

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO

THE INSTITUTE OF MEDIATION IN THE LUSO-BRAZILIAN LEGAL CONTEXT

Roberto Nobrega de Almeida Filho*

RESUMO: O presente estudo tem por escopo analisar o instituto da mediação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro e sua característica como política pública alternativa de resolução de litígios, suas convergências e finalidades próprias, tendo em vista a crise de insuficiência do Poder Judiciário para disciplinar e solucionar os conflitos derivados da vida em sociedade, agravados especialmente pela demora na finalização dos processos. Será dada ênfase ao procedimento de mediação privada (civil) no âmbito interno dos dois países. Pretendemos apresentar à comunidade jurídica um panorama geral sobre as leis de mediação em Portugal e no Brasil, especialmente os procedimentos desenvolvidos fora do sistema público, e seus efeitos nos litígios privados, cujo arcabouço legal traduz uma nova modalidade jurídica de método consensual para resolução de conflitos de forma mais simples, barata e célere, além de contribuir explicita e benéficamente para a divulgação da cultura de pacificação social, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Na presente investigação aplicamos o método da pesquisa bibliográfica, obtida em revistas jurídicas, textos disponibilizados em mídia eletrônica e livros relacionados ao tema em pauta.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos. Autonomia da Vontade. Mediador. Princípios. Pacificação Social.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the institute of mediation in Portuguese and Brazilian legal systems and its characteristic as an alternative public policy for the resolution of disputes, their convergence and their own purposes, in view of the crisis of insufficiency of the Judiciary to discipline and solve the Conflicts arising from life in society, especially exacerbated by the delay in finalizing the processes. Emphasis will be placed on the private (civil) mediation procedure within the two countries. In this dissertation we intend to present to the legal community an overview of the mediation laws in Portugal and Brazil, especially the procedures developed outside the public system, and their effects in private litigation, whose legal framework translates a new legal modality of consensual method of resolution Of conflicts in a simpler, cheaper and faster way, besides contributing explicitly and beneficially to the dissemination of the culture of social pacification, without the need of intervention of the Judiciary Power. In the present investigation we applied the method of bibliographic research, obtained from legal journals and texts made available in electronic media and books related to the topic at hand.

KEYWORDS: Mediation. Extrajudicial Ways to Solve Conflicts. Autonomy of the Will. Mediator. Principles. Social Pacification.

* Desembargador federal do trabalho – TRT 15; mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Este estudo propõe analisar – de forma sintética e não exauriente – o instituto da mediação de conflitos tanto nos sistemas jurídicos de Portugal quanto do Brasil, tendo em vista que por suas características a mediação, especialmente a *extrajudicial*, é uma importante alternativa de resolução de litígios. A crise de insuficiência que afeta o Poder Judiciário para disciplinar e solucionar os conflitos da vida em sociedade, agravados especialmente pela demora na finalização dos processos, pode ser amenizada com o procedimento de mediação privada nos dois países.

No decorrer deste artigo serão analisadas as vantagens desse método consensual para resolução de conflitos, o qual, de forma mais simples, barata e célere, poderá resolver as controvérsias sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Diante da crise de eficácia da justiça, alimentada pelo crescente e contínuo acervo processual dos tribunais, a mediação se apresenta, então, como a melhor alternativa ou a mais ajustada, rápida e prática para a solução consensual dos conflitos.

Ao final, percebemos que a mediação em Portugal e no Brasil é um mecanismo de gestão de conflitos e disputas que tem por objetivo garantir uma forma ágil de acesso à Justiça, uma vez que a demora no encerramento dos processos e os correlatos desgastes emocional e financeiro não condizem mais com o senso de justiça reclamado pela sociedade.

Transcrevemos, a seguir, o conceito de mediação disposto nas legislações portuguesa (Lei nº 29/2013, de 19 de abril) e brasileira (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), respetivamente.

Na Lei portuguesa nº 29/2013, de 19 de abril, artigo 2.º, temos as seguintes definições:

“Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por:

a) ‘Mediação’ a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;

b) ‘Mediador de conflitos’ um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.”

A Lei brasileira nº 13.140, de 26 de junho de 2015, art. 1º:

“(…) dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

DOCTRINA

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Na Constituição lusa, os meios não judiciais de resolução de litígios têm previsão no artigo 202.º, n.º 4: “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”.

