarmos um paralelo entre os dois sistemas. A condição de imparcialidade judicial é considerada *sine qua non* para o próprio conceito de justiça.

A imparcialidade do juiz se baseia em algumas premissas tais como, a de o juiz desconhecer as partes, mantendo-se equidistante bem como de não ter interesse de favorecer a uma delas, tampouco no resultado da causa. Assim, a

imparcialidade objetiva do juiz esta prevista na legislação. Vejamos o que diz a doutrina:

“De acordo com a doutrina “a imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente” (<http://www.conjur.com.br/static/text/1211.1> - Ada Pellegrine Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco na obra “Teoria Geral do Processo”).

Trata-se, nas palavras dos estudiosos, de uma das maiores garantias conferidas aos cidadãos contra o arbítrio das autoridades atuantes na Administração Pública. No âmbito do Poder Judiciário, nada mais é que a segurança de que os seus membros não farão distinções em relação às partes de um processo.

Nesse sentido, imparcialidade e neutralidade seriam expressões sinônimas?

Para a parcela majoritária da doutrina, NÃO!

Vejamos.

Com base no exposto acerca da imparcialidade, entende-se que essa se comprova com o atendimento nos artigos [134](#) e [135](#) do [CPC \(Código de Processo Civil\)](#), dispositivos que cuidam, respectivamente, do instituto do impedimento e da suspeição.

Falar em juiz imparcial, nesse sentido, importa em dizer que o mesmo não deve ter qualquer interesse em relação às partes do processo, pautando-se, sempre, em atitude omissiva em relação àquelas, preocupando-se, somente, com a efetivação da justiça no caso concreto.

Em sentido totalmente oposto está a neutralidade do juiz, uma ideia desaconselhada pela doutrina.

Juiz neutro é aquele que se fecha a qualquer influência ideológica e subjetiva. É aquele que, ao julgar, se mostra indiferente, insensível.

Não é isso que se busca com a imparcialidade. Não pugnar pelo interesse de uma das partes (imparcialidade) não importa em indiferença ou insensibilidade às circunstâncias do caso concreto.

Concluindo: a imparcialidade, como consequência direta do princípio do juiz natural se revela como a exigência de o julgador não se comprometer com uma das partes. Já a neutralidade conduz o magistrado ao comportamento comprometido, posto que, ao ignorar as nuances do caso concreto e, os seus aspectos subjetivos, acaba por afetar a sua decisão.³⁰

Pesquisando-se em dicionários a definição de imparcialidade, esta vem geralmente acompanhada da palavra ‘neutralidade’, no sentido de ‘aquele que

³⁰ LUIZ FLAVIO GOMES – LFG . Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/99939/ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz> > Acesso em 28.04.2016

julga com neutralidade'. Vê-se, portanto, que os conceitos de imparcialidade e neutralidade, tanto as semelhanças como as diferenças, são bastante tênues e difíceis de definir.

Assim, podemos chamar a não-neutralidade também pelo nome de "parcialidade subjetiva", ou seja, o ato do juiz deixar-se convencer, optando por um dos lados, como lhe é seu dever, já que não pode deixar de julgar uma causa.

É imprescindível destacar que a lei é objetiva e imperativa, porém sabemos que existe uma flexibilidade ou lacunas na lei, em que os juízes podem livremente exercer seu julgamento baseados em suas próprias convicções.

Ao analisar a questão de como um processo é julgado, retomamos que o juiz analisa o caso baseando-se nas leis e nas provas e, nas situações em que não há lei expressa, fica a critério do juiz a decisão, o qual sugere-se que sua decisão seja amparada por jurisprudências e na própria convicção do juiz.

Passemos então a analisar a própria convicção do juiz. Esta poderia dar-se baseando-se nos próprios fatos do caso, ou em questões subjetivas, tais como o comportamento das partes diante do juiz, a empatia do juiz pelas partes, as próprias experiências do juiz com caso semelhantes ou a própria experiência do juiz em sua vida pessoal, em seus valores pessoais e essa escala de valores.

Caso a justiça se baseasse apenas na legislação aplicável, então não seria necessário que as partes ingressassem em Juízo pleiteando algo, apenas se abriria os códigos e se aplicaria a lei. Todavia, sabemos que na legislação há muitas lacunas ou flexibilidade para o juiz decidir cada caso concreto apenas baseando-se em largos parâmetros, como é o caso de ações da área do direito de família.

Vejamos um trecho que critica o sistema atual, uma vez que acredita que o sistema judiciário permite que os juízes não atuem de forma imparcial.

