

MEDIAÇÃO JUDICIAL: UMA PRÁTICA EM BUSCA DE RECONHECIMENTO

JUDICIAL MEDIATION: A PRACTICE IN SEARCH OF RECOGNITION

Claudia Maria Ferreira de Souza
Universidade Católica de Petrópolis
Cmfsouza2@yahoo.com.br

Received: 09/16/2022

Accepted: 09/20/2022

Published: 09/25/2022

Resumo: O presente artigo tem como principal objetivo analisar como se insere a mediação nos documentos orientadores da Política Judiciária de Tratamento Adequado dos conflitos de interesses, e refletir acerca da formação e atuação do mediador judicial. A abordagem do tema parte de uma síntese dos principais norteadores, enfatizando aspectos da formação do mediador, contextualizando brevemente a crise do judiciário, que levou à adoção dos métodos consensuais de solução de conflitos, para, em seguida, analisar diferentes aspectos do instituto da mediação com base em sua definição legal, com a expectativa de levar a uma reflexão acerca da importância de se preservar a integridade da mediação, enquanto prática diferenciada de outros métodos consensuais de tratamento do conflito no sistema judiciário.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Crise do Judiciário. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. Mediação. Mediação Judicial. Formação de Mediadores.

Abstract: The main objective of this article is to analyze how mediation is inserted in the guiding documents of the Judicial Policy for the Adequate Treatment of conflicts of interest, and to reflect on the formation and performance of the judicial mediator. The approach to the theme starts from a synthesis of the main guidelines, emphasizing aspects of mediator training, briefly contextualizing the crisis of the judiciary, which led to the adoption of consensual methods of conflict resolution, to then analyze different aspects of the mediation institute. based on its legal definition, with the expectation of leading to a reflection on the importance of preserving the integrity of mediation as a practice differentiated from other consensual methods of conflict treatment in the judicial system

Keywords: Access to justice. Judiciary Crisis. Alternative Dispute Resolution. Mediation. Legal mediation. Training of Mediators.

I. Introdução

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses foi instaurada pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do poder judiciário com a edição da Resolução CNJ 125/2010, tendo como premissas considerar que o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º XXXV, da CF, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica em acesso à ordem jurídica justa, e que cabe ao judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, organizando em âmbito nacional a utilização de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como mediação e conciliação.

A Resolução CNJ 125/2010 foi o principal norteador da implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com o propósito de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Dentre as principais determinações direcionadas aos Tribunais, foi estabelecida a obrigação de criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMECs, com a atribuição de implementar, no âmbito de sua competência, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, e a implantação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, local destinado a realização das audiências/sessões de mediação e conciliação.

A Resolução CNJ 125/2010 sinaliza para a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, apontando a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, os quais buscou organizar e uniformizar para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar sua boa execução, a ser moldada de acordo com as especificidades de cada segmento da Justiça.

Esse cuidado em assegurar as boas práticas na mediação pode ser observado nos anexos I e III da Resolução CNJ 125/2010. O anexo I estabelece as diretrizes curriculares para a capacitação de mediadores e conciliadores, e o anexo III institui o Código de Ética, que norteia a conduta de mediadores e conciliadores com base no rol de princípios que regem a atuação, elencando a confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

A implantação da mediação e conciliação no âmbito do judiciário veio a ser consolidada com a promulgação das Leis 13.140 e 13.105, ambas de 2015, que além de regulamentar tais práticas, representaram instrumentos valiosos para a propagação e fomento dessa atividade, apresentando à sociedade uma nova via de resolução de conflitos, até então, preponderantemente, adversarial.

A Lei 13140/2015 regulamentou especificamente a mediação, sendo voltada para a resolução de conflitos entre particulares e na administração pública, admitindo a possibilidade de mediação sobre direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação. Define a mediação como uma “atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para as controvérsias”. Em seu art 2º, a Lei 13.140/15 elenca os princípios norteadores para conferir sistematicidade e coerência ao instituto da mediação, cujos principais elementos são: em relação ao mediador - o princípio da imparcialidade; em relação às partes - os princípios da isonomia, da autonomia de vontade e da boa-fé; e, em relação ao processo - os princípios da oralidade, informalidade e confidencialidade.