No Brasil, a constitucionalidade da mediação afere-se logo pela leitura do próprio preâmbulo da Carta Magna, que proclama, dentre outras diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas, a mensagem de solução pacífica das controvérsias, nos seguintes termos: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, 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”.

A referida exortação deve ser interpretada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário a responsabilidade exclusiva para solução de todas as controvérsias e, partindo desse fundamento essencial e institucional, fica claro que, além da jurisdição estatal, não está excluída a opção de resolução dos conflitos pelos métodos alternativos, cujos objetivos primordiais são a solução e/ou prevenção de litígios e a promoção da paz social.

Na legislação infraconstitucional brasileira, encontramos a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016, que regula o novel Código de Processo Civil e estabelece o instituto da mediação no âmbito do Poder Judiciário, sem exclusão de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais para resolução de conflitos, nos termos do art. 3º, § 2º: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e § 3º: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, e no art. 175: “As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”.

DOCTRINA

Por sua vez, o art. 334 do aludido CPC determina: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

Da mesma forma, o Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), conforme seu art. 851: “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que possam contratar”, já indicava a preocupação do legislador brasileiro na busca por instrumentos extrajudiciais para solução de controvérsias a serem dirimidas pelos próprios interessados.

Também se faz necessário nos referirmos à Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, que instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses e prescreve expressamente no parágrafo único do seu art. 1º: “Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão” (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>).

A citada Resolução foi aprovada em 29 de novembro de 2010 e idealizada com o objetivo de se estabelecer uma política nacional de resolução adequada de conflitos e na perspectiva da criação de ambiente não adversarial de solução das disputas, conforme proposição constante no Manual de Mediação Judicial¹.

Expostas as normatizações legais do instituto em questão em ambos os ordenamentos, pedimos vênia, antes de continuarmos a discorrer sobre o mesmo assunto, para fazermos uma breve referência histórica ao termo mediação. Outrora em sinonímia com “conciliação”, desde 1603 essa possibilidade já constava do Código legal português – Ordenações Filipinas – cuja vigência no Brasil perdurou até a proclamação da independência em 1822, e essa sábia premonição está consagrada nas disposições constantes no Livro III, T. 20, § 1º. Vejamos: “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem

1 AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.

concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso (...)”.

Pois bem, feita a singela referência histórica à técnica da mediação como forma extrajudicial de resolução de litígios, vale acentuar que esse método de soluções consensuais ditadas pelas próprias partes é classificado pela doutrina como Resolução Alternativa de Litígios – RAL, sob considerável influência do direito norte-americano (Alternative Dispute Resolution – ADR).

Em suma, essa modalidade não judicial de resolução de conflitos objetiva propiciar aos eventuais litigantes uma solução consensual da controvérsia surgida, baseada na vontade das partes, e de forma complementar à via judicial, sem que isto interfira no direito de acesso aos tribunais e, obviamente, implique em limitação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição assegurado aos cidadãos portugueses e brasileiros (artigo 20.º, nº 1, da CRP e art. 5º, XXXV, da CRFB)².

O próprio significado do termo mediação já indica que se trata de um meio não adversarial de resolução de conflitos, e dentre as diversas definições doutrinárias do instituto em questão, destacamos a de Marques (2011, p. 45), que explica tratar-se de:

“(…) um expediente de harmonia com o qual, ocorrendo um conflito de interesses, os litigantes usam estruturas de autocomposição do respetivo litígio, que o mesmo é dizer que o resultado compositivo é produto do poder de autodeterminação da vontade consensual dos litigantes das pretensões a compor, exactamente quando esse resultado é obtido com auxílio de terceiros auxiliares, os mediadores. A solução do conflito que opõe as partes é assim uma solução amigável e concertada.”

Por sua vez, Serpa (1999, p. 90-91) define:

“(…) a mediação não é uma estrutura que deva ser imposta a nenhuma disputa para propiciar solução, sendo um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor neutro assiste aos disputantes na solução das questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora de contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância delas.”

2 CRP: “Artigo 20.º (...) 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (...)”.

CRFB: “Art. 5º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essas conceituações estão em consonância com as previsões legais portuguesa e brasileira, na medida em que no artigo 2.º, *a*, da Lei nº 29/2013 e no art. 1.º, parágrafo único, da Lei brasileira nº 13.140/2015 constam os três elementos estruturantes do instituto em pauta, a saber: a) um mecanismo de resolução alternativa (adequada) do conflito; b) voluntariedade dos interessados; e c) presença de um mediador imparcial e desprovido de poderes decisórios que auxilia as partes na obtenção de um acordo.