"Uma crítica refere-se à separação teórica da etapa processual do processo contraditório do qual surge o resultado ou a decisão. A essência desta crítica é que tal separação não existe na realidade. Na verdade, ao fazer uma análise do desempenho do processo contraditório, denota-se que este assimila práticas discursivas, as quais trazem a fase de resultado (onde se julga o caso) ainda dentro da fase processual (do contraditório). Estas práticas determinam a estrutura e o conteúdo de uma história de sucesso e começam a moldar, enquanto ainda na fase processual do contraditório, a sentença do processo, enquanto mescla-se e mistura-se duas fronteiras: a do contraditório e a da decisão. Em geral, eles normalizam e categorizam as histórias das partes, prejudicando, assim, a participação efetiva das partes na fase processual. A inserção da fase de resultado (onde se julga o

caso) dentro da fase processual também ocorre pelo exercício de práticas contrárias ao ideal participativo do contraditório, tais como a prática de liquidação judicial. Vários estudiosos afirmam que um acordo oferecido por um juiz em uma fase inicial do processo, mesmo antes de ter sido ouvido todas as provas e argumentos, prejudica a participação competitiva e pode criar nos partidos a sensação de que o juiz já formulou um parecer sobre o desejado resultado.

Outra crítica que tem sido apresentada em relação ao princípio da imparcialidade e objetividade originou-se com o Realismo Jurídico e continuou com a Critical Legal, ambos são movimentos estudiosos bem como o Movimento Feminista. Os Realistas foram os primeiros a questionarem a confiança no sistema Judiciário em matéria de direito como um sistema fechado de regras. Eles argumentaram que o corpo jurídico do conhecimento não constitui um sistema final e fechado e que também não está apto a fornecer respostas definitivas a todas as perguntas. Mesmo a suposição formalista da existência de uma lógica jurídica autônoma e racional - por meio do qual especialistas aplicam a doutrina jurídica em casos concretos - tem sido objeto de críticas fulminantes: argumentou-se que a objetividade judicial não é senão um mito, a função acaba por mascarar a influência do ponto de vista particularista do juiz em suas decisões.

O estudo do Movimento da Critical Legal foca sua crítica nas relações recíprocas entre a cultura dominante e os conceitos que prevalecem, por um lado, e o poder transmitido aos tribunais para interpretar a lei, por outro. De acordo com esta crítica, o mito do juiz como “um observador sem uma perspectiva” serve ao tribunal para exercer o controle cultural e criar o mundo social, nomeando-o: o tribunal está autorizado a declarar direitos e definir injustiças; para significar eventos diários; e para fornecer um sistema de categorias e quadros através do qual o mundo pode ser interpretado bem como moldar o significado cultural de equidade, de justiça e de moralidade. O meio de construir um significado é hegemônico: o sistema de crenças da elite cultural, em que o juiz geralmente está incluso, é apresentada como necessária e objetiva, quando na verdade muitas vezes é arbitrária e subjetiva. Desta forma, a natureza beligerante do sistema é camuflada e recebe legitimidade.³¹ “

Compreende-se, do trecho acima citado, que a suposta imparcialidade do juiz ao julgar um caso não acontece, uma vez que, antes de terminar a fase do contraditório, o juiz já demonstra estar com uma opinião formada sobre o caso. Isto também se revela quando na audiência de conciliação o juiz sugere uma proposta de acordo, sem sequer as partes terem apresentado sua defesa, demonstrando já sua imparcialidade.

³¹ Páginas 12 e 13 do artigo: The Disempowering relationship between mediator neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic – original em inglês.

O trecho refere-se também a situações em que não importa o quão boas são as provas e fatos que serão apresentados ao juiz, mas a parte nunca ganhará o caso, pois o(a) juiz(a) já possui sua própria convicção sobre o resultado dessa ‘categoria de casos’. A título de exemplo seria um pedido de pernoite na residência paterna para crianças menores de dois anos de idade ou um pedido de guarda compartilhada, quando os genitores não possuem um bom relacionamento, e antes mesmo de ler o caso o juiz já tem convicção de que a sentença será improcedente.

Outro exemplo de caso improcedente seria o pedido de pensão para ex-esposa aos 40 (quarenta) anos de idade, desde que saudável, embora sem experiência anterior de trabalho, uma vez que, neste exemplo, o juiz possui plena convicção do julgamento. E muitas vezes essa convicção provém do foro íntimo e subjetivo do juiz e de sua própria escala de valores ou até de suas experiências pessoais e o contexto de elite em que está inserido.