Já o Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015) dá especial relevância aos métodos autocompositivos, trazendo no §3º do artigo 3º que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos os atores do processo, inclusive no curso do processo judicial, reconhecendo esses institutos como um mecanismo hábil à pacificação social, inserindo-os como procedimento comum na etapa inicial do processo em que se realiza uma audiência de conciliação ou de mediação, antes do prazo de apresentação de defesa pelo réu, como previsto no artigo 334.

O CPC, no artigo 166, aponta que a mediação e a conciliação são norteadas basicamente pelos mesmos princípios que constam da Lei de Mediação: independência; imparcialidade; autonomia da vontade; confidencialidade; oralidade; informalidade e decisão informada. Além disso, trata dos mediadores e conciliadores nos artigos 165 a 175, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça, estando, inclusive, sujeitos aos motivos de impedimento e suspeição relativos a outros sujeitos do processo, bem como especifica a atuação de conciliadores e mediadores em relação à existência de vínculo prévio entre as partes e quanto ao modo de atuação, diferenciando a atuação do conciliador - preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio - enquanto o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo

anterior entre as partes, auxiliando-as a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam restabelecer a comunicação e então identificar por si próprios, soluções que atendam interesses recíprocos e tragam benefícios mútuos.

Como se observa, a Lei 13.140/2015 trata exclusivamente da mediação, enquanto a Resolução CNJ 125/2010 e a Lei 13.105/2015 (CPC) fazem referência aos meios consensuais de tratamento do conflito, mencionando a conciliação e a mediação. Importante ressaltar que o artigo 12 da Resolução CNJ 125/2010 dispõe sobre a atuação dos conciliadores e mediadores, não diferenciando a atuação de cada um desses especialistas, fazendo uso também da expressão “outros especialistas em métodos consensuais” (§2º art.12) e ainda “demais facilitadores de diálogo” (§5º art.12).

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito à capacitação, já que no anexo I da Resolução CNJ 125/2010, ao estabelecer as diretrizes curriculares, na redação dada pela Emenda 2 de 08/03/2016, o texto não diferencia a formação de mediadores da de conciliadores, fazendo referência a “terceiros facilitadores”. O uso indiferenciado de termos desafia a identificação do campo teórico e prático da mediação, bem como sua necessária definição, pois, “definir é identificar por meio de características específicas, isto é, por meio de critérios. Não definir leva a não saber o que estamos fazendo. Não pensar em referências leva a não saber por que o fazemos”. (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 77)

Nesse enleio, o presente artigo tem como objetivo buscar identificar as especificidades da mediação, refletir acerca da atuação do mediador e de sua prática no ambiente judiciário, considerando os documentos norteadores frente à experiência como mediadora e instrutora dos cursos de formação de mediadores e conciliadores do CNJ. A abordagem do tema parte de uma síntese da crise do judiciário e a adoção dos métodos consensuais de solução de conflitos, para, em seguida, analisar diferentes aspectos do instituto da mediação com base em sua definição legal, com a expectativa de distinguir suas características e especificidades, pois “distinguir alguma coisa, quer seja ele ideia, coisa ou pessoa, é identifica-lo”, e assim, preservá-lo. (RICOEUR, 2006, p. 36)

II. Acesso à Justiça, Crise do Judiciário e a adoção dos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

O acesso à justiça é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 5º, inciso XXXV, inserido no núcleo da dignidade humana, assegura expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entendido não apenas como acesso ao judiciário, mas, sobretudo, como o acesso a uma ordem jurídica justa, de forma célere e efetiva, a garantia ao acesso à justiça apresenta-se como um grande desafio, diante da crise vivenciada pelo Estado a partir da globalização cultural, política e econômica da qual decorre a sua gradativa perda de soberania e exclusividade de dizer e aplicar o direito.

