
LIMITAÇÕES PARA UMA ATUAÇÃO TRANSDISCIPLINAR NA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL E NO BRASIL

*LIMITATIONS FOR A TRANSDISCIPLINARY ACTION IN MEDIATION IN PORTUGAL
AND BRAZIL*

Jamile Gonçalves SERRA AZUL ¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2022.1412

RESUMO

O alto índice de litigiosidade e a crença de que compete apenas ao Estado a solução dos conflitos jurídicos vem cada vez mais sendo superada pelo sistema de justiça brasileiro e português que vêm adotando e estimulando o uso dos meios adequados de tratamento de conflito. No presente trabalho, apreciamos a chamada mediação, um dos meios adequados de resolução de conflitos, recentemente regulamentado nas legislações de regência dos dois países e cuja importância ímpar merece ser difundida em razão dos seus inúmeros benefícios, a exemplo do restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, da realização da justiça, da pacificação social e do resgate da dignidade dos indivíduos, sem prejuízo da celeridade processual, da redução de custos, da ausência de formalismo e rigidez de tramitação e do próprio crescimento das economias. Promovemos, em sede de direito comparado, um breve diálogo entre alguns aspectos dos regimes jurídicos atualmente vigentes nos dois lados do Atlântico, realçando as suas similitudes e diferenças e destacando os seus aspectos positivos e negativos, identificados na aplicação prática de tal mecanismo. Analisamos o fato de em ambas legislações não se exigir a formação jurídica para exercer a função de mediador e como isto apesar de muito enriquecedor, considerando o caráter transversal dos conflitos, ao mesmo tempo pode ser temeroso ao possibilitar a constituição de um título executivo extrajudicial “contra legem”. Por derradeiro, ofertamos algumas ousadas propostas como a de que os títulos executivos constituídos por mediadores sem formação jurídica, com partes desacompanhadas de advogados e Defensores Públicos, devam passar, necessariamente, por homologação judicial e que para o mediador realizar abordagens oriundas de uma seara diversa da do direito sejam observados os mesmos requisitos para que um profissional possa ser habilitado como perito em um processo, assegurando segurança jurídica para todos os envolvidos.

¹ Doutoranda em Processo Civil pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Graduada em direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Foi Defensora Pública no Estado do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2851115564654221>

Palavras-Chave: Resolução adequada de conflitos; transdisciplinaridade; mediação e perícia.

ABSTRACT

The high rate of litigation and the belief that the State alone is responsible for solving legal conflicts has been increasingly overcome by the Brazilian and Portuguese justice systems, which have been adopting and encouraging the use of adequate means of conflict treatment. In the present work, we appreciate the so-called mediation, one of the adequate means of conflict resolution, recently regulated in the governing laws of both countries and whose unique importance deserves to be disseminated due to its numerous benefits, such as the reestablishment of communication between the parties involved, the realization of justice, social pacification and the rescue of the dignity of individuals, without prejudice to procedural speed, cost reduction, absence of formalism and rigidity of procedure and the very growth of economies. We promote, in terms of comparative law, a brief dialogue between some aspects of the legal regimes currently in force on both sides of the Atlantic, highlighting their similarities and differences and highlighting their positive and negative aspects, identified in the practical application of such a mechanism. We analyzed the fact that, in both legislations, legal training is not required to perform the function of mediator and how this, despite being very enriching, considering the transversal character of conflicts, at the same time can be fearful in allowing the constitution of an extrajudicial executive title "against legume". Finally, we offer some bold proposals such as that the executive titles constituted by mediators without legal training, with parties unaccompanied by lawyers and Public Defenders, must necessarily go through judicial approval and that for the mediator to carry out approaches from a different field of law, the same requirements are observed so that a professional can be qualified as an expert in a process, ensuring legal certainty for all those involved.

Keywords: Proper conflict resolution; transdisciplinarity; mediation and expertise.

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo a justiça era tema restrito à esfera privada, posteriormente o Estado passou a monopolizá-la por meio, especialmente, da instituição do Poder Judiciário. Entretanto, o aumento da desigualdade social e, conseqüentemente, a necessidade de ter acesso a direitos fundamentais como a saúde, moradia fizeram com que, no Brasil, em 2019 estivessem tramitando 78,7 milhões processos, conforme dados do CNJ (2019) e em Portugal, em 2020, somente 40% das ações propostas tivessem sido concluídas, tendo uma taxa de congestionamento de 151, 5%.²

A alta demanda de processos gera, por consequência, uma tramitação mais lenta do litígio, que muitas vezes tem o conflito aprofundado com a prolatação da sentença ou acórdão, o que seria, em tese, o ato que finalizaria a demanda judicial. Assim, tornou-se evidente a necessidade de todo o Sistema de Justiça adotar outras formas de lidar com os conflitos.

² Disponível em :
[https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+congest%C3%A3o+nos+tribunais+\(percentagem\)-631](https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+congest%C3%A3o+nos+tribunais+(percentagem)-631) (07.01.2022)

Neste sentido ambos países passaram a estimular a utilização de diversas abordagens extrajudiciais nos tratamentos do conflito, a exemplo, do Conselho Nacional de Justiça, que por meio da Resolução nº 125/2010 criou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e em Portugal pode-se destacar desde o artigo 202º, número 4 da sua Constituição, além de leis específicas a n.º 29/2013, que trata de mediação entre outras, demonstrando a necessidade de se utilizar novas abordagens de tratamento de conflito.

A mediação, assim, apresenta-se como uma abordagem capaz de lidar tanto com a crise da justiça, remetendo para problemas de quantidade e morosidade dos processos judiciais quanto com a qualidade da justiça, ou seja, pode possibilitar que as soluções dos conflitos sejam de fato legítimas para as partes envolvidas, na medida em que estas têm posturas mais ativas e portanto podem escolher qual decisão verdadeiramente irá atender aos seus anseios.

Por outro lado, a mediação, assim como outras abordagens extrajudiciais a exemplo da justiça restaurativa, Direito sistêmico, não exige formação jurídica para o terceiro intermediador do conflito que deve ter formação específica no método que irá aplicar, mas não necessariamente precisa ter conhecimento das leis e ordem jurídica, tendo em vista a natureza transdisciplinar do litígio.

Assim, este trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura de autores como Mariana França Gouveira, Castanheira Neves, Edgar Morin, entre outros, busca tecer considerações acerca da necessidade de se estabelecer limites de atuação para os profissionais não formados em direito que atuem como facilitador de conflitos no âmbito do sistema de justiça, a fim de evitar acordos e posturas ilegais.

Para tanto este trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo aborda-se os aspectos gerais da mediação e nos seus subcapítulos expõe considerações acerca da mediação em Portugal e no Brasil e a legislação comparada de ambos países. No segundo capítulo são tecidas considerações acerca do caráter transdisciplinar da mediação e do conflito e nos subcapítulos são expostas características que se espera do mediador e os limites de uma atuação transdisciplinar. Por fim, no terceiro capítulo, apresenta-se uma sugestão de protocolo a ser observado para que um profissional não formado em direito possa atuar como mediador de conflitos jurídicos.

2 ASPECTOS GERAIS DA MEDIAÇÃO

Inicialmente conhecida como método ou meio para resolução alternativa de controvérsias (ADR)³, ao lado da conciliação, a mediação passou a ser denominada resolução adequada de disputas (RAD), porque pode ser aplicada judicial ou extrajudicialmente, quando as partes estão em busca de uma solução para seus problemas e aceitam a intervenção de uma terceira pessoa, a partir do uso de conhecimento interdisciplinar e do método dialogal.

João Chumbinho menciona outras denominações para estas alternativas extrajudiciais, tais como “informalização da justiça”, “deslegalização” ou “justiça comunitária” (2007, pág. 45) . Existem ainda autores⁴ que chamam de “justiça de proximidade”.

A mediação de conflitos constitui uma forma de resolução de conflitos com legitimidade legal em que as partes, por sua livre vontade e por meio de uma participação ativa, são auxiliadas por um mediador a encontrar uma solução negociada e amigável para o seu problema ou conflito (CAMPOS, 2008, p. 176).

Em Portugal um importante marco na política de tratamento de conflito foi a entrada da mediação no Código de Processo Civil, por via da Lei n.º 29/2013, de 29 de Junho, que transpôs parcialmente a Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

HAYNES, explica o seguinte acerca da mediação:

A palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre os conflitantes, não sobre, mas entre eles. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes de uma solução conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito (1993, p. 11).

³ Sobre o surgimento do movimento “Alternative Dispute Resolution”, veja-se CÁTIA MARQUES CEBOLA, La mediación, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 32-40

⁴ Cfr., MARIA M. ALMEIDA, Os Julgados de Paz, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2010, pág.24 e TEIXEIRA SOUSA, A competência dos Julgados de Paz: a alternativa consensual, Cadernos de Direito Privado, nº22 de Abril/Junho, 2008, pág.58.

A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Este é um breve conceito que se coaduna tanto com a definição dada pela lei 29/2013 que regulamenta a mediação em Portugal, quanto com o conceito dado pela lei 13.140/2015 (art. 1º, parágrafo único) que trata da abordagem no Brasil.

É importante mencionar que muitas discussões pulsam na doutrina acerca da mediação ser meramente facilitadora ou também interventora. Na mediação facilitadora a intervenção do mediador é mínima possível e o objetivo maior é a abertura de diálogo entre as pessoas. No modelo interventor o mediador tem uma postura mais ativa além do restabelecimento do diálogo ele adentra o mérito da questão, sendo que a principal discórdia está na possibilidade do mediador apresentar proposta de acordo (GOUVEIA, 2014, p.49).