A partir desses três eixos é possível deduzir que as mencionadas legislações coincidem nas suas finalidades precípua, pois ambas preveem que a mediação é um meio extrajudicial de resolução de litígios intermediada por um terceiro (mediador) sem poderes impositivos sobre os mediados, cuja tarefa é a de auxiliá-los na tentativa de chegarem a uma composição.

Os princípios da mediação na lei portuguesa estão assentados no artigo 3.º e discriminados nos artigos 4.º até o 9.º, designadamente a voluntariedade (4.º), confidencialidade (5.º), igualdade e imparcialidade (6.º), independência (7.º), competência e responsabilidade (8.º) e executoriedade (9.º). Na legislação do Brasil estão elencados no art. 2º, I a VIII: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

O princípio da voluntariedade, de acordo com os doutos, é a base da mediação, sua vantagem consiste na desnecessidade de submissão obrigatória a esse método, ou seja, o interessado poderá participar ou não do procedimento, eventual recusa não será considerada ofensa ao dever de cooperação previsto na lei adjetiva.

Em ambas as legislações verificamos essa premissa comum da voluntariedade³; no caso brasileiro, traduzida na autonomia da vontade (art. 2º, V, *c/c* o § 2º)⁴, que corresponde à liberdade dos interessados na escolha (espontânea) do processo de mediação para, desse modo, resolverem suas pendências da forma que melhor lhes convier dentro dos limites legais e sem qualquer intervenção impositiva de terceiros. Também lhes é franqueada a possibilidade de

3 Lei nº 29/2013: “Artigo 4.º (...) 1 – O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento. 2 – Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento”.

4 “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) V – autonomia da vontade das partes (...) § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.”

desistência desse sistema a qualquer momento, sem consequências negativas⁵. Ressaltamos, ainda, a garantia assegurada de livre acesso ao Judiciário, se essa for a opção mesmo durante o transcorrer do procedimento.

Por outro lado, insta acentuar outro aspecto importantíssimo sobre o princípio da voluntariedade, eis que tal preceito não importa em um substitutivo ao sistema judicial, pois, na realidade, a relação que se estabelece é de adequação e complementaridade à jurisdição. Quando falamos em adequação, referimo-nos especificamente àqueles casos que apresentam os pressupostos de mediabilidade do conflito – patrimonialidade dos interesses e transigibilidade dos direitos – estampados no artigo 11.º, nºs 1 e 2, da Lei nº 29/2013.

No ordenamento brasileiro as hipóteses vocacionadas à autocomposição são aferidas nos termos do art. 3º da Lei nº 13.140/2015, ou seja, “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (...) § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Essa adequação se dá a partir da perspectiva de que a mediação será a melhor alternativa ou a mais ajustada, rápida e prática para a solução consensual dos conflitos, de tal sorte que, preenchidos os citados critérios de mediabilidade, a insistência na judicialização direta implicará na opção mais inadequada.

Por sua vez, a vertente da complementaridade ao sistema judicial decorre da dependência a esse mesmo sistema para garantir a exequibilidade das decisões celebradas no âmbito extrajudicial de resolução de conflitos, em consonância com o princípio da executoriedade⁶ previsto no artigo 9.º da Lei nº 29/2013, de 19 de abril, e na lei brasileira no parágrafo único de seu art. 20⁷.

Prosseguindo sobre os princípios consagrados em ambas as legislações ora estudadas, fazemos referência ao princípio da confidencialidade, previsto

5 Lei nº 29/2013: “Artigo 4.º (...) 3 – A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil”.

6 “Artigo 9.º (...) 1 – Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo ministério da Justiça.”

7 “Art. 20. (...) Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.”

nos artigos 5.º e 18.º, n.º 3, da Lei n.º 29/2013⁸; arts. 2.º, VII, e 30, § 1.º, da Lei n.º 13.140/2015⁹, e art. 166, § 1.º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), *verbis*: “A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso de procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”.