O Poder Judiciário tem empenhado esforços para modernizar sua estrutura organizacional e adequar-se aos novos tempos frente aos avanços das comunicações, da tecnologia, do acesso ao consumo de uma parcela ampla da população e da complexidade da economia na atualidade.¹ Ainda assim, não consegue alcançar de forma eficaz e célere a solução de conflitos que lhe são apresentados, tanto pelo volume quanto pela sua diversidade.²

Segundo Splenger (SPLENGER F. M. & SPLENGER NETO, T., 2012, p. 10) o conceito de eficiência do judiciário é fruto do reconhecimento pela sociedade em sua capacidade de absorver e tratar os conflitos de forma célere e eficaz. Sem essa condição, o papel institucional do judiciário se fragiliza, sendo deslegitimado pela sociedade. Quando se fala em crise no judiciário, importante considerar esse esmaecimento do papel judicial como o principal mediador de conflitos, justamente por não conseguir administrar as imensas e diferenciadas demandas que se lhe apresentam, resultando em morosidade, ineficiência e frustração dos que a ele recorrem em busca de solução e “o que se verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei da

¹ As iniciativas do Judiciário podem ser acompanhadas pelo Relatório CNJ Justiça em Números com acesso em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>

² Afirma Splenger que “Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do direito positivo, Por conseguinte, aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos. No entanto, o monopólio da jurisdição deixa, gradativamente, de pertencer ao Estado principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são sequelas. Além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta e a produção legislativa acontece de modo desenfreado. Todos esses fatores causam/fomentam a crise de Judiciário brasileiro. (SPLENGER & SPLENGER NETO, T., 2012, p. 19)

sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos”. (ibdem, 2012, p. 21)

Diante dessas considerações, para que o poder judiciário possa alcançar efetivamente um papel mais harmonizador na sociedade cumprindo sua missão de pacificação, faz-se necessária a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, para proporcionar a solução efetiva para uma determinada disputa, de acordo com suas particularidades. A instauração de um sistema autocompositivo materializa essa nova ideia de jurisdição, implementada a partir da inauguração da política judiciária de tratamento dos conflitos, que legitimada pela legislação, prevê justamente a ideia de “autorregulamentação” dos conflitos por parte do sistema social, “redefinindo o modelo de terceiro (que decide) e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo e pouco democrático da jurisdição” (ibdem, 2012, p. 30), pois o verdadeiro acesso à justiça inclui não somente a prevenção e reparação de direitos, mas a construção de soluções negociadas e o incentivo à mobilização da sociedade, para que possa participar ativamente da resolução de seus conflitos por meio de ações comunicativas facilitadas por um terceiro capacitado para tal.

III. A Mediação e sua prática no ambiente judiciário

No presente artigo, o que se pretende é focar no instituto da Mediação, inserido na política pública como uma das alternativas à jurisdição, ao lado da conciliação. O termo mediação (do lat. *Tardio mediatio*) em um sentido genérico, é definido como “ação de relacionar duas ou mais coisas, de servir de intermediário ou “ponte”, de “permitir a passagem de uma coisa a outra” e na tradição filosófica clássica, “a noção de mediação liga-se ao problema da necessidade de explicar a relação entre duas coisas, sobretudo entre duas naturezas distintas” (JAPIASSU & MARCONDES, 2001, p. 127). A ideia de mediação na história do pensamento humano está associada a formas de regulamentação pela autoridade social interna,³ divergindo da aceção da atualidade, cuja principal característica é seu caráter deliberativo e fora do poder constituído, associado ao desenvolvimento de modos não jurídicos de resolução de conflitos.

Inserese a mediação no rol de métodos consensuais de solução de conflitos, caracterizada como método autocompositivo, definida no parágrafo único do Art. 1º da Lei 13.140/15 como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que,

³ Nos dizeres da Guillaume-Hofnung “ Exercitados, na maioria das vezes pelos notáveis, esses modos se baseiam nos sistemas de poder”. (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 7)

escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”⁴

Temos, então, na própria definição legal, a apresentação dos principais norteadores da atividade - formação, terceiridade, autonomia da vontade, valorização do diálogo e da cooperação - regulados pela ética, sendo que “a postura do terceiro, na mediação, tem caráter preponderantemente facilitador do diálogo entre os envolvidos, devolvendo-lhes o protagonismo e a autoria das soluções”. (SALLES & FAZA, 2020, p. 89)

3.2. Mediação judicial: formação e prática

O anexo I da Resolução CNJ 125/2010⁵, com redação dada pela Emenda 2, de 2016 estabelece as diretrizes curriculares para a capacitação básica de terceiros facilitadores (mediadores e conciliadores). O curso se destina a transmitir informações teóricas sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. A capacitação é dividida em 2 etapas (teórica 40 horas e prática 60 e 100 horas).