Na mediação interventora Campos distingue dois tipos polares: mediação ativa e mediação passiva. No primeiro caso, o mediador tem uma intervenção ativa, isto é, desenvolve um plano de atuação estratégico e tático congruente com uma intervenção que se permite fazer sugestões e mesmo propor soluções para o problema em discussão. No segundo caso, o mediador limita a sua intervenção à facilitação da comunicação, deixando as partes negociar com base na sua capacidade de desenvolver e construir soluções adequadas ao seu problema (2008, p.178).

Também há divergências se o mediador deve ter conhecimento do processo (do conteúdo em litígio) e preparação prévia (anterior à primeira sessão de mediação): uma postura que valorize mais o comportamento do que o litígio, pode prescindir do prévio conhecimento e preparação do processo; num modelo mais interventivo as fases preparatórias adquirem relevância. Discute-se também o nível de profundidade da mediação: a) mais superficial, ou seja, uma mediação de conflitos mais orientada para a conciliação de posições; e b) mais profunda, ou seja, uma mediação de conflitos mais orientada para a satisfação de interesses aderência voluntária (ou não) das partes à mediação, pois há quem entenda que a ausência de voluntariedade compromete a abordagem. (CAMPOS, 2008, p. 178-179)

A professora Mariana Gouveia afirma que a legislação portuguesa adotou o modelo de mediação não interventiva o que se depreende da leitura do art. 26º, b, da Lei de mediação que determina que o mediador se abstenha de impor qualquer acordo aos mediados (2014, p.49).

É salutar distinguir também o modelo anglo saxão de mediação do modelo latino, que apesar de serem vários, a partir do contexto cultural, jurídico de cada país, pode-se utilizar como referência, para fins de distinção, o utilizado nos Estados Unidos (modelo anglo saxão) e França (modelo latino). Talvez a diferença mais notável referente aos sistemas de regulação social entre os Estados Unidos e a França seja a distinção entre os sistemas jurídicos dos países. De um lado, temos a França, representante do civil law, sistema jurídico caracterizado por uma forte tradição de direito escrito, com força do Estado, “lógica da honra”, enquanto do outro lado observamos os Estados Unidos, destacado integrante do common law, foco nas decisões da comunidade e tem decisões mais pragmáticas. O sistema francês é fundamentado em instrumentos de regulação centralizados, de funcionamento hierarquizado, usando uma concepção regular de direito. O sistema americano, por sua vez, seria mais descentralizado e contratual. De forma esquemática e superficial, seria possível afirmar que os franceses têm o culto à lei, enquanto os americanos teriam o da negociação, o que poderia explicar, em parte, o maior desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos do que na França (BONAFE-SCHIMITT, 2012, p. 201).

No que tange aos modelos teórico-práticos da mediação tem-se como de maior consenso entre os doutrinadores como sendo: o modelo satisfativo – da Escola de Harvard – centrado na satisfação das partes para obtenção do acordo, no qual tem destaque a obra de Fisher, Ury e Patton, *Getting to Yes*; o modelo transformativo – desenvolvido por Bush e Folger – do qual podemos destacar o texto “La Promesa de Mediacion” que tem como foco a transformação do sentido que as pessoas dão ao conflito, de modo a se constituir como possibilidade de crescimento; e o modelo circular-narrativo – criado por Sara Cobb e Marinés Suares – no qual se pode citar o livro arbitral competente “Mediación: condición de disputas, comunicacción y técnicas” que se fundamenta na comunicação e na causalidade circular, porém preocupado com os vínculos e a questão reflexiva entre as partes (VASCONCELOS, 2008).

O Brasil, por outro lado, apesar do seu regime jurídico ser civil law, importou para a mediação judicial, nos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o modelo de mediação anglo-saxão, especialmente desenvolvido nos Estados Unidos, mas com certas peculiaridades. Adota-se, por exemplo, a mediação em seu modelo tradicional, também chamado acordista, estruturada segundo o modelo americano da Escola de Harvard, focado na questão negocial com vista a

obtenção de um acordo; o segundo modelo, bastante usado em práticas comunitárias, é a mediação transformadora que tem por fim não a busca de um acordo, mas o restabelecimento de laços e afetos desfeitos e a ressignificação do conflito, enquanto oportunidade de transformação, como conclui Vasconcelos (2008, p. 73-88).

O sistema jurídico brasileiro também adota, em regra, o modelo do mediador facilitador, nos termos do artigo 165, §3º do Código de Processo Civil (CPC), aquele que não pode sugerir, decidir, opinar na decisão do conflito, administra o processo de mediação, mas não pode recomendar qualquer tipo de acordo.

É importante também fazer uma breve distinção entre conciliação e mediação, já que aquela também tem sido tema de discussões doutrinárias, no que diz respeito a sua definição. Para alguns autores, ‘conciliação’ e ‘mediação’ são sinônimos, outros, os consideram como métodos distintos. Doutrinadores que aderiram às suas distinções, adotaram os critérios de maior grau de intervenção do terceiro imparcial frente à autonomia das partes e o do tipo de conflito cabível a cada uma. Na conciliação se teria um maior grau de intervenção do terceiro imparcial e o princípio do pleno domínio do processo pelas partes é mitigado. O conciliador pode intervir com certo poder de decisão ao final do processo.

Joana Campos de Carvalho entende que, na conciliação, o terceiro imparcial auxilia as partes a encontrarem uma solução para o conflito, investido no poder posterior de decisão para propor soluções. O que a distingue da mediação, é que nesta, há observância do empowerment, ou seja, o pleno domínio do processo pelas partes, constituindo elemento essencial desse meio consensual, uma vez que atribui poderes absolutos de decisão às partes (2009).

O art. 165 do Código de Processo Civil brasileiro faz uma diferenciação entre mediadores e conciliadores judiciais. Segundo o CPC, o conciliador atua preferencialmente nas ações em que não há vínculo entre as partes e pode sugerir soluções (§2º). Já o mediador atua nas ações na quais as partes possuem vínculos, com objetivo de restabelecer o diálogo e permitir que elas proponham soluções para o caso (§3º). GOUVEIA define a conciliação em Portugal como sendo “ as diligências promovidas e conduzidas pelo juiz ou árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes.” (2014, p. 106).

É interessante destacar, para fins de fundamentação de tópico futuro deste trabalho, que o Enunciado n. 56 do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (FONAMEC) entende que “Ao conciliador não se

aplicam as exigências previstas no art. 11 da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015)”; com a seguinte justificativa: “Considerando a natureza predominantemente objetiva dos conflitos sujeitos à conciliação, não se aplica ao conciliador a exigência da graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior prevista no artigo 11 da Lei de Mediação”, deixando evidente a pouca preocupação com a formação jurídica ou de qualquer nível superior do terceiro que atuará como facilitador do conflito em detrimento de uma maior preocupação com a transdisciplinaridade e formação adequada nas técnicas de conciliação e mediação.

2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MEDIAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Em Portugal os meios adequados de resolução de litígios, nos quais incluímos a mediação, têm legitimação constitucional no artigo 202º, número 4. Contudo, como já dito, a mediação é regulamentada especificamente pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, mas antes desta a regulação ocorria por meio da Diretiva 2008/52/CE evidenciando que a mediação evoluiu a partir do incentivo de uma política comunitária, fomentada por estruturas supranacionais da União Europeia (Conselho e Parlamento Europeu), para só após ser fomentada pelo Estado. Outra peculiaridade do sistema português é que antes de ter sua legislação interna acerca da mediação, Portugal já utilizava esta abordagem em áreas específicas como os sistemas de mediação laboral (Protocolo de 2006), penal (Lei n.º 21/2007), familiar, comercial e civil nos julgados de paz (Portaria n.º 283/2018).

Além destes, a mediação mesmo antes da sua lei específica, também fora mencionada em outros dispositivos legais. O Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de Maio, por exemplo, criou o sistema de registro voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, incluindo entre estes serviços de mediação. Este diploma foi complementado pela Portaria n.º 328/2000, de 9 de Junho, que aprovou o Regulamento do registro das entidades que pretendam instituir procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo através de serviços de mediação, de comissões de resolução de conflitos ou de provedores de cliente. Apesar de os diplomas ainda se encontrarem em vigor, não parece que tenham tido aplicação prática expressiva, pelo menos

no que respeita a serviços de mediação, não existindo qualquer referência específica a estas entidades no sítio da Direção-Geral do Consumidor.

A Lei n.º 133/99, de 28 de Agosto, aditou ao Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, o artigo 147.º-D, que estabelece que, em matéria tutelar cível, “em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício do poder paternal, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação” e que “o juiz homologa o acordo obtido por via de mediação se este satisfizer o interesse do menor”.

O Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, também veio prever a organização pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) de um sistema de mediação de litígios (artigo 33.º). O artigo 34.º foi a primeira norma do ordenamento jurídico português a regular aspectos específicos do processo de mediação, embora circunscritos ao domínio dos valores mobiliários. Depois de estabelecer, no seu n.º 1, que os procedimentos devem obedecer a princípios imparcialidade, celeridade e gratuidade, assegurou-se a confidencialidade do processo (n.º 3), não podendo ser utilizada em qualquer outro processo a informação obtida por essa via. Este princípio, assim, pode-se dizer que foram os principais antecedentes dos princípios constantes no art. 1.º da lei n.º 29/2013. Ainda, a referida norma esclarece que “o mediador pode tentar a conciliação ou propor às partes a solução que lhe pareça mais adequada” (n.º 4) e que “o acordo resultante da mediação, quando escrito, tem a natureza de transação extrajudicial” (n.º 5).

