



QUESTIONAMENTOS ACERCA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO PROJETO DE LEI N 8.046/2010 DO CPC

Josiane Rigon¹

RESUMO

O presente trabalho é baseado no estudo do Projeto de Lei nº 8.046/2010 tendo em vista a inserção da conciliação e da mediação. Primeiramente, analisam-se a conciliação e a mediação, ou seja, as diferenças e as semelhanças de ambos institutos. Após, se examinam os princípios éticos no exercício da função dos conciliadores/mediadores, bem como o papel, a escolha, o registro, o cadastro e a exclusão dos mesmos. Demonstrando se haverá ganhos que podem ser obtidos quando da efetiva aplicação do projeto. Além disso, averiguar se as medidas adotadas no Projeto são cabíveis para as exigências da sociedade atual.

Palavras-chave: Conciliação – Mediação – Princípios – Processo Civil.

ABSTRACT

This paper is based on the study of Bill No. 8.046/2010 considering the inclusion of conciliation and mediation. First, we analyze the conciliation and mediation, then, the differences and similarities of both institutes. After examine ethical principles in exercising the conciliators/mediators, as well as the paper, the choice, the registry, the registry and deleting them. Demonstrating that there will be gains that can be obtained when the effective implementation of the project. Also, check whether the measures adopted in the Project are reasonable for the demands of today's society.

Key-words: Conciliation - Mediation - Principles - Civil Process.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A elaboração de um novo estatuto processual civil para o Brasil trouxe algumas perspectivas de mudanças no acesso à justiça. Foram inseridas regras básicas que regulamentam os meios consensuais de solução de conflitos, especificamente a mediação e a conciliação. Porém, são colocados apenas dez artigos (art. 166 ao art. 176) os quais não tratam de forma específica, como deveria ser, e delega a devida regulamentação aos Tribunais e à legislação específica.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Possui pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisas: "Políticas Públicas no tratamento dos conflitos" coordenado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Prof. Theobaldo Spengler Neto. Advogada. E-mail:jo_rigon@hotmail.com Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4307414Y9>.

O Projeto de Lei n.º 8.046 de 2010, atualmente em apreciação pela Câmara dos Deputados, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e aprovado pelo Senado Federal, almeja agilizar a tramitação das ações civis. O texto pode ser considerado, provavelmente, uma das mais importantes proposições da Câmara, em particular, no que compete ao impacto na vida do cidadão.

O Código de Processo Civil, de 1973, diante de todas as inovações da sociedade, seja no plano normativo, seja no plano científico, ou no plano tecnológico ou no plano social, se mostrou ultrapassado, necessitando assim ser ajustado à nova realidade jurídica e social. Com o advento da Constituição Federal de 1988 – onde se contemplam direitos e garantias dos cidadãos - a população começou a se conscientizar dos seus direitos, exigindo a concretização dos mesmos. Porém, tudo isso está ligado à efetividade da prestação jurisdicional, tendo em vista que a justiça estava ganhando descrédito.

Atualmente, os profissionais do Direito buscam a todo custo alternativas para melhorar a legislação processual civil através de estudos voltados especificamente ao livre acesso à prestação jurisdicional e ainda com mais qualidade. Assim, atingir a sociedade quanto aos seus anseios da população e também quanto à velocidade na resolução, tudo isso com eficiência e efetividade parece ser um desafio.

Em vista disso, o presente artigo tem como foco principal a análise da proposta de inserção da mediação e da conciliação enquanto meios de resolução de conflitos no Projeto de Lei n.º 8.048/2010. Desse modo, almeja-se rebater a contextualização que indaga ser oportuna tal proposta de lei e se realmente gerará benefícios advindos de todas essas modificações.

Visa-se, portanto, com tal pesquisa a investigação da inserção da mediação e da conciliação quando propostas no PL como meios de tratamento adequado de conflitos. Esses dois métodos têm em comum o emprego de um terceiro que ajuda as partes na obtenção de um acordo que ponha fim ao seu conflito.

A fim de obter os objetivos propostos, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, no qual se parte de premissas para pressupostos específicos, se chegando a uma conclusão. Como método de procedimento, foi utilizado o monográfico, tendo em vista o estudo a partir de pesquisa e fichamentos em fontes bibliográficas pertinentes ao assunto tratado que servirá de base teórica para percorrer o tema proposto.

1. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação são dois métodos de tratamento de conflitos que têm como premissa o restabelecimento das relações sociais e a busca da paz. Apesar de convergirem em alguns pontos, há também aspectos em que são diferentes. A seguir, abordaremos detalhadamente as semelhanças e diferenças desses dois institutos.

Buscando uma conceituação para a mediação, podemos dizer que “é geralmente definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tem um poder de decisão limitado ou não autoritário” (MOORE, 1998, p. 28). Souza (2013, p. 204-5) define a mediação de conflitos “como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução construída pelas próprias partes”.