Como é possível observar, a normativa não diferencia a formação de conciliador e mediador, inserindo-os no rol generalizado de terceiro facilitador. O conteúdo programático e a carga horária da capacitação também são as mesmas. Como vemos em Salles e Faza na análise desses institutos:

Essa distinção é causa de celeuma entre teóricos e práticos, havendo uma profusão de escritos que defendem veementemente a categórica separação entre um método e outro. Entretanto, na prática essa separação não é sempre tão clara, havendo, não raro, casos concretos em que a administração consensual do litígio transita na zona cinzenta entre conciliação e mediação (SALLES & FAZA, 2020, p. 87)

Diante dessa constatação, faz-se necessário sublinhar que a qualidade da capacitação do mediador impacta expressivamente o exercício da atuação e, conseqüentemente, na efetividade da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, tanto que a formação prévia do mediador judicial é exigida pela Resolução CNJ 125/2010, pelo CPC e pela Lei de Mediação (13.140 de 2015). No entanto, a junção de duas atividades com características distintas em uma

⁴ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm acessado em 25/06/2022

⁵ O conteúdo da Resolução e seus anexos podem ser acessados em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf>

mesma formação, pode provocar a confusão entre os institutos⁶, correndo o risco de confundir práticas diferenciadas em sua natureza, pois é a natureza facultativa do terceiro que certamente distingue a conciliação da mediação.⁷

Seguindo a mesma orientação do Anexo I da Resolução CNJ 125/2010, o Regulamento das Ações de Capacitação emitido pelo CNJ⁸ em 2020 instituiu as diretrizes para a realização de “Cursos de Formação de Mediadores e Conciliadores Judiciais ou de Formação de Conciliadores Judiciais”, mantendo unificadas as capacitações de conciliadores e mediadores judiciais, sendo exigido para mediadores, dentre outros requisitos, a comprovação de ter concluído, há pelo menos 2 anos, curso de ensino superior em instituição reconhecida pelo MEC e ter mais de 21 anos, enquanto para conciliadores é exigido apresentar diploma de graduação ou declaração de matrícula, no 3o ano ou 5o semestre, em curso de ensino superior de instituição reconhecido pelo Ministério da Educação (artigos 16 e 17 do regulamento).

Por conseguinte, temos que o interesse daqueles que buscam a formação em mediação se diferenciam dos que se interessam pela capacitação em conciliação. Os últimos são, na grande maioria, estudantes da graduação em busca de estágio, que se vinculam à atividade conciliatória temporariamente. No tocante ao curso de mediação, observa-se que os alunos estão em busca de uma qualificação profissional e do desenvolvimento de uma carreira.⁹

Seguindo essa linha de reflexão, um aspecto importante a considerar é que a formação do mediador exige a assimilação aprofundada de uma prática que se diferencia da formação profissional original, consubstanciada em um trabalho pessoal de construção de uma nova identidade que demanda investimento a longo prazo para construir a postura correta de neutralidade, identificar os limites e potencialidades de sua atuação, com ética e responsabilidade, tornando imperiosa a necessidade de supervisão contínua, com o objetivo de aperfeiçoar aspectos de autoconhecimento e qualificação da própria prática. Feitas essas

⁶ Em um alerta à necessidade de configurações claras, Guillaume-Hofnung ressalta que as técnicas tradicionais de resolução não judicial (conciliação, transação, composição amigável, arbitragem) devem ser apresentadas como tal e não como mediação, bem como a mediação não deve estar associada à conciliação (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 59).