Tem-se, assim, que essa análise subjetiva do juiz sobre o caso não deveria impedi-lo de estar aberto a argumentação e narrativa de cada parte sobre o processo, tampouco os sentimentos e emoções ou opiniões pessoais do juiz não deverão importar para o julgamento do caso e, menos ainda, para a fundamentação da decisão em sua sentença que deveria se basear somente em evidências do caso específico *sub judice* e da argumentação de cada parte, além da legislação aplicável.

Vale ressaltar, novamente, que algumas críticas da imparcialidade judicial nascem da audiência de conciliação, onde o juiz sugere um acordo para as partes, no qual claramente está pendendo para um dos lados, sem no entanto ter se desenrolado a maior parte das provas e argumentos das partes, sem ter havido audiência demonstrando que aí se demonstra a fragilidade da imparcialidade do judiciário.

Na mediação há desafios e problemas muitos semelhantes aos existentes no judiciário tradicional, visto ambas as figuras (juiz e mediador) serem seres humanos passíveis de suas próprias conclusões, próprias histórias, próprias convicções.

10. PREVISÃO LEGAL DA IMPARCIALIDADE NA MEDIAÇÃO

No código de ética de conciliadores e mediadores judiciais, em forma do anexo III da Resolução nº 125 de 29/11/2010 do CNJ (redação dada pela

Emenda nº 1 de 31.01.13) estão disciplinados sete princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais, dentre eles, a imparcialidade.

Desta forma, o inciso IV do artigo 1º define imparcialidade como “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.”

Também destaca em seu artigo 5º que se aplicam aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes.

Já no novo Código de Processo Civil lei nº 13.105/15, a seção V se destina a regular os conciliadores e mediadores judiciais. Traz assim os princípios da conciliação e mediação em seu artigo 166, reforçando a necessidade de sua aplicação, enquanto o artigo 170 trata de como se proceder em caso de impedimento do mediador ou conciliador e, caso este atuar em procedimento apesar de impedido ou suspeito, esta é causa de exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores (inciso II do artigo 173 NCPC)

11. A NEUTRALIDADE E A IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR

A neutralidade e a imparcialidade na mediação é objeto de muito estudo e questionamento, assim como a neutralidade e imparcialidade judicial. Assim também se questiona muito sua aplicação fática pelos mediadores.

O *Club Español de Arbitraje*, que é uma associação de referência na Espanha, criou um código de boas práticas em mediação no qual dedicou quatro artigos a esse assunto, na seção de “Boas Práticas do Mediador”. O artigo 1º trata da independência e imparcialidade, enquanto o artigo 2º trata da neutralidade do mediador. Já a seção de “Boas práticas das Instituições de Mediação”, em seu artigo 9º, dedica-se à transparência e neutralidade das instituições, enquanto o artigo 13º trata da independência, imparcialidade e neutralidade dos mediadores dentro das instituições. Considera-se que o código compreende um total de 24 (vinte e quatro) artigos.

Podemos assim verificar a dimensão que os tópicos neutralidade e imparcialidade ocupam dentro do contexto da mediação sendo que, segundo esse manual acima citado, se entende por imparcialidade do mediador em relação ao relacionamento com as partes. Assim, deverá o mediador relevar às partes toda relação pessoal, profissional ou empresarial que tenha havido

com qualquer delas e somente poderá iniciar o trabalho com a concordância expressa de ambas. Já a neutralidade diz respeito ao conflito em si, no qual o mediador não deve julgar os fatos e o conflito e compatibilizar-se com alguma das duas versões da história.

No que toca as boas práticas das instituições de mediação, a transparência e neutralidade se referem à informação completa e transparente a respeito da instituição e de seu procedimento, a exemplo de seu regulamento, procedimentos internos, ou seja, fases ou passo a passo do processo, inclusive a respeito da escolha e nomeação do mediador. Com relação à independência, imparcialidade e neutralidade dos mediadores, a instituição deve zelar para que seu corpo de mediadores realmente sejam neutros, independentes e imparciais, e que, caso algum mediador tenha tido relacionamento anterior com alguma das partes, pessoal ou profissional, certifique-se de que tal informação está clara e expressa às partes, e que a mediação somente se iniciará caso ambos concordem expressamente, apesar do contato anterior, desde que esse contato não prejudique a instalação desses princípios basilares da mediação.