Deve ter três elementos básicos: “a existência de partes em conflitos, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo”. Ao tratar das partes, elas podem ser físicas, jurídicas ou entes despersonalizados desde que seja possível identificar seu representante ou gestor. Em relação ao segundo elemento, o conflito, este “delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador”, e por último, sobre o mediador que deve ser imparcial, neutro, tenha boa credibilidade e confiabilidade tendo em vista a solução do litígio (PINHO, 2011, p. 224-225).

Parece evidente que, quanto maior o grau de envolvimento entre as partes, mais adequada parece ser a perspectiva da mediação transformativa. Nesta, o mediador privilegia a atuação das partes na evolução do diálogo e na construção da solução, sem sugerir comportamentos específicos, mas apenas buscando ressaltar sutilmente a necessidade de cada parte assumir seu poder e responsabilidade pessoal, bem como de se sentir ouvida e reconhecida pela outra parte (SOUZA, 2013, p. 212).

Quanto à conciliação, esta possui quatro etapas, quais sejam: 1) abertura; 2) esclarecimento das partes sobre suas ações; 3) criação de opções e sugestões; 4) acordo. Em contrapartida, a mediação consiste em sete etapas: 1) pré-mediação; 2) investigação; 3) criação de opções; 4) escolha das opções; 5) avaliação das opções; 6) preparação para o acordo; e 7) acordo e assinatura (BRAGA NETO, 2008, p. 64-65).

A eficácia da conciliação exige discussão aberta, direta e franca entre as partes. Pode acontecer antes ou depois da instauração do processo. É importante alternativa de aproximação e participação dos envolvidos na solução do conflito. Mas também proporciona efetivo acesso à justiça, já que sua eficácia depende do tratamento igualitário entre os contendores que decidem, em conjunto e da melhor forma, a situação conflituosa, buscando a maior harmonia e a mútua satisfação (FARINELLI; CAMBI, 2011, p. 288).

Braga Neto esclarece que inicialmente a conciliação aborda o conflito através de um procedimento mais célere e muito eficaz quando não há inter-relacionamento entre as partes. Ao contrário, na mediação, são utilizados recursos didáticos pelos profissionais, separando as etapas do procedimento (2008, p. 64-65).

Souza (2013, p. 207) compreende que a distinção entre ambas fosse baseada no conflito. Isto é, dependendo da complexidade da relação entre as partes cabe mais adequadamente a mediação ou a conciliação. A primeira, sendo mais adequada nos conflitos que têm maior relacionamento entre as partes, pois ela proporcionará a elas um protagonismo que influenciará no aprendizado capacitando-as a resolverem por si próprias o conflito. De outro modo, a segunda seria para conflitos episódicos os quais as partes não tinham e nem terão relacionamento a ser explorado. Aqui, o terceiro poderá assumir como conciliador, formulando propostas que favoreçam as partes. Acrescenta ainda que ambas “excluem a necessidade ou utilidade de esclarecimento das controvérsias fáticas, o que, aliás, pode ser extremamente útil para a solução consensual do conflito”.

Referente a isso, Morais e Spengler (2012, p. 173) entendem que “o mediador tem, então, a tarefa de possibilitar que conflitantes expressem seus sentimentos e seus interesses, dando a eles espaço para, de modo criativo, formular sugestões e propostas para a resolução adequada de seu conflito”. Assim, o mediador não propõe acordo e nem orienta as partes em relação ao conflito, pois não tem papel ativo. Porém, o conciliador “intervém, podendo inclusive sugerir propostas para fins de dirigir a discussão”.

Estabelecem-se três critérios os quais descrevem a mediação e a conciliação: quanto à finalidade, a mediação visa resolver o conflito de forma abrangente, e a conciliação conforme as posições apresentadas pelos litigantes. Quanto ao método, o mediador não toma iniciativa de proposição, apenas facilita o diálogo entre as partes e o conciliador é mais participativo, podendo dar sugestões. O último, quanto aos vínculos, a mediação é atividade privada, e a conciliação é inerente ao Poder Judiciário (PINHO, 2011, p. 231).