⁷ Guillaume-Hofnung ressalta que “A conciliação é um acordo direto das partes para por fim à disputa. Ela pode ser realizada por ambas as partes em uma disputa entre elas sem a presença de uma terceira pessoa. Na maioria das vezes, a conciliação é praticada com a ajuda de um terceiro, denominado conciliador, cujo único papel é fazer com que as partes se encontrem” . (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 91)

⁸ O Regulamento pode ser acessado em:

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Guia-de-utilizacao-do-ConciliaJud_2020-06-05.pdf

⁹ A assertiva decorre da experiência enquanto Coordenadora-Geral do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJRJ, setor responsável pela capacitação e cadastro dos mediadores e conciliadores judiciais.

considerações, convém ressaltar que a formação do mediador deve contemplar os valores relativos à essência da mediação, preservar a abordagem multidisciplinar e respeitar a posição de terceiro impotente que caracteriza o mediador. Nessa linha de reflexão, Brandoni sugere que a formação em mediação:

garanta o conhecimento e a tomada de consciência sobre a transcendência e os padrões éticos dos mediadores: alcançar a imparcialidade e a neutralidade em relação às partes no momento da mediação e no futuro, garantir o equilíbrio de poder entre as partes, preservar a confidencialidade e informar acerca do alcance da mesma, obter o consentimento informado, evitar conflitos de interesses, implementar o processo no tempo devido e promover e garantir a autodeterminação das partes na solução de seu conflito. (BRANDONI, 2011, p. 33)(tradução nossa)

Em vista das peculiaridades do instituto, constata-se a relevância da qualificação do mediador na condução do processo de mediação, atividade que exige capacidade de escutar, sustentar e interpretar o conflito a ele apresentado, tendo que manter o difícil equilíbrio do lugar de terceiro, ainda que seja afetado pelos relatos trazidos pelas partes, já que, como nos ensina Brandoni,

não cabe nenhuma dúvida sobre a impossibilidade de manter-se neutro em seu foro íntimo escutando o padecer humano. Daí a necessidade de trabalhar produtivamente com as ressonâncias internas de todas as relações interpessoais...toda inter-relação envolve um afeto... (e) o vínculo afetivo que se estabelece com os participantes é, por sua vez, condição de possibilidade da confiança delas para o mediador, e de que esse último possa incidir nos primeiros criando a oportunidade de encontrar novos significados para o conflito e novas soluções. (BRANDONI, 2011, p. 31) (tradução nossa)

O percurso da capacitação do mediador judicial culmina com um ato de enunciação - a certificação e o cadastro no rol de mediadores do CNJ, que o identifica como capaz de atuar como mediador. A noção de capacidade, efetivada pela atuação decorrente da adequada formação, faz referência ao respeito e estima (RICOEUR, O Justo 1, 2019, p. 21) de seu reconhecimento como mediador em consonância com os princípios norteadores da mediação e o compromisso ético assumido.

3.3. A ética da comunicação e o potencial transformador do conflito

O § 3º do Art. 165 do CPC, recomenda que o mediador atue preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo

restabelecimento da comunicação, identificar por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos, evidenciando o caráter cooperativo e criativo da interação.

Essa recomendação reafirma a ideia de que a mediação deve ser concebida como instrumento de facilitação de diálogo e cumpre a função fundamental de restaurar ou restabelecer a comunicação. Seguindo no aspecto da natureza das questões que podem ser tratadas pela mediação, temos que sua utilização é adequada para conflitos com características de multiplicidade de tensões, próprias de relações continuadas, cuja solução recomende um mecanismo que ofereça confidencialidade. Também se adequa ao tratamento de conflitos nos quais estão presentes questões que a jurisdição não levaria em consideração, como por exemplo, envolvendo temas culturais, ou relativas a disputas muito específicas, nas quais a solução jurídica é controversa e imprevisível. Assim, o alcance de um acordo deve ser entendido como resultado de um processo de comunicação no qual o mediador atuará como um facilitador na reconstrução da relação intersubjetiva – ou mesmo social.¹⁰

Utilizando técnicas de comunicação, como a escuta ativa,¹¹ o mediador auxilia as partes a melhor compreender e formular demandas, queixas, necessidades, valores, e por meio de perguntas provoca a maiêutica,¹² que exige a participação ativa dos mediandos na troca comunicacional e requer do mediador “grande poder pessoal ao mesmo tempo, que uma supressão relativa”, (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 81) que permite que as partes construam a própria solução da questão.

Abordando a ética da comunicação, Michèle Guillaume-Hofnung afirma que a “comunicação implica reconhecimento do outro. A emissão de uma mensagem só faz sentido se o transmissor reconhecer um valor simétrico para o receptor” (ibidem, 2018, p. 108), e cabe ao mediador garantir a ética da mediação.