Segundo GOUVEIA (2014, p. 30), contudo, é a partir de 2001 “[...]que o mundo da mediação se desenvolve, através de mediadores devidamente formados e credenciados”, com a criação dos julgados de paz pela Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho. Nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, do referido diploma:

os procedimentos [...] estão concebidos e são orientados por princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual”, para os quais em muito pode contribuir o serviço de mediação que deve ser disponibilizado em cada julgado de paz (artigo 16.º). Os artigos 30.º a 36.º ocupam-se especificamente dos mediadores, enquanto os artigos 49.º a 56.º

É salutar mencionar o avanço inserido pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, que criou um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. O artigo 16.º da Lei n.º 38/2009, de 20 de julho, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio de 2009-2011, dispôs, que, estando em causa alguns crimes menos graves, o Ministério Público deve, entre outros aspectos, privilegiar a mediação penal, cabendo ainda aos órgãos de polícia criminal assegurar o esclarecimento dos arguidos e dos ofendidos dos termos em que a remessa para mediação penal pode ter lugar.

Além disso, a Lei n.º 34/2004, de 29 de junho, incluía a mediação no âmbito da modalidade de proteção jurídica de consulta jurídica (artigo 14.º, n.º 2), apesar da mediação ter características bem distintas da simples consulta. A Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, que introduziu alterações no diploma referido deslocou a proteção jurídica conferida no âmbito de estruturas de resolução alternativa de litígios para a modalidade de apoio judiciário (artigo 17.º, n.º 1).

No âmbito do regime dos serviços públicos essenciais a mediação também foi inserida como meio de resolução extrajudicial de litígios. O artigo 15.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, aditado pela Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, e que tem atualmente a redação da Lei n.º 6/2011, de 10 de Março, estabelece que, “quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos suspende-se no seu decurso o prazo para a propositura da acção judicial ou da injunção”.

A mediação familiar foi regulada pelo Despacho n.º 18 778/2007, do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça, de 13 de julho, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 22 de agosto de 2007. A Portaria n.º 282/2010, de 25 de maio, aprovou o regulamento do procedimento de seleção de mediadores de conflitos habilitados para prestar serviços de mediação no âmbito do sistema de mediação familiar. Como resultado disso, a mediação entrou na letra do Código Civil por via da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que alterou o regime jurídico do divórcio. O artigo 1774.º estabelece que, “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar”.

Em que pese as controvérsias sobre o tema, entende-se que o passo mais importante no que diz respeito à consagração legal da mediação

em Portugal foi dado pelo artigo 79.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, que aprovou o regime jurídico do processo de inventário e alterou os artigos 249.º-A a 249.º-C 14 e 279.º-A do Código de Processo Civil, assim transpondo parcialmente a já referida Diretiva 2008/52/CE. O artigo 249.º-A do Código de Processo Civil estabelece que “as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios”, determinando que “a utilização dos sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador”, prazos que se retomam “a partir do momento em que uma das partes recuse submeter — se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação”.

O artigo 249.º-B estabelece que o acordo obtido em mediação pode ser homologado por um juiz. Já o artigo 249.º-C estatui que, o “[..]o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal salvo em caso de circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”. Igualmente importante, o novo artigo 279 também dispõe que, “em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa”.

Por fim, tem-se o Decreto-Lei n.º 15/2011, de 25 de Janeiro, que introduziu alterações ao Estatuto do Notariado e ao Estatuto da Ordem dos Notários, no sentido de permitir aos notários intervir em processos de mediação — artigo 4.º, n.º 2, alínea m), do Estatuto do Notariado — e de acrescentar às atribuições da Ordem dos Notários a constituição de um centro de mediação e arbitragem — artigo 3.º, n.º 1, alínea r), do Estatuto da Ordem dos Notários.

A lei 29/2013, por sua vez, já no seu art. 1.º, deixou claro o propósito de estabelecer as normas aplicáveis em quatro setores fundamentais: (1) princípios gerais da mediação; (2) mediação civil e comercial; (3) estatuto jurídico dos mediadores; e (4) sistemas públicos de mediação, unindo em um único documento vários aspetos implicados na resolução de conflitos por mediação, alguns dos quais já regulamentados em Portugal, ainda que em diplomas dispersos.

Acresce que, a nova legislação deixa de ser dirigida apenas aos sistemas públicos de mediação, regulamentando-se também a designada mediação privada. Efetivamente, no ordenamento jurídico português e de forma inovadora face ao panorama europeu, foram sendo criados serviços públicos de mediação geridos por entidades públicas, responsáveis pela recepção e tratamento dos pedidos de mediação no âmbito da competência material do sistema, bem como, pela elaboração de listas de mediadores habilitados a prestar serviços nos mesmos e fiscalização da sua atividade.

Estes sistemas contrapõem-se, assim, à designada mediação privada ou ad-hoc que consistiria na contratação pelas partes de um mediador para a resolução do seu conflito concreto, que exerce a sua atividade profissional a título individual desvinculado de qualquer sistema. Atualmente, em Portugal, existem três sistemas públicos nas áreas da mediação familiar, laboral e penal, e um sistema de mediação a funcionar no âmbito dos Julgados de Paz. Subjacente a esta diferenciação não estará uma lógica concorrencial, mas antes uma diversificação de serviços com o objetivo de aumentar as possibilidades de recurso à mediação por qualquer cidadão considerando a variedade de temas que podem ser abarcados e abrangidos por esta abordagem.

2.2 A MEDIAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A primeira proposta de regulamentação da mediação no Brasil surgiu com o Projeto de Lei nº 4.827/1998, apresentado à Câmara dos Deputados pela Deputada Federal Zulaiê Cobra, objetivando institucionalizá-la como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Registre-se que o referido Projeto foi apresentado em 10.11.88, ou seja, praticamente um mês após a promulgação da Constituição da República, ocorrida em 05.11.1988 (CABRAL, 2017).

Com a aprovação pela Câmara dos Deputados, o Projeto foi enviado ao Senado Federal, onde sofreu fusão com o Projeto de Lei de uma comissão específica criada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover. O Projeto Substitutivo (PLC 94/2002) foi apresentado pelo Senador Pedro Simon, tendo o plenário do Senado Federal confirmado o texto substitutivo oriundo da Comissão de Constituição e Justiça, em 11.07.2006 (CABRAL, 2017).

Não obstante, foi apresentado no Senado Federal o PLS 517/11, de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço, do Espírito Santo, objetivando regular de modo abrangente a mediação, o que terminou por suprir a lacuna existente em nossa legislação. O Projeto, depois de ser consolidado pelas propostas apresentadas pela Comissão de Juristas instituída pelo Ministério da Justiça e presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luiz Felipe Salomão, teve o texto aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 7169/2014. Após a apresentação e análise de Emendas, o texto foi aprovado pela Comissão de Constituição e de Justiça e de Cidadania da Câmara em 07.04.2015, e retornou ao Senado para a votação final do marco legal da mediação. O texto foi colocado em pauta do Plenário do Senado em caráter de urgência e aprovado no dia 02.06.2015, seguindo, depois, para a sanção Presidencial, dando origem a lei 13.140/15.

Merece destaque que a conciliação e a arbitragem, ao contrário da mediação, já possuíam previsão legal no Código de Processo Civil de 1973 e em algumas legislações especiais, de modo que o reconhecimento e a inclusão da mediação como método adequado de resolução de disputas no CPC de 2015 se mostrou atual e importante para complementar o conjunto de instrumentos aptos a atender ao jurisdicionado em seus conflitos.

Além do mais, a nova codificação processual estabeleceu como um de seus principais objetivos o incentivo à utilização dos métodos adequados de solução consensual de controvérsias, conforme se vê do artigo 3º, § 3º, inserido no capítulo inicial que trata das normas fundamentais do processo civil, não limitando a utilização de novas abordagens não expressamente constantes neste diploma legal.

O CPC/2015 menciona a conciliação, a mediação e a arbitragem em diversas passagens, deixando clara a intenção do legislador de fomentar a utilização de variados métodos de resolução de controvérsias. Além disso, o novo Código trata dos mediadores e conciliadores judiciais, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça (art. 149), estando sujeitos, inclusive, aos motivos de impedimento e suspeição (art. 148, II).

Entretanto, como o Conselho Nacional de Justiça em seu Manual de Conciliação e Mediação afirma, os primeiros movimentos de inserção da mediação foram muito antes dos projetos de lei e se iniciaram a partir da década de 70, com as políticas de ampliação do acesso à Justiça. Nesse período, existia a aplicação da mediação comunitária e trabalhista, de maneira tímida, influenciada pelo movimento norte-americano.

Começou se a perceber a relevância da incorporação de técnicas e processos autocompositivos no sistema processual como meio de efetivamente realizar os interesses das partes de compor suas diferenças interpessoais como percebidas pelas próprias partes. Com isso, iniciou se uma nova fase de orientação da autocomposição à satisfação do usuário por meio de técnicas apropriadas, adequado ambiente para os debates e relação social entre mediador e partes que favoreça o entendimento (BRASIL, 2015).