Objetivamente, Morais e Spengler (2012, p. 174) diferenciam a conciliação e a mediação de quatro maneiras: a) quanto ao conflito: na conciliação eles são esporádicos, pois as partes conflitantes não têm ou tiveram qualquer tipo de relacionamento e na mediação, contrariamente, os conflitantes mantêm e continuarão mantendo – assim se espera - relações íntimas; b) quanto ao papel do conciliador/mediador: o conciliador é o terceiro que pode sugerir, orientar as partes e até mesmo direcionar o confronto e seus resultados, ao contrário, o mediador nada pode fazer nesse sentido, e sim, ajudar os conflitantes a restabelecer a comunicação; c) quanto aos objetivos perseguidos: na mediação temos o tratamento adequado ao conflito o qual deve gerar comunicação e satisfação dos conflitantes, sendo o acordo uma consequência, porém, na conciliação, o acordo é o propósito principal; d) quanto às técnicas empregadas e a dinâmica das sessões: na mediação, as técnicas são direcionadas para a escuta e o desvelamento do real interesse em questão; a mediação admite sessões mais longas (uma hora e meia cada uma) e até remarcação de sessões quando necessário, tendo em vista a manutenção do diálogo. Na conciliação, há o estímulo de propostas e contrapropostas, usando assim técnicas de negociação. As sessões são tem menor duração do que na mediação e a remarcação delas não é frequente.

Porém, muitos aspectos são iguais, como a imparcialidade do terceiro mediador ou conciliador. Eles não podem julgar, nem dar juízo de valor, como dizer quem tem razão. Deve, sim, ajudar no diálogo entre as partes sem emitir opiniões. Ambos devem guardar sigilo, preservando a intimidade das partes. Não devem sugerir ou tentar convencer, e sim, indagar à parte sobre a proposta se esta seria ou não adequada, bem como quais os óbices para sua aceitação. Devem tratar as partes com respeito e tranquilidade e pedir aos presentes que assim o façam também. Durante uma reunião, as partes podem se dirigir tanto ao conciliador/mediador quanto para elas mesmas, ampliando as possibilidades de diálogos entre os presentes. (FABRETTI, 2008, p. 73-74).

O início dos trabalhos, em ambos institutos, se faz com uma sessão de pré-mediação/conciliação. Aqui é o momento de explicar os objetivos pretendidos e quais métodos serão utilizados no processo. A seguir, sessões individuais com cada um dos lados envolvidos no conflito, alternando-se com sessões conjuntas. Para alcançarem um resultado útil na resolução do caso em conflito, necessitam de total transparência nos esclarecimentos dos fatos (SOUZA, 2013, p. 207-208).

Mas na prática, diante de um conflito, pela sua origem (objetivo ou subjetivo), ou mesmo pelas características pessoais dos envolvidos, detalhes, abrangência ou reflexos posteriores, há uma zona cinzenta, e extensa, entre as situações em que se recomenda um ou outro método de solução. Desta forma, o intermediário, o juiz, o advogado ou aquele que orienta as partes a buscar a solução pacífica deverá saber identificar as peculiaridades do conflito para encaminhá-las ao meio de solução alternativa mais eficiente. E há espaço para, no desenvolvimento de um modelo, ao se perceber que outro será mais adequado os procedimentos, ou mesmo o encaminhamento a outro intermediário com as qualificações apropriadas ao melhor atendimento dos interessados (CAHALI, 2011, p. 40).

Cabe enfatizar que a mediação aponta alguns desafios quando da sua utilização. Entre eles, a necessidade “do público ser mais informado acerca dos benefícios da mediação; de mais pesquisas serem realizadas; da intensificação da institucionalização da mediação; de recursos para o provimento das entidades dos setores público e privado encarregadas da promoção da mediação; e de descoberta de novos setores de aplicação da mediação...” (Moore, *apud* Pires, 2011, p. 271-272). Portanto, o estudo desses dois métodos é muito importante para que as partes sejam orientadas da melhor maneira a escolherem o procedimento mais adequado na solução pacífica do conflito. A seguir, trataremos da inserção desses institutos no novo Código de Processo Civil.

2. O PROJETO DE LEI 8.046/2010 E A INSERÇÃO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO

O Projeto de Lei nº 8.046/2010 reconhece a mediação/conciliação como meios complementares no tratamento de conflitos. Mais do que isso, passa elas “a serem elementos fundamentais e, utilizando-se o termo do Projeto, preferenciais para a tarefa de resolver o conflito de forma autocompositiva” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 197).

Na leitura do Projeto de Lei 8.046/10 fica clara que quando da sua elaboração houve uma preocupação em evidenciar os métodos complementares de soluções de conflitos, em destaque a conciliação e a mediação, bem como seu incentivo e estímulo. Farinelli e Cambi (2011, p. 292) informam que, conforme o Projeto referido seja analisado, podemos verificar que ele foi feito para “tornar o processo mais célere, justo e próximo das necessidades sociais, bem como menos complexo”.

Para acrescentar, Luchiari (2011, p. 52) enfatiza que:

Dessa forma, apesar de não superadas totalmente as “ondas” anteriores preocupadas com a representação legal dos economicamente necessitados e com a efetividade de direitos de indivíduos e grupos, a “terceira onda” do acesso à justiça utiliza-se de suas técnicas e busca reformas, apontando para alterações no direito substantivo, nas formas de procedimento e na estrutura dos tribunais, com o uso de pessoas leigas e de mecanismos privados e informais de solução de litígios, visando atingir o escopo magno da jurisdição de pacificação social.