Etapa essencial do processo de mediação, os relatos das histórias trazidos à mediação compõem as narrativas que identificam o sujeito e o caracterizam como sujeito capaz de narrar

¹⁰ Em referência aos acordos, Sales comenta “Destaca-se que o acordo configura-se uma consequência da mediação e não o seu objetivo. A mediação objetiva a facilitação do diálogo, solucionando e prevenindo conflitos, pacificando e incluindo. O acordo pode vir ou não, desde que o diálogo tenha efetivamente ocorrido.” (SALES, 2007, p. 34)

¹¹ Para melhor compreensão das técnicas utilizadas na mediação, ver em Caixa de Ferramentas da Mediação. Em relação à escuta ativa, a autora identifica “como uma escuta interveniente, permeada por perguntas, resumos, parafraseios, redefinições e recontextualizações de falas e de percepções, dados que podem ser transformados em informação e esta em conhecimento”. (ALMEIDA, 2014, p. 170)

¹² Método didático criado por Sócrates, no século IV a.C, na busca pela auto-reflexão que conduz o interlocutor a conhecer paulatinamente o objeto em discussão. (SALES, 2007, p. 30)

sua própria história e ser reconhecido como sujeito do direito. Para Ricoeur a “identidade narrativa admite a mudança e essa mutabilidade é a mutabilidade das personagens das histórias que contamos”, (RICOEUR, 2019, p. 23) condição que permite ao sujeito reformular interpretações, ampliar narrativas fechadas por percepções conflitivas e construir novas alternativas de solução para o conflito. (ALMEIDA, 2014, p. 171)

Embora as definições mais recentes de mediação se distanciem do conflito,¹³ a utilização desse instituto é usualmente vinculada à resolução de controvérsias, especialmente referente à atuação do mediador judicial. Nesse contexto, a abordagem da mediação leva em conta o potencial transformador do conflito, como “elemento da vida que inevitavelmente permeia todas as relações humanas e contém potencial de contribuir positivamente nessas relações” (AZEVEDO, 2009, p. 35). Importa registrar que a divergência se faz presente em toda construção social, e que o “vínculo social nunca é fabricado de forma binária, imediatamente. Ele passa pela mediação de um terceiro elemento: pelo objeto, pelo ser e pelo mediador por excelência: a linguagem.” (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 80)

O valor positivo dos conflitos faz referência à sua gestão, como processo de desenvolvimento e evolução do homem. Em vista dessa constatação Michèle Guillaume-Hofnung remete à H. Arendt no entendimento que, conceber o fim dos conflitos é característico do pensamento totalitário e reflete que “mal manipulado e mal gerido, o conflito pode se tornar perturbador, mas sua ocorrência é resultado da liberdade do homem e da imprevisibilidade que ela comunica a seus atos”. (ibidem, 2018, p. 110)

A essência da mediação é, pois, a autonomia de vontade das partes, condição inserida na Resolução CNJ 125/2010, na Lei de Mediação e no CPC, pautando-se também pela busca do consenso e a restauração ou o estabelecimento do diálogo. Na definição de Michèle Guillaume-Hofnung a mediação é:

um processo de comunicação ética baseada na responsabilidade e autonomia dos participantes, em que um terceiro – imparcial, independente e neutro, tendo como única autoridade o reconhecimento dos parceiros – promove, através de entrevistas confidenciais, o estabelecimento, o restabelecimento do vínculo social, a prevenção ou solução da situação em questão. (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 82)¹⁴

¹³ Segundo Michèle Guillaume-Hofnung “A mediação cumpre uma função fundamental para restaurar ou estabelecer a comunicação. O conflito não faz parte da definição geral da mediação, mas a definição geral de mediação não exclui a resolução de conflito”. (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 82)

¹⁴ Para a autora, a expressão “vínculo social” como o que compõe a sociedade em qualquer grupo (família, empresas, bairro).