12. VANTAGENS DA MEDIAÇÃO

São inumeráveis as vantagens da mediação. Mesmo porque, a mediação é um processo que dignifica e educa as partes para enfrentarem outros conflitos com serenidade e sentimento colaborativo. Além de ser um processo de fácil acesso e pouco oneroso, oferece às partes a oportunidade de usar sua criatividade para encontrar soluções práticas, duradouras e realizáveis dentro de um ambiente amigável que possibilita a pacificação total do conflito.

Além de ser um processo confidencial e que preserva a privacidade das partes e do objeto do conflito, podemos dizer que a mediação é um método não confrontante e, portanto, pacificador.

A mediação, sendo um processo de ganha x ganha, não gera inimizade entre as partes propiciando a continuidade das relações. Assim, preserva o relacionamento e fortalece as partes ao mesmo tempo em que soluciona a controvérsia.

É um processo rápido, já que as partes decidem o prazo em que deve ser cumprido o acordo. É eficaz, pois o acordo advém das necessidades deles, logo, só acordam o que realmente podem cumprir e é sempre justo.

Não havendo consenso, ainda podem recorrer à conciliação, à arbitragem ou mesmo ao Judiciário. A mediação não afasta as outras formas de solução dos litígios.

Como outras vantagens da mediação, podemos citar o elemento transformador que está presente no processo até pelo aspecto pedagógico, no qual está comprovado que a pessoa adulta aprende melhor fazendo, pois é por esse caminho que se chega à sabedoria.

As pessoas, ao participarem de uma mediação, vivenciam uma experiência importante e aprendem com ela a entender melhor seus objetivos, a aumentar seus recursos pessoais e a ter participação ativa na tomada de decisões, com respeito pela situação do outro, vendo as coisas de outra maneira e entendendo que sempre podem existir outras formas de solução que não sejam aquelas pelas quais elas lutam. Portanto, é necessário que as pessoas estejam dispostas a realizar mudanças, quebrar paradigmas e explorar novas opções.

É comum que pessoas cheguem na mesa de mediação de forma a não se olharem de frente, tal é o estado de animosidade em que se encontram e, com o desenrolar da sessão de mediação, chegam ao final com uma negociação tranquila e cordial.

Diferentemente do Judiciário, que é um terceiro julgador, a mediação consegue empoderar as partes na medida em que demonstra que elas são plenamente capazes de resolver seus conflitos; disto resulta que em futuros conflitos as partes também se sentirão empoderadas para resolvê-los e sem delegar a terceiros.

Dessa efetiva participação também resulta em acordos com maior cumprimento das obrigações por ambos os lados, uma vez que cada ponto deste acordo foi por eles mesmos desenhados e acordados.

13. QUANDO A MEDIAÇÃO NÃO É INDICADA

Evidente que em alguns casos a mediação não é indicada. Vamos a eles:

- Quando se trata de conflito de base estrutural em que sua solução independe da contribuição das partes.
- Quando as partes não estão todas representadas, pois, assim, não poderia haver comprometimento com a solução.

- Quando há má-fé de qualquer das partes, visto que, sendo a mediação um processo voluntário e com direito de desistência, identificada má-fé de uma das partes, a mediação será encerrada.
- Quando há grande desequilíbrio de poder que não pode ser equilibrada com o empoderamento da parte mais fraca. Nesse caso não é indicada a mediação, considerando que o processo pode gerar dissonância nos rumos da negociação, visto que o acordo é da competência das partes e o mediador é neutro e necessariamente tem que se portar de forma imparcial.
- Também não é indicada a mediação quando o conflito se refere à determinação de uma regra ou uma política uniforme. A mediação é sigilosa e específica para cada caso.

Todas essas situações acima delineadas devem ser levadas em consideração quando se procura a mediação como forma de solução de conflitos.

14. CO-MEDIAÇÃO

Em algumas mediações, é necessária a participação da figura do co-mediador. O co-mediador é um mediador auxiliar, escolhido pelo mediador, muitas vezes especialista no tema do objeto do conflito e que tem a finalidade de esclarecer pontos específicos quando solicitado pelo mediado, que pode utilizar o conhecimento do co-mediador para combinar estratégias e para se auxiliar nas situações em que encontrar dificuldades. Como exemplo, o mediador pode solicitar um co-mediador especialista na legislação trabalhista para participar de uma mediação entre patrão e empregado.

15. UTILIZAÇÃO DO “CAUCUS” NA MEDIAÇÃO

O “caucus” é a palavra usada pelo mediador para conversar em separado com as partes.