A atividade dos conciliadores e mediadores regulamentada legalmente no Projeto de Lei nº 8046/2010 está prevista no art. 166, *caput*, o qual estabelece que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos os quais são responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação/mediação e responsáveis também pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Assim, ao Tribunal cabe a incumbência de tratar das normas internas necessárias à instalação e funcionamento da conciliação/mediação como forma de solução alternativa de conflito.

Farinelli e Cambi (2011, p. 294-295) entendem a importância da criação de programas, a qual estimula o Poder Judiciário a implementar essas práticas objetivando a solução de conflito pela conciliação ou mediação. Por exemplo, a “Justiça Comunitária”, no Distrito federal, as “Casas de Cidadania” e “Núcleos de conciliação”, em Santa Catarina, e as “Justiças ou Juizados Itinerantes” que existem pelo país todo.

O artigo 166, § 3º do PL entende que o conciliador atuará de preferência “nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”. E no § 4º, diz quanto a mediação, diz que o mediador, atuará de preferência em situações em “que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

Portanto, o PL diferencia a conciliação da mediação quanto ao caso em que serão aplicadas, pois a mediação será, de preferência, aplicada nos casos em que houver relação, algum tipo de convívio entre as partes, anteriormente ao conflito e através desse método de solução, eles possibilitam voltar ao *status quo*, ou seja, restabelecer suas relações e alcançar resultados mais benéficos para ambas às partes.

Diferentemente, a conciliação pode ser utilizada preferentemente em situações em que não houve vínculo anterior ao conflito. O conciliador pode sugerir soluções possíveis ao litígio, porém, não pode fazer a parte sofrer qualquer tipo de constrangimento ou intimidação nesse momento.

Importante referir as diferenciações acima, pois auxiliam na divulgação dos dois institutos além de determinar o papel desempenhado por mediadores e conciliadores servindo também para enfatizar a quais conflitos são aplicadas e quais as técnicas mais adequadas no tratamento de cada uma delas (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 98).

2.1 PRINCÍPIOS ÉTICOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DOS CONCILIADORES/MEDIADORES

No artigo 167, e parágrafos do PL está elencado o rol dos princípios formadores dos institutos da conciliação e da mediação, quais sejam: da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, os quais serão abordados no decorrer deste capítulo.

Oportuno frisar que a independência dos conciliadores/mediadores diverge da independência dos magistrados. Esses, por sua vez, ao proferir suas decisões decidem de acordo com suas próprias convicções e valores. No entanto, os conciliadores/mediadores, apesar de não decidirem, nem sequer podem influenciar as partes com base nos seus costumes e valores, porém são dotados de autonomia e liberdade tendo em vista a realização da sessão em conformidade com seus conhecimentos e práticas, tanto quanto aos resultados, quanto à condição do procedimento (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 92).

Spengler e Spengler Neto (2013, p. 93) sugerem que o mediador/conciliador deve ser o espaço intermediário, ou seja, um terceiro espaço chamado de ética do espaço. É um campo claro que ele deve ser ele mesmo, ou seja, um mediador/conciliador.

O PL 8.046/2010 trouxe a confidencialidade como princípio da mediação/conciliação. Nenhuma ressalva foi feita nem mesmo estabeleceu alguma regra especial para os conflitos que envolvem entes públicos. De acordo com o artigo 167 do PL, § 1.º, a “confidencialidade estende-se a todas as informações

produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”. Souza (2013, p. 247) entende que essas duas omissões do texto do projeto “certamente trarão, caso o texto venha a ser aprovado desta maneira, incontáveis dificuldades na aplicação da confidencialidade, por um lado, e enorme resistência para utilização da mediação nos processos envolvendo entes públicos, por outro”.

Acrescenta-se que é de extrema significância a confidencialidade das informações na mediação/conciliação, pois possibilita maior confiança dos conflitantes com o mediador/conciliador tendo em vista que tudo que eles disserem na sessão não poderá influenciar a decisão. Assim, eles se sentem mais a vontade em se expressarem acerca do conflito Cabe ao mediador e ao conciliador o correto atendimento às expectativas prováveis das partes no que diz respeito à confidencialidade (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 95-96).

Em razão do dever de sigilo, conforme artigo 167, § 2.º, o conciliador/mediador, e seus membros de equipes, “não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”. Os profissionais tem dever de não revelar as informações que os envolvidos solicitaram que seja mantida em segredo. Em caso de autorização das partes ou quando requisitado por determinação legal ou outra política pública, esses profissionais podem revelar as informações (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 96).