A construção do lugar de terceiro em relação à bipolaridade peculiar do conflito, é condição determinante da qualidade da mediação. Analisando a questão da terceiridade, Brandoni afirma:

Com respeito aos membros de uma díade, o terceiro instaura o campo simbólico e permite uma relação não agressiva entre eles, introduzindo uma ordem de legalidade. Digamos que instala entre eles uma cunha que, enquanto produz uma separação, também possibilita um espaço para desejar e liberar do confinamento e do enfrentamento mortífero da relação dual (BRANDONI, 2011, p. 30) (tradução nossa)

A analogia da separação da díade mediante a inserção de uma cunha remete à reflexão de Ricoeur (RICOEUR, 2019, p. 5) acerca da *justa distância*, que interrompe a pretensão de vingança, instituída com a entrada em cena de um terceiro que não seja um dos protagonistas. O mediador ocupa, assim, um lugar de terceiro em relação aos dois polos do conflito, mantendo-se descolado da polarização peculiar da dinâmica do conflito.

Segundo Michèlle Guillaume-Hofnung a “superação de uma questão através da passagem para o ternário é a base do conceito filosófico de mediação” (GUILLAUME-HOFNUNG, 2018, p. 105). A autora reafirma que a mediação se define pela terceiridade e, citando Ricoeur, sublinha que a ética é ternária em si e se expressa pelo triângulo formado pela estima de si, o cuidado com outros e instituições justas. Na perspectiva ensinada por Ricoeur (RICOEUR, 2019, p. 26) é a partir da constituição triádica que se dá a passagem de homem capaz para a de sujeito real de direitos em condições de se expressar no plano moral, jurídico e político.

IV. Considerações finais

A partir da análise dos documentos orientadores da inserção dos métodos autocompositivos no sistema judiciário decorrentes da implementação da Política Judiciária de Tratamento Adequado dos conflitos de interesses, observa-se uma confluência, ou mesmo, uma justaposição normativa de diferentes métodos autocompositivos – conciliação e mediação.

Diante dessa constatação, deve-se levar em conta que a conciliação já havia sido incorporada às práticas judiciárias desde a promulgação da Lei 9099/95, que menciona expressamente a figura do conciliador. Indo além, conciliar as partes faz parte do poder-dever

do magistrado, sendo assim uma prática mais facilmente assimilada por membros do judiciário, advogados e população em geral.

Com essa reflexão, temos que o que de fato consistiu em inovação, em termos de método, na proposta da Política Judiciária de Tratamento Adequado dos conflitos de interesses, foi o instituto da mediação, que teve sua história intimamente ligada ao movimento de acesso à justiça, no qual se buscou provocar alterações sistêmicas com foco na figura do próprio jurisdicionado, e na humanização do conflito com base na empatia, em busca da tão almejada paz social.

Sob a ótica de uma perspectiva da mediação compreendida como um processo dialógico e um encontro inter-subjetivo no qual o mediador cumpre um delicado papel, exsurge a necessidade de pautar a formação no desenvolvimento das capacidades próprias de seu múnus. A definição legal do instituto da mediação já fornece os principais norteadores - formação, terceiridade, autonomia da vontade, valorização do diálogo e da cooperação, regulados pela ética - que devem servir de guia para as ações de capacitação, com o intuito de diferenciar as diferentes práticas, preservando a integridade de cada uma delas, bem como considerando a adequação de sua aplicação para que se alcance a qualidade esperada nos resultados da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos.

Referências

- ALMEIDA, T. *Caixa de Ferramentas em Mediação. Aportes práticos e teóricos.* . SP: Dash editora, 2014.
- AZEVEDO, A. G. *Manual de Mediação Judicial.* Brasília: Ministério da Justiça, 2009
- BRANDONI, F. *Hacia una mediación de calidad.* Buenos Aires: Paidós, 2011.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M. *A Mediação.* Belo Horizonte: RTM, 2018
- JAPIASSU, H., & MARCONDES, D. *Dicionário Básico de Filosofia.* Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, 2001.
- RICOEUR, P. *Percurso do Reconhecimento.* São Paulo: Loyola, 2006.
- RICOEUR, P. *O Justo 1.* São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- SALES, L. M. *Mediação de Conflitos. Família, Escola e Comunidade.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SALLES, S., & FAZA, G. Conciliação ou mediação? O facilitador diante da complexidade dos conflitos. *Conhecimento & Diversidade*, 81-108, 2020.
- SPLENGER, F. M., & NETO, T. S. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.
- SPLENGER, F. M., & SPENGER NETO, T. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In: F. SPENGER NETO, T., *Mediação Enquanto Política pública: O conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas* (p. 26). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.