A própria Constituição Federal no preâmbulo, incentiva e autoriza os mecanismos adequados de solução de controvérsias:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Depreende-se deste preâmbulo, que todos os Poderes da República são igualmente responsáveis pela harmonia social. Na sequência, o texto constitucional institui no art. 4º, inciso VII, a solução pacífica dos conflitos como um princípio que rege as suas relações internacionais. Os meios extrajudiciais podem ser inseridos entre os mecanismos legítimos de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil, na medida em que resolve a controvérsia de maneira adequada e, portanto, mais justa. Tratam-se, pois, de instrumentos capazes de solucionar conflitos de forma apropriada, de reduzir o número de processos judiciais e possibilita uma leitura contemporânea do acesso à justiça, em que os próprios envolvidos são protagonistas das suas escolhas.

O Conselho Nacional de Justiça também é um relevante fomentador na cultura de paz no Brasil, a exemplo do Projeto “Movimento pela Conciliação”, da Resolução nº 125/10 de 29.11.2010, posteriormente alterada pela Emenda nº 2 de 2016, que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, em que, dentre outras questões, estabelece a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria e a Portaria nº 16/2015 (CNJ, 2015) que potencializa as medidas de desjudicialização e compartilha com a sociedade o tratamento dos conflitos.

Por fim, é importante mencionar que desde o primeiro projeto de lei, a mediação nunca foi prevista ou almejada de ser realizada apenas por pessoas com formação em direito. Havendo, por outro lado, uma preocupação na formação destes profissionais como terceiros imparciais e pacificadores com conhecimentos muito além do jurídico.

2.3 COMPARATIVO DA LEI BRASILEIRA E LEI PORTUGUESA

Após uma breve apresentação da mediação em Portugal e Brasil, faz-se importante apresentar algumas semelhanças e diferenças da mediação em ambos os países. As normas de Brasil e Portugal colocam como princípios da mediação a voluntariedade, confidencialidade, igualdade das partes e imparcialidade do mediador. O princípio da voluntariedade é chamado na lei brasileira de autonomia da vontade das partes.

No que tange a voluntariedade é importante ressaltar que diferentemente da lei portuguesa a lei brasileira no art. 25 dispõe que na mediação judicial os mediadores não estão sujeitos a prévia aceitação das partes, sendo ressalvadas as hipóteses de impedimento e suspeição, o que se pode considerar uma certa mitigação ao princípio da voluntariedade. Por outro lado, na lei 029/2013, há menção que mesmo na mediação judicial as partes poderão ter acesso a uma lista de nome de mediadores para escolher, seguindo uma ordem prévia.

Diferentemente da legislação brasileira, a lei 29/2013 bem como o Código de Processo Civil Português não determinam qualquer obrigatoriedade do procedimento de mediação, estando a critério das partes na forma do Capítulo II da lei de mediação. Por outro lado, de forma semelhante a legislação brasileira, a legislação portuguesa incentiva a pré

mediação processual, onde “as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer à mediação para a resolução desses litígios.” nos termos do item 1 do artigo 13 da lei 29/2013.

No que tange ao dever de confidencialidade, tem-se que na lei portuguesa é imposto apenas ao mediador, diferente da lei brasileira, que assim como a lei espanhola no que tange as mediações civis e comerciais, impõe este dever também as “[...]partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação [...]” (BRASIL, 2015). Tanto a norma portuguesa quanto brasileira excepciona este princípio, sendo que a norma brasileira fala em qualquer hipótese de crime de ação pública e a portuguesa dispõe sobre mais possibilidades ao afirmar:

para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses (art. 5.º, n.º 3).

Em ambos os países o desdobramento do princípio da confidencialidade é a vedação do mediador não poder atuar como árbitro, nem testemunha em processos judiciais ou arbitrais referente ao conflito que mediou, nos termos do art. 7º da lei 13.140/2015. O art. 28 da lei 029/2013 é ainda mais rigoroso ao estender a vedação de atuação do mediador como “perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação”.

A lei portuguesa fala em princípio da competência e da responsabilidade no art. 8º que não possui paralelo expresso na lei brasileira. O mencionado princípio é um estímulo a contínua formação dos mediadores portugueses, inclusive para aqueles que não atuarão judicialmente, já que prevê que mesmos estes podem fazer curso de formação na área reconhecido pelo Ministério da Justiça. Este artigo deve ser lido em conjunto com o art. 26, alínea h que impõe o dever do mediador zelar pelo seu nível de formação e qualificação e ainda com a Portaria 344/2013 que no seu artigo 3º, nº 1, alínea b que dispõe que somente poderá compor a lista de mediadores organizada pelo Ministério de Justiça aqueles que frequentarem ações de formação ministradas por entidades certificadas

além do art. 9º, nº 1, alínea “e” que afirma que os títulos constituídos por mediadores sem esta formação não terão força executiva.

Apesar de aparentemente a lei brasileira ser mais flexível quanto a capacitação dos mediadores extrajudiciais, já que o art. 9º da lei 13140 apenas exige que se trate de pessoa capaz, que tenha confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, ressaltando que para ter esta atribuição não precisa integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, a bem da verdade, assim como a lei portuguesa, o mediador que não for credenciado por tribunal, não constituirá o termo da mediação em título executivo extrajudicial, como se observa da leitura do art. 784, IV do Código de Processo Civil Brasileiro.

Ainda, conforme prevê o art. 11 da lei 13.140, somente poderá atuar como mediador judicial, e, conseqüentemente ser credenciado por tribunal e produzir título executivo:

pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015).

Diante disso, percebe-se que neste tópico a legislação brasileira foi ainda mais criteriosa ao exigir ao especificar as instituições que devem capacitar o mediador judicial, além de exigir um tempo mínimo de graduação. Observa-se que este rigor quanto a capacitação do mediador para formar título judicial não é exigido para os demais órgãos do sistema de justiça brasileiro, já que da leitura do art. 784, IV do CPC se depreende que não se exige formação específica em mediação ou conciliação para os membros do Ministério Público, advocacia e Defensoria Pública para tornarem o instrumento de transação referendado por eles um título extrajudicial, fazendo crer que a formação jurídica exigida por estes órgãos seja suficiente para constituir um título extrajudicialmente, o que não ocorre com os mediadores e conciliadores que não necessariamente são oriundos do direitos.

Em relação a responsabilização do mediador a lei brasileira em seu art. 8º afirma que o mesmo se equipara a servidor público para efeitos penais, a legislação lusa, por sua vez, aborda apenas a responsabilização na seara cível, no nº 2 do art. 8º, nada abordando dos aspectos criminais.

A lei brasileira não especifica os tipos de mediação e nada aborda sobre a pré mediação, sendo esta uma etapa obrigatória no regime português (art. 16, nº 1), o que é bastante plausível tendo em vista que a pré mediação é um momento de estabelecimento de vínculo do mediador com as partes, de forma individualizada. Merece destaque também que em ambos países a lei permite aos mediados se fazerem ser representados por terceiro, nos termos do art. 18º, nº 1, da LMP e do §10 do art. 334 sendo que os professores DULCE LOPES e AFONSO PATRÃO, asseveram acerca do tema:

(...) não se trata apenas de representação legal (no caso dos menores ou incapazes) ou de representação orgânica (caso um ou ambos os mediados sejam pessoas colectivas), mas também de representação voluntária, que consiste em alguém (representante) realizar actos jurídicos em nome de outrem (no caso, o mediado ou dominus) nos limites dos poderes conferidos por este, atribuindo-lhe legitimidade – indirecta – para afectar a sua esfera jurídica com efeitos do negócio em que este não interveio” (2016, pág. 138-139).

Em ambos os países a regulamentação da mediação, pública ou privada, contribuiu para sua valorização e desenvolvimento, sendo que as definições dadas pelas legislações acerca da mediação e mediador são semelhantes, como nos princípios, na forma de fiscalização da qualidade de formação dos mediadores e em ambos países também não se exige graduação em direito. Dentre as diferenças, destaca-se que no Brasil o poder judiciário exerce papel fundamental para incentivo e disseminação da mediação como meio adequado de resolução adequada de conflitos; e em Portugal foram criados diferentes sistemas de mediação (penal, laboral, familiar, civil e comercial) e existe a aceitação da força executiva de acordos de mediação realizados em outros Estados da União Europeia, o que não ocorre no Brasil.

3 A TRANSDISCIPLINARIDADE NA MEDIAÇÃO

Partindo do pressuposto de que todo conflito implica em oposição de objetivos de partes interdependentes (DEUTSCH, 1973), tem-se como evidente o caráter multidisciplinar da sua origem. Castanheira Neves, em seu ensaio “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro” aborda a dependência que o direito tem de outras ciências, veja-se:

Tudo isto, pois, que ai temos e vemos não é decerto propício para a diferenciação intencional e problematicamente tão específica do direito, já que se nos revela como o próprio contrário da sua possibilidade. E desde logo porque traduz a quebra, se não a anulação, do pressuposto comunitário-comunicativo, pressuposto de referências e exigências integrantes, sem o qual o direito, como quer que seja, não será possível e pela razão simples de que ficaria excluído o discurso de validade [...] (2008, p. 14)

ROSENBLATT, define transdisciplinaridade:

A transdisciplinaridade por sua vez, é o passo dado no sentido de uma mistura, de um atravessamento, de um uso complexo de diversas disciplinas, sem que por isso se forma uma nova disciplina. No sentido da transdisciplinaridade, encontra-se tanto estudo que se utilizam de instrumental teórico, conceitual e empírico de diversas disciplinas, quanto práticas transdisciplinares, que mesclam diversos saberes em seus procedimentos de ação (2017, p. 141).