Em relação ao referido princípio acima, Souza (2013, p. 255-256) sugere exceções, quais sejam:

a) autorização das partes; b) apuração da atuação profissional do mediador, num possível processo disciplinar; c) necessidade de assegurar a integridade do processo, ou seja, para fazer valer o acordo pelo qual se estipulou a utilização da mediação, para fazer cumprir o acordo resultante da mediação ou ainda para provar a validade do acordo referido; d) revelação de informações discutidas durante o processo de mediação que poderiam ser descobertas de outra forma; e) situações em que, durante o processo de mediação, alguma das partes revela ao mediador a intenção de praticar um crime; f) proteção da administração da justiça, isto é, para provar a suspeição de uma testemunha, para invalidar um esforço de obstruir investigação criminal ou caso o mediador tenha razões para crer que uma das partes fez afirmação falsa que constituiria perjúrio caso feita em juízo; g) situações em que houver ente público envolvido e em que, de acordo com o princípio da publicidade, que rege a atuação da Administração Pública, a confidencialidade não se aplica.

Conforme o artigo 167, § 3.º “a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição, não ofende o

dever de imparcialidade”. Um dos objetivos da mediação, ou seja, fazer com que as partes aprendam a administrar seus próprios conflitos de forma natural e construtiva, havendo total equilíbrio de poder. Esse equilíbrio é o dever de imparcialidade buscado, sendo a assimetria muito importante (SOUZA, 2013, p. 231).

No artigo 167, § 4º do PL, relata-se que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.” Este princípio, o da autonomia da vontade, pode ser em relação ao querer ou não querer participar ou não da conciliação/mediação, pois as pessoas têm o direito de escolher o procedimento eis que são suscitados pela lei e por operadores do Direito, porém, não são impostos. Podemos ter autonomia ainda da homologação ou não do acordo, pois as partes têm a opção de preferirem o melhor para elas mesmas (SPENGLER; SPENGLER NETO, p. 93).

Quanto ao assunto, Morais e Spengler (2012, p. 201) acreditam que a proposta do Projeto em questão estimula a mediação e a conciliação, mas não obrigam sua utilização. Assim, “tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo já ajuizada a ação judicial. Ou seja, tem-se por determinante a busca pela solução composta, sem torná-la obrigatória”.

Tal busca se dá porque sabemos que os problemas existem, as diferenças de opinião e as necessidades de cada parte são reais e o processo tem que ser bem administrado para que não se transforme em competição. O que podemos implementar é uma outra forma de solucionar esses conflitos. Em vez de se utilizar pressão e o poder, utiliza-se a criatividade como ferramenta, a flexibilidade como atitude e a comunicação sincera e genuína para se chegar ao melhor acordo (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 201).

Portanto, a vontade das partes “não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública”. Isso não significa dizer que as partes não tem obrigação nenhuma. Deveriam ter no sentido de que demonstrassem ao Juízo que tentaram, de algum meio, buscar a resolução consensual do conflito, por exemplo, através de e-mail, contatos de advogados e etc (PINHO, 2011, p. 227-229).

Percebemos que a preocupação do Projeto de Lei n 8.046/2010 ainda é com a mediação judicial, porém não veda a mediação prévia ou a extrajudicial. Assim, os interessados são livres para optar por ela. Prevalece ainda entre nós a regra do litígio, isto é, antes de resolver amigavelmente, com diálogo entre as partes, buscam

a jurisdição. Isso tudo faz crer que o primeiro contato é com a mediação seja na sua modalidade judicial, ou incidental (PINHO, 2011, p. 228).

Na mediação e na conciliação não importa o que as partes estão debatendo para o autoconvencimento do magistrado. Esse não é o objetivo de ambas. Por isso, a oralidade não deve ser imposta e sim sugerida, uma vez que irrelevante para o prosseguimento do feito (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 93).

Ambos os princípios, da oralidade e da informalidade, oportunizam as partes a debater o caso conflitante e têm por objetivo alcançar a melhor solução para elas. Um conflito pode se originar através de convivências diárias ou de interesses em comum, ligados a relações continuadas, como por exemplo: vizinhança, família, emprego etc.. Aqui, as partes levam ao Tribunal uma questão que originariamente pode ter advindo de outra, pois já havia relação anterior entre elas. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 94).

Souza (2013, p. 255) sugere que esse rol seja ampliado e deveriam ser chamados de diretrizes ou deveres éticos de mediadores e conciliadores. Devendo-se acrescentar então os princípios:

imparcialidade e independência; respeito à autonomia das partes; competência e diligência; dever de zelar pelo equilíbrio de poder entre as partes; dever de alertar as partes sobre a necessidade de perícia técnica ou assessoramento de terceiros; confidencialidade; transparência na condução do processo; dever de zelar pela viabilidade do cumprimento do acordo; dever de zelar pelos interesses de terceiros afetados.