Segundo J. C. Vezzulla, a utilização do *caucus* é contestada por vários autores. Alguns o contestam pelo risco de gerar dúvidas na mente despreparada de qualquer das partes quanto à imparcialidade do mediador. Outros o contestam porque, com o *caucus*, o mediador pode se transformar em profissional de cada

uma das partes e, assim, perderia a base da mediação que é a relação entre elas.³²

Entretanto, o autor aconselha que o *caucus* deve ser utilizado no momento em que o mediador perceber que a mediação não está progredindo e que as discussões giram em círculo vicioso.

Com o *caucus*, o mediador pode identificar interesses ocultos e dar celeridade à mediação.

A qualquer tempo o mediador ou as partes podem interromper a mediação para fazer uso do *caucus*.

Também o *caucus* pode ser utilizado para esclarecer fatos ocorrentes durante o processo de mediação. Exemplo: quando, ao ser indagada, a parte fala demais para dar a impressão de que respondeu à pergunta sem nada de importante revelar; quando a parte responder parcialmente ou responder de maneira inadequada mudando de assunto; quando a parte faz um discurso com a intenção de levar o mediador a desistir de insistir perguntando, etc.³³

Na verdade, os dois métodos utilizam as mesmas técnicas e têm a mesma finalidade, que é facilitar a solução do conflito de forma harmônica e pacífica.

16. CONCLUSÃO

Ao analisarmos os Meios Adequados de Resolução de Litígios, seremos induzidos a certas constatações relevantes que poderão contribuir de forma substancialmente positiva para o tratamento da crise do Poder Judiciário de diversos países.

A própria mediação releva salientar que seu êxito está diretamente vinculado a uma mudança de valores. As inúmeras discussões geradas pela reforma dos sistemas judiciários vêm sendo amparadas nos objetivos de tornar as instituições mais acessíveis e eficazes, bem como no oferecimento de soluções pacíficas e justas aos conflitos vivenciados pela sociedade atual. A cultura litigiosa guia na direção de que as divergências serão resolvidas por intermédio de uma decisão jurisdicional.

Essa cultura da pacificação deverá ser expandida a tal ponto que medidas, como a prática da mediação, não deverão ser consideradas como formas alternativas, mas sim como o caminho principal para solução de litígios. A

³² VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

³³ VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

procura do Poder Judiciário, por sua vez, deverá tornar-se a última opção e adotada somente depois de esgotadas todas as possibilidades de se atingir uma solução pacífica.

Enfim, é fundamental frisar que os mecanismos alternativos e adequados de resolução de conflitos não trazem consigo a idéia plena e irrestrita de evasão das causas do Poder Judiciário, mas sim de utilização pertinente, deixando o Estado na posição de última alternativa para os litígios, enquanto o mencionado mecanismo opere como regra, tudo isso com base em uma mudança sociocultural da sociedade contemporânea que atualmente vivemos.

No contexto de processo judicial adversarial, a imparcialidade do juiz é exigida no Judiciário, devendo o juiz que tiver amizade por alguma das partes se dar por suspeito, ou podendo ser arguida pelas partes em processo apartado de suspeição. A neutralidade (ou imparcialidade subjetiva), por sua vez, não é esperada ao final da causa, uma vez que, ao julgar, naturalmente o juiz elege uma versão da história e dos fatos, dando procedência a uma das partes.

Ainda neste contexto, o que se questiona do juiz é sua neutralidade inicial, ou melhor, o tempo que um juiz permanece neutro e aberto a ambas histórias e argumentos e, em que momento, o juiz quebra essa neutralidade e começa a emitir julgamentos. Também se questiona o quanto a identificação pessoal do juiz, a respeito de suas convicções pessoais, suas próprias experiências passadas com seus sabores e dessabores bem como sua própria escala de valores influencia a decisão final de um juiz sobre um caso, e se ele conscientemente vigia-se para analisar a questão de modo neutro e imparcial para cada caso.

O mesmo questionamento a respeito da neutralidade e imparcialidade interna de um mediador é levantado, uma vez que tanto o mediador como o juiz, sendo pessoas, naturalmente pensam e sentem emoções ao conhecer as histórias dos casos que a eles se apresentam durante o trabalho, e se questiona como certificar-se de manter a neutralidade e imparcialidade apesar do ser humano.