Esclarece-se ainda, que se optou pela expressão transdisciplinaridade ao invés da interdisciplinaridade, considerando que nesta há diálogo entre as disciplinas, porém, continua estruturada nas esferas da disciplinaridade. Na transdisciplinaridade, por sua vez, não haveria mais fronteiras entre as disciplinas e se consideraria outras fontes e níveis de conhecimento pois é uma abordagem que visa à unidade do conhecimento, articulando elementos que passam entre, além e através das disciplinas, numa busca de compreensão da complexidade do mundo real.

A transdisciplinaridade é o que cria “a possibilidade de comunicação entre as ciências, e a ciência transdisciplinar é a que poderá desenvolver-se a partir dessas comunicações, dado que o antropossocial remete ao biológico, que remete ao físico, que remete ao antropossocial” (MORIN, 2005, p. 139).

O professor Luis Alberto Warat leciona:

É digno de destacar-se que a estratégia mediadora não pode ser unicamente pensada em termos jurídicos. É uma técnica ou um saber que pode ser interpretado nas mais variadas instâncias. Estou pensando nas possibilidades da mediação na psicanálise, na pedagogia, nos conflitos policiais, familiares, de vizinhança, institucionais e comunitários em seus vários tipos. (2018, p. 17)

Ou seja, a mediação, assim, como as demais abordagens de tratamento adequado de conflitos, além de lidar com situações que transpassam diversas matérias, também é transdisciplinar por não limitar a sua aplicação ao direito e por beber de diversa fontes. E por isso, “a mediação é um trabalho sobre afetos em conflito, não um acordo entre as partes, exclusivamente patrimonial, sem marcas afetivas.” (Warat, 2017, p. 29). O mediador necessita de uma dose de flexibilidade e de percepção psicológica para descortinar o que está latente no conflito e separar os interesses e as posições. Uma mediação permeada pela transdisciplinaridade enquanto complexidade, vê o conflito na sua rede de formas intrincadas e em seus diferentes níveis de organização

No cerne da palavra transdisciplinaridade, expressa pelo prefixo trans, pulsa o que está entre, através e além do que se observa, se pensa, cria, sabe-se e faz. O prefixo trans remete para três pilares da transdisciplinaridade, ou seja: a complexidade, a lógica do terceiro incluído e os níveis de Realidade. Neste sentido, o que caracteriza a transdisciplinaridade é o foco no objeto real, dotado de complexidade, e, não mais no objeto forjado de uma disciplina. Ela busca se valer dos saberes como instrumentais para a compreensão da realidade, portanto, a ciência deve “se valer de um plano de referência, que simplifica a natureza complexa dos particulares estudados, para poder, justamente, ser estendida para outros particulares que não foram objeto do estudo” (DELEUZE; GUATARRI apud ROSENBLATT, 2017, p. 136)

A lei de mediação de Portugal e do Brasil trazem um grande avanço ao sistema de justiça na medida em que possibilita que pessoas que não sejam formadas em direito ou que sequer tenham notório saber jurídico possam atuar no tratamento dos conflitos jurídicos. É neste sentido que o filósofo Edgar Morin discorre acerca das limitações apresentadas pelo paradigma cartesiano reducionista frente aos complexos desafios dos dias atuais. Nesse sentido, aponta para a necessidade de uma reforma paradigmática que conduza a um modelo de pensamento integrador e amplo, ao qual denominou “pensamento ecologizante”, afirmando o quanto segue:

O pensamento que recorta, isola, permite que especialistas e experts tenham ótimo desempenho em seus compartimentos, e cooperem eficazmente nos setores não complexos de conhecimento, notadamente os que concernem ao funcionamento das máquinas artificiais; mas a lógica a que eles obedecem estende à sociedade e as relações humanas os constrangimentos e os mecanismos inumanos da máquina artificial e sua visão determinista, mecanicista, quantitativa, formalista; e ignora, oculta ou dilui tudo que é subjetivo, afetivo, livre, criador. (MORIN, 2001, p. 15)

A transdisciplinaridade antecipa a mutualidade, integração e entendimento por meio de conhecimentos a serem aplicados as partes, por meio do conhecimento dos fatos para que extraiam-se todas as relações e condutas. Warat, neste sentido, afirma que “Nas mediações, tenta-se ajudar as partes a descobrirem suas intenções (ou as intenções da outra parte) mas além das formas do enunciado (pretensões) no conflito.” (2001, p.24)

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça do Brasil, no anexo I, com as determinações dadas pela emenda nº 2, discrimina quais as diretrizes curriculares para formação do mediador e do conciliador, em cumprimento art. 167, §1º do CPC, sendo a formação teórica composta inclusive por elementos da interdisciplinaridade que compõe o processo da mediação a exemplo da teoria da comunicação/teoria dos jogos, conceitos da psicologia, antropologia, entre outros.

Em Portugal, a seleção para mediador dos Julgados de Paz, regulamentada pela Portaria 1005/2001 no seu artigo 4º informa como requisitos para participar do concurso:

- a) Ter 25 anos de idade ou perfazer 25 anos até 31 de Dezembro de 2001;
- b) Estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos;
- c) Não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso.

E o artigo 9º complementa:

Formação específica

1 - O processo de selecção de mediadores é complementado pela frequência de um curso de formação específica em mediação, promovido pelo Ministério da Justiça.

2 - O curso referido no número anterior habilita ao exercício da actividade de mediador em regime de profissão liberal.

A portaria 345/2013 trata da certificação das instituições formadoras de mediação judicial não especifica qual conteúdo programático deve conter na formação, mas reitera a importância de se tratar de uma formação de qualidade e contínua.

A mediação não se aprofunda em práticas atinentes a interesses individuais, mas nos interesses coletivos pelo restabelecimento da comunicação entre as partes, facilitando o procedimento para a compreensão dos fatos narrados na oitiva das partes, onde se acredita que ocorrera a tolerância recíproca. A escuta das partes se faz imprescindível para a prática da mediação, valendo-se de uma equipe interdisciplinar de profissionais não só da área do direito, como também psicólogo, psicanalista, assistente social, entre outros que venham fazerem-se necessários a cada caso. A pacificação dos conflitos, ocorrido pela vontade das partes, realizado racionalmente pelo diálogo apresenta resultados mais eficazes do que os jurisdicionais, visto que a jurisdição resolve a lide.

E por isso Campos (2008, pág. 181), afirma:

Independentemente do seu estatuto social, a verdade é que as práticas de mediação parecem constituir um laboratório privilegiado para a análise de comportamentos e interações de pessoas em situações de conflito. No sentido de constituir um corpus científico, parecem ser múltiplas as sedes disciplinares que informam a produção de bibliografia sobre mediação de conflitos, designadamente: as ciências de gestão, a psicologia e a sociologia; as ciências jurídicas; as ciências da comunicação; as já referidas cinésia e proxémia; etc.

O campo de resolução de conflitos tem raízes multidisciplinares e variadas e por isso VEZZULLA entende que “a mediação é um conjunto de técnicas e ciências e, essencialmente, uma filosofia diferente de enfrentar os conflitos que só pode ser coordenada por um mediador em trabalho interdisciplinar” (2005, p.23). As bases intelectuais e práticas do conflito têm como fontes a antropologia, a sociologia, a psicologia social, a psicologia cognitiva, a economia, a ciência política, a teoria dos jogos, as relações internacionais, o direito e os estudos de paz. Assim, seria muito simplório entender que a resolução dos conflitos perpassa apenas pelo conhecimento jurídico, o que vai de encontro, inclusive, aos elevados números de repositura de ações, reincidências, descumprimentos de acordos, entre outros. Por outro lado, há de se ter cuidado com a inserção de profissionais não oriundos da área jurídica para lidar com conflitos jurídicos o que nos faz questionar, qual seria o limite desta atuação?

3.1 CARACTERÍSTICAS DO MEDIADOR

O mediador é um facilitador no tratamento dos conflitos na medida em que ajuda a criar ou a restabelecer um nível de comunicação que permita às partes dialogarem entre si, com confiança, e a encontrar elas próprias a solução que consideram adequada para pacificar a sua contenda. Campos identifica que compete ao mediador ser capaz de promover a circulação de informação, facilitar a comunicação entre as partes e promover uma exploração construtiva dos problemas com vista ao estabelecimento de um acordo. Resumidamente, no essencial, o mediador observa, escuta e questiona (CAMPOS, 2008).