Como já visto, a mediação e a conciliação coadunam com os mesmos princípios éticos no exercício de suas funções os quais foram tratados nesse capítulo. A seguir, serão abordados o papel, o cadastro, o registro, a escolha e a exclusão dos conciliadores e mediadores.

2.2 O PAPEL DOS CONCILIADORES/MEDIADORES, O CADASTRO, O REGISTRO, A ESCOLHA E A EXCLUSÃO

Os papéis dos conciliadores/ mediadores, encontrados no artigo 166, § 3º e § 4º, são diferenciados na medida em que aqueles poderão sugerir aos conflitantes soluções ao litígio, mas não poderão fazer qualquer tipo de constrangimento ou intimidação. Por sua vez, os mediadores auxiliarão as partes no entendimento das questões e dos interesses em conflito, tendo em vista o restabelecimento da

comunicação e a identificação das soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

As partes, o mediador/conciliador, o advogado, os serventuários, e o magistrado, todos em comuns esforços em busca de um acordo. Cada um na sua função, empregando suas técnicas que viabilizam a comunicação, reduzindo o tempo despendido e os gastos do processo. Ademais, possibilitam respeito às partes bem como a cooperação contínua tendo em vista o consenso e o cumprimento do acordado (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 96-97).

Consoante o artigo 168 *caput* do PL², “os tribunais manterão cadastro de conciliadores e mediadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação, que conterà o registro de todos os habilitados com indicação de sua área profissional”. Trata-se de um ordenamento administrativo com finalidade de manter sempre atualizados os quadros de conciliadores e mediadores dos Tribunais, tanto referente ao nome, quanto a qualificação (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 102).

Importante frisar que se os conciliadores e mediadores cadastrados conforme o *caput* do artigo referido acima forem advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções. Esse impedimento é um “divisor de águas quanto à complementação dos quadros dos tribunais, desses profissionais” (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 105).

O registro deverá conter “informações quanto a *performance* do profissional, indicando, por exemplo, o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade e a matéria sobre a qual versou o conflito. Esses dados serão publicados periodicamente e sistematizados para fins de estatística”. Pinho (2011, p. 228) diz ser digno de elogio esse artigo, pois ao mesmo tempo em que faz surgir um controle externo do que o mediador está fazendo bem como maior transparência do

² Artigo 168, § 1.º Preenchendo os requisitos exigidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada ou pelo próprio tribunal, conforme parâmetro curricular mínimo definido pelo Conselho Nacional de Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro do tribunal. § 2.º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciárias onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. § 3.º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes. Projeto de Lei 8.046/210, Disponível em <http://pauloteixeira13.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Substitutivo-ADOTADO-versao-FINAL.pdf>. Acesso em: 27 de jul. 2013.

seu trabalho, porém pode haver exageros, por exemplo, ranquear os mediadores pelos números de mediações feitas. Podem ocorrer casos em que melhor seria fazer uma mediação com nível de comprometimento entre as partes suficientes para manterem o acordo, e aquele que fez 10 mediações em um dia, não alcançar esse nível. Esse apego às estatísticas e a busca incessante aos resultados não condizem com a ideia de mediação.

A dúvida que se instaura é se o acompanhamento estatístico específico do trabalho do conciliador/mediador não vai trazer uma verdadeira “caça às bruxas” gerando realização de mediações e acordos satisfatórios em termos numéricos, porém de qualidade duvidosa. Infelizmente, assim como o trabalho dos magistrados, também aquele desenvolvido por conciliadores/mediadores será medido por números que não exprimem de maneira competente a qualidade e adequação do procedimento de conciliação e do acordo porventura nele gerado (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 187).

Nestes termos, podemos dizer que aferir números para a quantidade de sessões, de acordos realizados, é um risco desnecessário. Avaliar “a mediação e a conciliação bem como os profissionais que desenvolvem esse trabalho é cair na vala comum, na qual se encontra a quantidade sobrepondo-se à qualidade” (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 105).

Sugere Spengler e Spengler Neto (2013, p. 104) que o ideal seria a comediação, ou seja, unir os trabalhos de profissionais de duas áreas diferentes quando da resolução do conflito, em especial nas relações continuadas, pois nesses casos prevalece a manutenção dos laços afetivos. Assim, um advogado, em comediação com um psicólogo realizaria a mediação, o que poderia trazer melhores resultados.

O próximo passo é organizar “mapas”, como se faz com os magistrados, e usá-los como forma de medir competências. Numa área flexível e diferenciada como a mediação e a conciliação, avaliar resultados com números pode ser desastroso. Nem toda mediação/conciliação da qual o acordo resultou inexitoso é perda, uma vez que, especialmente no concernente à primeira, o objetivo principal é restabelecer/facilitar/fomentar a comunicação e não fazer acordos (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 105).