Conclui-se que, no Judiciário, fora as situações específicas em lei a respeito da imparcialidade, - objetiva expressa - o juiz deverá ser o seu próprio vigia, uma vez que, caso não haja uma parcialidade objetiva constatada (relacionamento anterior com uma das partes), a parcialidade subjetiva (história de vida e escala de valores do juiz) somada à neutralidade, - que embora não esperada do Judiciário, não deve ocorrer no primórdio do processo - o juiz poderá julgar de modo parcial subjetivo e fundamentar seus argumentos nas lacunas da lei ou em fatos selecionados.

Diferente resultado ocorre na mediação caso o mediador não consiga manter-se imparcial e neutro: (i) o mediador que durante um procedimento de mediação entender que está se identificando pessoalmente com a causa, poderá e deverá pedir substituição por um outro que possa manter-se neutro e imparcial na condução da mediação; (ii) qualquer uma das partes pode interromper e terminar o procedimento a qualquer tempo, caso acredite que o mediador está sendo imparcial, sem formalidades ou necessidade de provar sua percepção; (iii) o mediador não possui a função de julgar o caso e tampouco emite decisão, de forma que ainda uma pequena parcela de parcialidade subjetiva ou não neutralidade ideal, poderá afetar o procedimento da mediação mas não o resultado final de uma mediação.

Disto depreende-se também que os princípios basilares da mediação não são totalmente independentes entre si, mas se sustentam, como é o caso da autonomia das partes que sustenta a imparcialidade e neutralidade do mediador, uma vez que confere poder às partes de encerrar a mediação a qualquer tempo, seja por quebra de confiança no processo, no mediador ou qualquer outra razão.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elias. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996. p.255-261.

ARAÚJO, Adriano L., SILVEIRA, Anarita A. O Instituto da Mediação. In: *Revista Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, Vol. III, 1997.

AVILA, Filipe Lobo de. Os mecanismos de resolução alternativa de litígios à entrada do ano de 2007, *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho. ISSN 0870-8185. Tomo 55, N. 308 (2006) p. 703-711-Portugal.

BARBOSA, Águida. A política pública da mediação e a experiência brasileira. *Del Rey Revista Jurídica*. Belo Horizonte, n.8, 2002.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: Une Justice Douce*. Paris: Syros, 1992.

BRASIL: LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm).

CARDOSO, Carlos Carvalho. A mediação como meio de resolução alternativa de conflitos. *Boletim da Ordem dos Advogados*. ISSN 0873-4860. N. 47 (2007), p. 48-49.

COUTINHO, Patricia Martins Rodrigues. *A prática da Mediação e o Acesso à Justiça: por um agir comunicativo*. (___).

EGGER, Ildemar – Texto aula para admissão no cargo de professor assistente do Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina

GOUVEIA, Mariana França. *Resolução alternativa de litígios : relatório da disciplina de resolução alternativa de litígios*. Relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2008.

GOEMS, LUIZ FLAVIO – LFG. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/99939/ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz>> . Acesso em 28.04.2016.

JARROSSON, Ch. La notion d'arbitrage. Paris, *LGDJ*, 1987, n. 785, p. 176.

MACKIE, Karl. Negotiation and Mediation: From Inelegant Haggling to Sleeping Giant. In MACKIE, Kagan. *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*. Londres e Nova Iorque: Routledge and Sweet & Maxwell, 1991.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

MOORE, Christopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 2. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1996.

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

PEDROSO, João. A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos centros de arbitragem de conflitos de consumo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*: Faculdade de Coimbra - Portugal, 2001, p. 33-60.

PEDROSO, Joao (2006). Percurso da Reforma da Administração da justiça –uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Artigo científico. *Sala de Revistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania. *Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*: Fundação Edson Queiroz, nº. 11, fev. 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SECRETARIA Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Curso de Mediação*. Módulo VIII - Mediação Passo-a-Passo. Brasília: ITS Brasil: Ano: ____.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARRAZON, Mercedes (org.). Comissão Espanhola de Arbitragem: *Código CEA de Boas Práticas em Mediação*, 1ª edição. Espanha.

VEZZULLA, J. C. *Teoria e Prática da Mediação*. Editora IMAB, 1998.

ZAMIR, Ronit. *The Disempowering relationship between mediator neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic*. Artigo n.11, Vol. 11, 3ª impressão. USA.

WANDERLEY, Waldo. *Mediação: métodos extrajudiciais de solução de conflitos*. Brasília: Editora MSD, 2004.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_caderno=21

<http://www.cbmae.org.br>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>

Submissão: 01.setembro.2022

Aprovação: 17.setembro.2022