Martins, por sua vez, esclarece que apesar do mediador conduzir o processo, ele não é dono deste, já que o conteúdo do litígio pertence aos mediados. Não lhe é permitido negociar ou aconselhar qualquer das partes, ou ambas, bem como é proibido impor qualquer solução. O maior esforço do mediador será o de identificar as suas próprias ideias e afastá-las conscientemente, tendo em vista que deve buscar uma ponte entre as partes. (2019, 37-38)

Segundo AZEVEDO (2009), um bom mediador precisa das seguintes características: a) capacidade de aplicar diferentes técnicas autocompositivas de acordo com a necessidade de cada disputa – isto porque, em um primeiro momento as partes podem ter sido encaminhadas para uma mediação acerca de um determinado assunto “x”, mas no transcorrer do diálogo observa-se que a base da verdade “x” é a ponta do iceberg de um conflito muito maior, assim, a utilização da comunicação não violenta ou encaminhamento das partes para utilização de outras abordagens a exemplo da justiça restaurativa, constelação familiar podem ser mais adequadas e se o mediador não tem conhecimento básico destes meios de tratamento de conflito, poderá se frustrar com a ausência de recursos para lidar com o conflito e ainda deixa de indicar um caminho muito mais eficaz para a pacificação da demanda;

b) capacidade de escutar a exposição de uma pessoa com atenção, utilizando de determinadas técnicas de escuta ativa (ou escuta dinâmica) – é importante que o mediador de fato escute, sem julgamento, o que as partes têm a dizer, pois se ele apenas ouve, sem exercer a profundidade que a escuta permite, as suas intervenções tendem a ser mais superficiais e não vão na verdadeira causa do conflito, reduzindo a possibilidade de êxito;

c) capacidade de inspirar respeito e confiança no processo – estas características vão decorrer muito da postura assumida pelo profissional na condução do processo principalmente se a escuta e a intervenção tem sido de forma imparcial e as intervenções construtivas para a pacificação das partes;

d) capacidade de administrar situações em que os ânimos estejam acirrados – considerando que a mediação pode facilitar conflitos nas diversas searas das relações humanas, é comum que alguns temas sejam mais sensíveis a grandes emoções do que outros, como acontece com os conflitos familiares. Um bom mediador deve estar preparado para este tipo de situação e manter a calma, controlar o tom de voz e saber encerrar ou suspender a sessão podem ser boas estratégias;

e) estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos – para isso o mediador pode se utilizar de várias técnicas como a legitimação de tudo que foi dito, possibilitar que as partes vejam a interdependência de suas ações para a resolução ou agravamento do conflito, fazer a releitura do conflito de forma despolarizada e expondo os valores compartilhados presentes em suas falas, entre outras ferramentas;

f) examinar os fatos sob uma ótica para afastar perspectivas judicantes ou substituí-las por perspectivas conciliatórias – esta postura pode ser adotada a partir da utilização das ferramentas constantes no item “e” sem prejuízo de outras;

g) motivar todos os envolvidos para que, prospectivamente, resolvam as questões sem atribuição de culpa – para isso é essencial, como já dito anteriormente, que o mediador adote uma postura de não julgamento a fim de auxiliar as partes na construção deste cenário de co responsabilidade do conflito;

h) estimular o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses – isto significa que o mediador precisa realmente uma pessoa criativa que pensa a frente, não no passado;

i) abordar com imparcialidade além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes. Acrescemos a esta lista de Azevedo o item “j” e “l” que aborda a necessidade de inteligência emocional e um bom autoconhecimento do mediador que também será abordada mais adiante.

Estas características fazem com que os mediadores auxiliem a elaboração dos processos construtivos, segundo Deutsch (1973), que seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se: a) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; b) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado, árbitro ou mediador) de motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa ou ao menos sem a percepção da existência de um vencido e um vencedor; c) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses; (DEUTSCH, 1973, p. 360) e d) pela disposição das partes ou do condutor do processo para abordar, além das

questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.

A flexibilidade de procedimentos e técnicas é também uma característica distintiva dos processos de mediação de conflitos, devendo acrescentar-se que o seu quadro normativo admite relevantes margens de liberdade - bastará dizer que só excepcionalmente (por atenção a direitos indisponíveis e/ou por atenção a indícios de comportamento criminal) a lei constitui um limite e/ou um quadro valorativo que preside às soluções desenvolvidas no quadro de um processo de mediação de conflitos (CAMPOS, 2008).

O mediador, portanto, além de necessitar de uma formação técnica adquirida por meio de frequência em cursos de formação com reconhecimento, como um agente da comunicação, necessita conduzir a criatividade das partes na busca de uma solução conveniente para os interesses dos mediados. Ainda, os mediadores de Portugal devem observar o Código Europeu de Conduta para Mediadores, conforme previsão do art. 26, K da lei nº 29/2013 (MARTINS, 2019). No Brasil, por sua vez, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais está presente na Resolução 125 do CNJ.

Pode-se depreender disso, que uma relevante característica para o mediador também é o desenvolvimento de uma boa inteligência emocional. Segundo Goleman (2007), é possível descrever a inteligência emocional como a capacidade de: a) Identificar e compreender os próprios sentimentos; b) Aceitar as emoções como habilidades aprendidas; c) Estabelecer o controle quando as emoções se manifestam; d) Identificar o reflexo das emoções no comportamento e na motivação; e) Gerenciar as emoções a fim de influenciar positivamente a manifestação dos sentimentos com a aplicação de técnicas, análise e direcionamento sistemático; f) Adquirir a capacidade de identificar os sentimentos dos outros para atuar no desenvolvimento efetivo e eficaz de relacionamentos com pessoas e grupos.

A Inteligência Emocional pode ser definida como “uma descrição das funções cerebrais e mentais que diz respeito às emoções, é um apelo ao descobrir e ao explorar” (SOTO 2002, p. 2). Ter uma boa inteligência emocional, portanto, é essencial para o mediador de conflitos para que este não confunda dos seus sentimentos com o das partes, bem como consiga identificar os seus limites de atuação inclusive por motivações pessoais.

Assim, é relevante que o mediador tenha um bom nível de autoconhecimento para inclusive ter consciência de quais matérias têm maior afinidade para mediar, se o processo/caso que vai atuar se assemelha com algo que está passando ou passou em sua vida pessoal e que por isso pode afetar a sua imparcialidade, além de conseguir reconhecer qual técnica ou conhecimento específico que possui, melhor pode auxiliar o conflito em análise.

De tudo que fora exposto, depreende-se que os mediadores necessitam de muitas características que vão muito além do conhecimento jurídico, pois como facilitadores de conflito, a sua principal habilidade está relacionada com a construção de pontes de diálogo entre pessoas com interesses distintos e interdependentes, ou seja, sua maior expertise são as relações humanas.

3.2 LIMITES DE UMA ATUAÇÃO TRANSDISCIPLINAR NA MEDIAÇÃO

O fato da mediação poder ser realizada por pessoas que não sejam formadas necessariamente em direito faz com que profissionais de outras áreas também possam auxiliar aquele conflito que se apresenta, trazendo novas possibilidades. Contudo quais seriam os limites para que outras áreas interfiram em um conflito jurídico que procurou o Poder Judiciário para solucioná-lo?

Há que se ter cautela nesta análise ao se considerar que, se a pessoa procurou o Poder Judiciário para lidar com a sua contenda, tem-se que a mesma não está ali para buscar ajuda psicológica, espiritual, religiosa, ou de qualquer seara, mas sim jurídica. Por outro lado, questiona-se o que compõe o direito? Apenas leis positivadas, jurisprudências?

Merecem reflexões também, o fato de não conhecendo o mediador profundamente a lei, já que ele necessariamente não é da área jurídica, como evitar a celebração de acordos ilegais? No Brasil, como demonstrado no tópico anterior, na formação dos mediadores há um tópico acerca da legislação brasileira, mas sendo este um conhecimento superficial, sempre haverá o risco de surgirem demandas jurídicas de conteúdo legal desconhecido pelo mediador sem formação jurídica. Na mediação judicial isto está resolvido na medida em que passará pelo crivo da homologação do juiz, mas e na mediação extrajudicial?

No Brasil, esta celeuma é parcialmente resolvida com a disposição do art 334, §9º do CPC que dispõe que as partes devem estar acompanhadas de advogados ou Defensores públicos, mas observe-se que esta previsão diz respeito a mediação judicial no que tange a mediação extrajudicial o art. 10 afirma que as partes poderão se fazer acompanhadas por advogados e Defensores públicos, sendo uma mera faculdade.

Para responder este questionamento cita-se o professor Goffredo da Silva Telles Junior que inova neste cenário com a concepção quântica do direito, atribuindo ao direito natural a denominação de direito quântico, sem, contudo, negar a existência de um pensamento jusfilosófico próprio e original em seus trabalhos.

Sustentando uma posição inovadora em seus estudos Goffredo Telles Junior (1985) afirma que direito natural é o conjunto de normas promulgadas em conformidade com o sistema ético de referência da sociedade, que emanam da própria vida do homem de acordo com suas necessidades e de cada consciência individual.

O Direito Natural, segundo o professor, é composto por normas que atendem às necessidades do ser humano, são resultado da inteligência humana para organização do comportamento das pessoas em sociedade.

Neste sentido, Castanheira também entende:

Igualmente na ordem intencional, pelo que se poderá dizer a derrocada filosófica do “sujeito” cartesiano, e em último termo também kantiano, e do seu solipsismo em qualquer das formas, um sujeito egoíde e fechado na sua pura ipseidade, fosse ele ideal ou universal nas suas categorias, fosse ele transcendental no seu a priori constitutivo – basta contrapor-lhe tanto a ontologicamente pressuponente existência no mundo como a intersubjetividade constituída na existencial e comunicativa relação sujeito/sujeito, que é afinal a condição primeira dos homens, na interpessoalidade do “eu/outros”, da linguagem, da história, da comunidade real. Na ordem prática, por sua vez, não menos a insustentabilidade do homem-indivíduo, não obstante a manifestação de todos os egoísmos associas a assolidários do triste espetáculo quotidiano, perante a essencialmente humana e realmente também primeira e irreduzível existência humana comunitária, em pressuposta comunidade histórica, enquanto é esta condição de

existência, condição empírica e condição ontológica da humanidade do homem, pese embora a sua ignorância pelos radicalismos da modernidade e igualmente pelo neoindividualismo contemporâneo [...] (2008, p.19)

Para a confecção das normas que compõe o Direito Natural é observada a realidade biótica de cada sociedade e o que ela qualifica como ético e normal em determinado lugar e momento histórico.