Desse modo, evitaria que mediadores e conciliadores ficassem mais preocupados com a quantidade do que com a qualidade, justamente situação em que os juízes se encontram. Quando um mediador/conciliador se preocupar mais com resultados numéricos, significa que o acordo pode estar sendo forçado o que desconfigura os institutos exarados na sua essência, e ao invés de encontrarmos

uma solução, estará sendo gerado um problema muito grave (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 105).

Conforme artigo 168, § 4.º o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes serão classificados sistematicamente pelo tribunal. Este os publicará pelo menos uma vez ao ano para que a população conheça e também para fins estatísticos e de avaliação dos institutos da mediação e da conciliação, das câmaras privadas e dos próprios profissionais.

Em comum acordo, o conciliador, o mediador, e a câmara privada de conciliação e de mediação podem ser escolhidos pelas partes, conforme artigo 169, § 1.º do PL. Os primeiros podem ou não estarem cadastrado junto ao tribunal. Pinho (2011, p. 225) acrescenta que, além de optarem voluntariamente pela mediação e esta opção deva ser de boa-fé, bem como todo o processo, devem a partes escolherem de comum acordo o terceiro imparcial e que este seja confiável e apto para a função.

Porém, no caso de não haver acordo desses profissionais, o § 2.º do mesmo artigo diz que haverá distribuição somente entre aqueles que estão com cadastro no registro do tribunal, observada a respectiva formação. Se for o caso de distribuição, Souza (2013, p. 256) sugere que as mesmas causas de suspeição e impedimento que se aplicam a magistrados poderão ser arguidas pelas partes, com relação a mediadores e conciliadores, devendo ser realizada nova distribuição caso estas sejam arguidas por pelo menos uma das partes.

No exame do artigo 174, I, II e III do PL, percebe-se que o mediador ou conciliador poderá ser excluído do cadastro se agir com dolo ou culpa, atuar mesmo estando impedido ou suspeito. Spengler e Spengler Neto (2013, p. 106) referem que esta exclusão é uma forma de sanção, no entanto, para que seja excluído depende da configuração de algumas situações citadas acima, bem como a observância de procedimento administrativo. Nesse caso, devem ser respeitados a ampla defesa e o contraditório.

Souza (2013, p. 257) ainda sugere que deva ser complementado o PL no que se refere à participação efetiva de entes públicos nos procedimentos de solução consensual de conflitos. Assim prevê que haveria uma estimulação a participação, caso:

a) todo ente público que seja parte em processo judicial tem o dever de analisar a possibilidade de transação sempre que houver incerteza fática ou jurídica relevante que torne viável o acerto pacífico do conflito, ainda que inexistam parâmetros normativos específicos para a realização de acordos; b) em caso de conflito envolvendo ente público, deverá ser assegurado ao Poder Público prazo para manifestação de órgãos técnicos e de outros órgãos que sejam competentes para autorizar a celebração de acordo em juízo, respeitados os parâmetros normativos aplicáveis e o princípio da isonomia. Assim, a décima e última sugestão é de que seja acrescentado parágrafo único ao artigo 153 com tais previsões.

Cabe referir também sobre a remuneração dos conciliadores e mediadores, antes, somente na forma não remunerada, agora ganhou espaço um novo debate: a remuneração propriamente dita. O projeto em questão prevê no artigo 170 que serão aqueles remunerados, e deixa a cargo dos tribunais sua regulamentação, segundo parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Enfatiza Luchiani (2011, p. 54-55) que a remuneração é devida, pois é uma forma de motivação em exercer o ofício da profissão e aprimoramento das atividades.

Da mesma forma, os critérios de seleção e manutenção do profissional junto aos quadros de mediadores/conciliadores dos tribunais também poderiam se tornar mais exigentes vez que existindo remuneração a contrapartida invariavelmente é a prestação laborativa adequada e competente (MORAIS e SPENGLER, 2012, p. 210).

Dessa forma, se evitaria o voluntariado e se atrairia profissionais habilitados e mais treinados para desempenhar a função. Criar-se-ia exigências inerentes à profissão, tais como a formação adequada e a atualização do conhecimento e das técnicas. Com isso, poderiam se tornar mais exigentes os critérios de seleção e manutenção do profissional junto aos quadros de mediadores/conciliadores dos tribunais tendo em vista que obtendo remuneração se ganha, em contrapartida a prestação laborativa adequada e competente (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2013, p. 107).

Corroboram Moraes e Spengler (2012, p. 206-207) sobre a formação dos profissionais da área jurídica os quais são criados com mentalidade bélica. “Esses profissionais precisarão de uma reciclagem completa, para não impor acordos, para não orientar os conflitos, para não informar a eles os resultados de demandas judiciais semelhantes as suas”. Seria então, uma mudança de cultura necessária ao mediador/conciliador com formação jurídica.

Pois bem, o que ainda podemos perceber é que a regra do litígio permanece. Todos pensam em recorrer sempre ao judiciário, de forma automática. Isto é,

buscam a jurisdição para resolução do conflito, sem ao menos tentarem o diálogo com a outra parte ou tentarem a solução através de um meio alternativo. Porém, temos esperança no sentido de que, em decorrência do passar dos anos a sociedade amadureça a ponto de incorporar um papel mais ativo na procura de soluções e no gerenciamento dos conflitos (PINHO, 2012, p. 26).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando inseridas no PL 8.046/2010, a mediação e a conciliação, ganharam respaldo legal trazendo maiores garantias às partes que buscam os meios complementares de acesso à Justiça para dirimir seus conflitos. Além disso, almejam maior eficácia e efetividade na prestação jurisdicional.

Seus princípios norteadores são relevantes na medida em que oferecem certa informalidade e por que não dizer, desburocratização a esses métodos complementares. Tendo em vista que são institutos diferenciados, também coadunam com várias semelhanças. Entre delas, estão os princípios que as norteiam.

Quanto ao papel do conciliador e do mediador, estes têm específicas funções. O primeiro dentre outros encargos está o de sugerir e de orientar as partes. E o segundo tem papel de aproximar as partes e estimular o diálogo para que cheguem à composição do conflito. Ele não pode sugerir propostas e aconselhar as partes na condução do processo. Assim, esses dois profissionais partilham de uma mesma prerrogativa, não podem impor acordos ou decisões, pois somente os conflitantes podem decidir se querem ou não aceitar o que foi proposto.

Através da diferenciação desses institutos acolhidos no Projeto de Lei nº 8.048/2010, podemos verificar quais os mecanismos mais adequados na resolução da controvérsia. Ou seja, dependendo do tipo de conflito, podemos escolher qual meio utilizar. Assim, para relações ditas continuadas – isto é, aquelas em que as partes já se conhecem, anteriormente ao conflito em questão – por exemplo, relações de parentesco, relações conjugais e de amizade, preferencialmente o PL direciona para o uso da mediação. Em relações esporádicas as quais não perduram no tempo, no caso de conflitos que envolvem relações de consumo, entre outros, o PL orienta para o uso da conciliação.

Tratou-se no artigo também sobre o cadastro, o registro, a escolha e a exclusão de conciliadores e mediadores no exercício de suas funções. Podemos concluir então que o regulamento legal da mediação e da conciliação é uma preocupação dos estudiosos do direito, pois são métodos de tratamento de conflitos autônomos que têm como objetivo buscar o modo mais adequado de resolver a controvérsia, possibilitando um maior acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. **Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos** In: Grinover, Ada Pellegrini (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução Na Prestação Jurisdicional: Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação**, São Paulo: Atlas, 2008.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução**. CNJ 125/2010. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

FABRETTI, Daniel. **Conciliação e Mediação em Juízo**. In: Grinover, Ada Pellegrini (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução Na Prestação Jurisdicional: Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação**, São Paulo : Atlas, 2008.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil** (PLS 166/2010). Revista de Processo, São Paulo , v. 36, n. 194, p. 277-305, abr. 2011.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **O anteprojeto de Código de Processo Civil, a conciliação e a mediação**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: n. 71, p. 52-57, maio/jun. 2011.

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

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O novo CPC e a mediação: Reflexões e ponderações**. In: DANTAS, Bruno (Org.). Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 48, n. 190, abr./jun., 2011.

PINHO, H. D. B.; PAUMGARTTEN, M.. **O Acesso à Justiça e o Uso da Mediação na Resolução dos Conflitos Submetidos ao Poder Judiciário**. Revista Unieducar: educação sem distância [recurso eletrônico], 2012. Disponível em: www.unieducar.org.br. Acesso em: 16 de jul. 2013.

PIRES, Amom Albernaz. Moore, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** In: AZEVEDO, André Gomma de. (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PROJETO DE LEI 8.046/2010. Disponível em <http://pauloteixeira13.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Substitutivo-ADOTADO-versao-FINAL.pdf>. Acesso em: 27 de jul. 2013.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil.** In: SPENGLER, F. M., BEDIN, G. A. (Org) Acesso à justiça, direitos humanos & mediação [recurso eletrônico]. Curitiba: Multideia, 2013.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T.. **A Mediação e a Conciliação Propostas pelo Projeto 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro - CPC) como Mecanismos Eficazes de Tratamento de Conflitos.** In: Fabiana Marion Spengler; Humberto Dalla Bernardina de Pinho. (Org.). Acesso à Justiça, Jurisdição (In)eficaz e Mediação. 1ed.Curitiba: Multideia, 2013.