A visão sobre o direito natural para Goffredo está sintetizada em suas palavras:

Não se pense que o Direito Natural seja o conjunto dos primeiros e imutáveis princípios da moralidade. Não queremos discutir sobre a existência de tais princípios. Mas o que desejamos deixar assentado é que esses princípios não são normas jurídicas e, em consequência, não podem ser chamados de Direito. [...] Em suma, o Direito Natural é o conjunto das normas em que a inteligência governante da coletividade consigna os movimentos humanos que podem ser oficialmente exigidos, e os que são oficialmente proibidos, de acordo com o sistema ético vigente (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 422-424).

Para o autor, o homem real se define da seguinte forma:

Ora, o homem real, em razão do qual a inteligência se determina, é o ser no tempo, um fenômeno histórico. O homem real é o homem em seu processo vital, dentro das condições concretas de sua evolução e perfazimento. Separar o homem de sua história é desconhecê-lo e falsificá-lo (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 416).

Pode-se dizer que o direito quântico é o direito natural, legítimo, pois leva em consideração a organização do homem em sociedade, sua interação, suas necessidades, seus anseios, sua carga genética e suas experiências em determinado espaço e tempo, em constante evolução (AROUCA, 2016). Não é resultante do livre arbítrio, mas da medida da liberdade humana, relaciona o dever ser com o ser em uma sociedade de referência.

De forma objetiva e direta Telles Júnior (1985, p. 416), explica que:

O Direito Natural é Direito Quântico porque é o Direito reclamado pelas estruturas dos elementos quânticos, nas células dos componentes de uma população. É o Direito que atende às inclinações genéticas de um povo ou de um agrupamento humano. É o Direito radicado num “pool” genético. É o Direito que liga ou religa o homem à sua própria natureza. O Direito Quântico é o Direito que resulta do processo de organização do humano. É o Direito nascido de suas fontes bióticas. É o Direito a que chegou o imemorial processo de inumeráveis mutações. É o Direito destilado nos engenhos da seleção natural. É o Direito que exprime, em linguagem humana, o indefectível controle genético. Esse Direito é o que brota da “alma” do povo, como se costuma dizer. É o Direito que exprime o “sentimento” ou “estado de consciência” de uma classe, de um segmento social ou de um agrupamento conjuntural estável. É o Direito que se inspira em convicções profundas e generalizadas. É o Direito que reflete a índole de uma coletividade.

O Direito Quântico ao mesmo tempo em que é um Direito Natural exprimindo a realidade biótica da sociedade é um Direito Positivado, pois traz regras proibitivas e permissivas que traçam os limites da atuação humana.

Telles Júnior (1985, p. 204) afirma em sua obra:

Num grupo social ou numa sociedade inteira, as convicções generalizadas sobre o que é bom, belo, conveniente ou útil, se articulam, espontaneamente, umas com as outras, possibilitando a vigência simultânea de todas, sem as contradições que redundariam em sua recíproca anulação.

Assim, com base nesta concepção de Direito quântico, é possível compreender que os mediadores podem se utilizar das normas que refletem a índole de uma coletividade, o vulgo senso comum, mas desde que não vá de encontro as normas positivadas. Neste sentido, tem-se que um

psicólogo, por exemplo, ao atuar como mediador, pode fazer intervenções⁵ às partes, com base em um direito natural que é de conhecimento de todos, de senso comum. Entretanto, sendo o mediador da área não jurídica, sugestionam-se para que não se corra risco de constituir um título extrajudicial inválido ou até mesmo nulo, que nestes casos o acordo seja encaminhado para homologação judicial, já que o direito de senso comum (ou quântico) muitas vezes pode ir de encontro ao direito posto naquele ordenamento.

Também como dito anteriormente, há de se destacar que tanto em Brasil quanto em Portugal as legislações optaram pelo modelo de mediação não interventiva o que significa que este profissional não fará proposituras, sugestões de solução de conflito o que torna ainda mais viável que pessoas não formadas em direito possam atuar como mediadores. Não obstante, o mediador com formação diversa do direito, ao utilizar abordagens, técnicas específicas da sua profissão, deve observar critérios para assegurar a qualidade do serviço prestado, bem como segurança às partes mediandas, que é o que se propõe no tópico seguinte.

4 PROTOCOLO DE ATUAÇÃO EM UMA MEDIAÇÃO TRANSDISCIPLINAR

O Código de Processo Civil brasileiro em seu art. 156 dispõe acerca das características necessárias para uma pessoa atuar como perito em um processo judicial. Perito pode-se definir como sendo a pessoa que possui um conhecimento específico que pode auxiliar na produção de provas de fato em um determinado processo judicial. A autoridade deste profissional decorre do binômio conhecimento e isenção.

Não obstante, conhecimento é uma expressão por demais vaga e que pode abranger ou não uma série de capacitações insuficientes para atuação qualificada. Neste sentido é que os parágrafos do art. 156 do CPC brasileiro dispõe:

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou

⁵ Há de se esclarecer que nem todas as Escolas de mediação aceitam uma postura propositiva por parte do mediador como dito em tópico anterior

científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§ 3º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

§ 4º Para verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição, nos termos dos arts. 148 e 467, o órgão técnico ou científico nomeado para realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade.

§ 5º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

O Código de Processo Civil Português, nos arts. 467 e seguintes dispõe, acerca da perícia:

Quem realiza a perícia:

1 - A perícia, requerida por qualquer das partes ou determinada oficiosamente pelo juiz, é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um único perito, nomeado pelo juiz de entre pessoas de

reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

2 - As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.

3 - As perícias médico-legais são realizadas pelos serviços médico-legais ou pelos peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que as regulamenta.

4 - As restantes perícias podem ser realizadas por entidade contratada pelo estabelecimento, laboratório ou serviço oficial, desde que não tenha qualquer interesse em relação ao objeto da causa nem ligação com as partes.

Artigo 469.º (art.º 570.º CPC 1961)

Desempenho da função de perito

1 - O perito é obrigado a desempenhar com diligência a função para que tiver sido nomeado, podendo o juiz condená-lo em multa quando infrinja os deveres de colaboração com o tribunal.

2 - O perito pode ser destituído pelo juiz se desempenhar de forma negligente o encargo que lhe foi cometido, designadamente quando não apresente ou impossibilite, pela sua inércia, a apresentação do relatório pericial no prazo fixado.

No guia de boas práticas da perícia judicial cível da União Européia (2015), por sua vez, na Seção II, entre outras, elenca-se as seguintes etapas para nomear um perito:

3.21 O juiz deve garantir que haja um número suficiente de especialistas em cada matéria e deve

tentar evitar a nomeação reiterada de um perito quando com isso exclui outros com as mesmas qualificações. Em cada caso, o Juiz deve certificar-se que nomeia o especialista mais adequado para as circunstâncias em causa.

3.22 Antes de nomear um perito, o juiz ou as partes devem ter a possibilidade de o contactar a fim de confirmarem que o mesmo tem as competências necessárias para levar a cabo as incumbências inerentes à sua nomeação, que está disponível, e que não existem conflitos de interesses, ou que, quando potencialmente existam, os mesmos se encontram declarados.

Por tudo isto exposto, entende-se que qualquer profissional estranho a área jurídica, ao realizar qualquer abordagem ou técnica, ou manifestar parecer com base diversa da do direito, passível de afetar o transcurso de um processo judicial, deve também passar pelo crivo de avaliação da sua formação similar a um perito judicial, em que pese, diferentemente deste, o motivo que o fez atuar como auxiliar da justiça não seja o conhecimento específico diverso do direito, mas a capacitação na mediação ou outra forma de tratamento adequado dos conflitos.

Esta precaução vai ao encontro do quanto previsto por Castanheira Neves, em que pese a importância destas atuações para a construção de um novo direito:

É a primeira de sobreaviso perante a tentação do holismo prático que, no seu aparente, mas realmente ilusório, enriquecimento ab extra, não só arrasta à confusão das essências, ao anular as intencionais autonomias diferenciáveis, com os seus problemas próprios e irredutíveis – já que, se em tudo está o todo, o todo não será o critério imediato de tudo – como se corre o risco de despedaçar a panela de barro das validades que vão na intentio do direito contra a panela de ferro do cinismo do poder e da astúcia dos interesses. A segunda observação quer sublinhar que são nossas e abertas as possibilidades históricas, já que a história somos nós que a fazemos e não devemos esperar por ela já feita, e que neste nosso tempo presente o que se nos impõe, como a nossa

responsabilidade, é, sem abdicação, decerto o esforço de renovação com vista ao futuro, futuro que seja um mundo mais humano e mais belo (mundo esse que tarda..), e sem que nesse esforço se tema, se necessário, ir “contra a corrente” – não o tememos nós na nossa tentativa. (2008, p.82)

Isto porque, como recente reportagem do jornal OGLOBO (GOMES, 2021) do Brasil denunciou, mulheres em situação de violência doméstica teriam sofrido revitimizações ao serem submetidas por Tribunais de Justiça brasileiros a participarem de Constelações Familiares⁶. Esta abordagem, juntamente com o Direito sistêmico⁷, justiça restaurativa, conciliação, mediação, não é específica para profissional da área jurídica e, diversamente da mediação e conciliação que desde 2015 passou a ter um regulamento próprio, não tem regramento específico que trate da capacitação do facilitador para atuar nas demandas judiciais.

Em Portugal, as Constelações familiares também passaram a ser utilizadas como forma de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Tribunal de Justiça português, sendo uma grande referência no tema as práticas adotadas pelo juiz Joaquim Manuel Silva, Juiz de Direito no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste - Juízo de Família e Menores de Mafra⁸, o que ensejou a ordem dos psicólogos elaborar um parecer informando que a referida abordagem não possui respaldo científico e não é reconhecida como psicoterapia (OPP, 2019).

Diante disso, tem-se que não é possível, nem recomendável, impedir a atuação no direito de profissionais de outra área quando estão no exercício da mediação ou de outra forma de tratamento de conflito, tendo em vista a natural transdisciplinaridade dos conflitos. Não obstante, qualquer atuação estranha ao direito deve, assim como os peritos, se sujeitar a uma melhor análise da qualificação do profissional, não que o profissional do Direito também não esteja, mas é uma forma de interligar a transdisciplinaridade da atuação com a qualidade.

⁶ A Constelação Familiar é uma abordagem que mostra uma imagem interna inconsciente que está desordenada e incompleta que pode produzir sofrimento (LAGUNO, 2019). Esta abordagem foi desenvolvida pelo alemão Anton Johann Hellinger posteriormente conhecido apenas como Bert Hellinger, nascido em 1925, em Leimen, Alemanha. O nome Bert é uma abreviação do seu nome religioso Suitbert, derivado de São Suitberto (HELLINGER, 2020, p. 60).

⁷ Direito sistêmico, é a expressão utilizada pelo juiz Sami Storch para denominar a análise do Direito, sob uma ótica baseada nas ordens superiores, que regem as relações humanas, conforme demonstram as Constelações familiares desenvolvidas por Hellinger (STORCH, 2018).

⁸ Neste sentido olhar os resultados da abordagem na revista luso brasileira alienação parental https://docs.wixstatic.com/ugd/4d7397_36512b5ea31d43159eba1610cb39f69c.pdf

CONCLUSÕES

A mediação, assim como outros meios adequados de tratamento de tratamento de conflito, apresenta-se como uma abordagem capaz de lidar tanto com a crise da justiça, remetendo para problemas de quantidade e morosidade dos processos judiciais quanto com a qualidade da justiça, ou seja, pode possibilitar que as soluções dos conflitos sejam de fato legítimas para as partes envolvidas, na medida em que estas têm posturas mais ativas e portanto podem escolher qual decisão verdadeira irá atender aos seus anseios.

Tanto Brasil quanto Portugal tem um extenso histórico legislativo que fundamenta a utilização de outras abordagens para solucionar os conflitos jurídicos. Não obstante, observa-se que em ambos países a edição de uma lei específica para a mediação possibilitou o fortalecimento e a maior inserção desta no sistema de justiça. Ainda, merece destaque que, apesar da legislação de ambos países serem semelhantes, no que tange ao tratamento dado à mediação tem-se também diferenças relevantes como o caráter obrigatório dela no Brasil, em detrimento da voluntariedade em Portugal e os requisitos para ser mediador. No que tange a este aspecto, chama a atenção que tanto Brasil quanto Portugal não exige a formação em direito para o mediador, reconhecendo o caráter predominantemente transdisciplinar dos conflitos que buscam o sistema de justiça para serem solucionados e a necessidade que a pessoa que atua como mediador ter outros atributos muito além de conhecimento jurídico.

As bases intelectuais e práticas do conflito têm como fontes a antropologia, a sociologia, a psicologia social, a psicologia cognitiva, a economia, a ciência política, a teoria dos jogos, as relações internacionais, o direito e os estudos de paz. Assim, seria muito simplório entender que a resolução dos conflitos perpassa apenas pelo conhecimento jurídico, o que vai de encontro, inclusive, aos elevados números de repositura de ações, reincidências, descumprimentos de acordos, decididas por um magistrado com amplo conhecimento jurídico.

O mediador, assim, é um facilitador no tratamento dos conflitos na medida em que ajuda a criar ou a restabelecer um nível de comunicação que permita às partes dialogarem entre si, com confiança, e a encontrar elas próprias a solução que consideram adequada para pacificar a sua contenda. No exercício da sua função o mediador deve observar, escutar e perguntar e para tanto, necessita de uma boa inteligência emocional, a fim reconhecer

o quanto as suas emoções estão lhe afetando na condução do processo mediado, precisa também de um bom nível de autoconhecimento para inclusive saber em quais casos tem melhores condições de auxiliar e as matérias que mais o afeta emocionalmente, assegurando uma atuação mais imparcial, como a lei exige.

Contudo, como expõe o professor Goffredo Telles, existe um direito muito além das normas e decisões postas, o qual denomina de direito quântico, que é o direito que exprime a realidade biótica da sociedade e traz regras proibitivas e permissivas que traçam os limites da atuação humana com base em um senso de comunidade. Assim, aos mediadores que não possuem formação jurídica haveria o acesso apenas este direito quântico, mas isto seria suficiente para formar um título executivo extrajudicial, que é um dos resultados possíveis de uma mediação?

É importante esclarecer que tanto o Brasil quanto Portugal optaram pelo modelo de mediação não interventiva, ou seja, o mediador não deve propor soluções às partes, mas ainda assim, para evitar que até mesmo as partes construam soluções ilícitas, defendemos que títulos firmados por mediadores sem formação jurídica, quando as partes estejam desacompanhadas de advogados e Defensores Públicos, devam passar por homologação judicial a fim de evitar nulidades e prejuízos.

Ainda, se o mediador possui formação diversa da jurídica, ele pode utilizar no processo mediado técnicas, abordagens oriundas de outra formação, que nada tem a ver com o direito, desde que para isto siga os mesmos requisitos para habilitar a atuação processual de um, já que em ambas situações um terceiro, com conhecimento diverso do direito, irá se manifestar em um processo que poderá produzir efeitos jurídicos. As considerações deste trabalho são preliminares e almeja ser a porta de entrada para uma reflexão ainda mais aprofundada do tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria M.. **Os Julgados de Paz**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2010.

AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **O direito quântico de Goffredo Telles Junior**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/o-direito-quantico-de-goffredo-telles-junior/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

AZEVEDO, André Gomma de. **Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas**: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed.

BONAFE-SCHMITT, Jean Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. *Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC*. V. 7. n. 2. P. 181-227, jul/dez. 2012

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. **A evolução da conciliação e da mediação no Brasil**. *Revista FONAMEC - Rio de Janeiro*, v.1, n. 1, p. 354 -369, maio 2017.

CAMPOS, Luís Melo. **Mediação de conflitos**: enquadramentos institucionais e posturas Epistemológica. in *A mediação em acção*, Mediacorm/Minerva, Coimbra, 2009, pp. 167-195

CARVALHO, Joana Campos. **A Conciliação Judicial**. 2009. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses. Disponível em: https://www.academia.edu/16354809/A_Concilia%C3%A7%C3%A3o_Judicial
Acesso em: 06 de dez de 2021.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: NUNES, António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). *O direito e o futuro – o futuro do direito*.Coimbra: Ed. Almedina, 2008.

CEBOLA, Cátia Marques. **La mediación**. Marcial Pons, Madrid, 2013.

CHUMBINHO, João. **Julgados de Paz na prática processual civil**: Meio alternativo de resolução de conflitos: Mediação, Conciliação, Arbitragem e negociação, Lisboa, Quid Iuris Sociedade Editora, 2007.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 15 set. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 16 de 26/02/2015**. Dispõe sobre as diretrizes de gestão da Presidência do Conselho Nacional de Justiça para o biênio 2015-2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

EGLE Guia Europeu para a Perícia Judicial EEEI, outubro 2015. Disponível em: https://recursos.ordemdospsicologos.pt/files/artigos/parecer_sobre_constelas_familiares.pdf. Acesso em 25 de nov de 2021.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Social**: o poder das relações humanas. São Paulo: Campus, 2007.

GOMES, Bianca. O GLOBO, 04 de set. de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/direitos-humanos/mulheres-denunciam-que-justica-reabre-feridas-com-metodo-que-reencena-agressoes-para-solucionar-conflitos-1-25184779>. Acesso em 25 de nov de 2021.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. Almedina, Coimbra, 2014, p. 30.

HELLINGER, Bert. **Bert Hellinger**: Meu trabalho. Minha vida. A autobiografia do criador da Constelação Familiar. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Cultrix, 2020.

LAGUNO, Cristina. Aula do módulo 13 da pós-graduação de direito sistêmico, 2019, São Paulo. **Famílias dentro do foco social**. São Paulo: Hellinger Schule, 2019.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. **Lei da mediação comentada**. 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.

MARTINS, Jesuino Alcântara. **Formação**: mediação de conflitos. Ordem dos contabilistas certificados, setembro de 2019.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

ORDEM DOS PSICÓLOGOS PORTUGUESES (OPP). Constelações familiares – parecer OPP, Lisboa. Disponível em: https://recursos.ordemdospsicologos.pt/files/artigos/parecer_sobre_constelas_familiares.pdf. Acesso em: 25 de nov. de 2021.

ROSENBLATT, Ana (organizador). **Manual de mediação e conciliação para a Defensoria Pública**. – [et al.]. – 3. Ed. – Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

SOUSA, Teixeira. **A competência dos Julgados de Paz**: a alternativa consensual, Cadernos de Direito Privado, nº22 de Abril/Junho, 2008

SOTO, EDUARDO. **Comportamento Organizacional**: o impacto das emoções. São Paulo: Thomson, 2002.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Direito quântico** - Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 6.ed. São Paulo, Max Limonad, 1985.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação – Teoria e Prática**. Guia para Utilizadores e Profissionais, Barcelos, 2005.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. Imprensa: Florianópolis, Habitus, 2001. Descrição Física: 278 p.