A previsão de confidencialidade nas legislações em pauta diz respeito à obrigatoriedade de se manter o sigilo de todos os assuntos tratados no curso das sessões de mediação, e alcança especialmente o mediador que não pode divulgar as informações sigilosas a estranhos ao procedimento em questão (dimensão externa) e tampouco às partes nelas envolvidas (dimensão interna), como se infere da regra disposta no art. 31 da Lei brasileira (n.º 13.140/2015), *in verbis*: “Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado”, também constante do Estatuto Processual Civil brasileiro, no § 2.º do art. 166, *verbis*: “Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

Cabe ressaltar também que a abrangência do princípio da confidencialidade é ampla e atinge todos os que participaram do procedimento em questão, conforme se verifica pelas disposições constantes no n.º 3¹⁰ do artigo 18.º e artigo 28.¹¹ da Lei n.º 29/2013.

Na Lei brasileira n.º 13.140/2015, essa obrigação também está presente no art. 30, § 1.º, já transcrito e no acima reproduzido § 2.º do art. 166 do Código de

8 “Artigo 5.º (...) 1 – O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem. 2 – As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu conhecimento, às restantes partes envolvidas no procedimento.”

“Artigo 18.º (...) 3 – Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.”

9 “Art. 2.º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) VII – confidencialidade (...)”

“Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1.º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.”

10 “3 – Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.”

11 “Artigo 28.º (...) Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º, o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.”

Processo Civil. Ambos vedam a exposição pública de fatos, temas e propostas discutidos durante a mediação, inclusive a divulgação em processo arbitral e/ou judicial, a não ser que as partes expressamente decidam levantar o indigitado sigilo, ou quando decorrer de imposição legal ou, ainda, se for necessário para o cumprimento do acordo celebrado em mediação.

Repetimos, *ad nauseam*, o citado § 1º e seus incisos I a IV do art. 30 da Lei nº 13.140/2015, e o § 2º do art. 166 do Código de Processo Civil brasileiro, tal qual a norma portuguesa similar (artigos 5.º, nºs 1 e 2, 18.º, n.º 3, e 28.º), são expressos em estender o dever de confidencialidade a todos os atores que participaram da mediação (mediador, partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que, direta ou indiretamente, tenham participado do procedimento) e essa obrigação alcança não só as informações conhecidas, mas também todo o conteúdo das sessões, nomeadamente “(...) os documentos trocados, as palavras dirigidas pelas partes e pelo mediador, as propostas de solução formuladas no seio das sessões” (LOPES; PATRÃO, 2014, p. 41).

Em ambas as legislações analisadas, verifica-se que o princípio da confidencialidade não é absoluto – aliás, como todos os demais – e sofre restrições quando estejam em causa razões de ordem pública, conforme disposto no artigo 5.º, n.º 3, da Lei lusa¹², e no Brasil essa exceção consta no art. 30. Na vertente portuguesa, as restrições são mais detalhadas e abrangem a proteção do interesse superior da criança e da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa. Na lei brasileira, a obrigatoriedade de sigilo cede nos casos de comunicação relativa à ocorrência de crime de ação pública – hipóteses que nos parecem redundantes, pois naturalmente se encontram inseridas no âmbito do interesse público, independentemente do eventual sucesso da mediação.

De todo o exposto, já é possível inferir uma vantagem significativa do procedimento de mediação, que é a ausência de exposição pública do litígio, pois não haverá necessidade da intervenção de terceiros estranhos, como testemunhas ou peritos, e, não havendo divulgação da questão litigiosa, a imagem externa dos contendores restará preservada.

Privacidade, indubitavelmente, é um aspecto relevantíssimo no mundo atual dos negócios, na economia globalizada em geral ou no mercado financeiro,

12 Lei nº 29/2013: “Artigo 5.º (...) 3 – O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente 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”.

especialmente nos casos de conflitos empresariais de alta repercussão econômica. A impressão transmitida será de segurança, solidez e estabilidade dos litigantes, quer sejam pessoas naturais, quer sejam empresas, mesmo estando em curso o indigitado procedimento.

Uma consequência natural, derivada do princípio da confidencialidade, que delimita o ofício do mediador, é o seu impedimento para atuar como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o procedimento de mediação (artigo 28.º da Lei nº 29/2013), regra essa repetida no contexto brasileiro, conforme arts. 6º e 7º da Lei nº 13.140/2015¹³ e § 2º do art. 166 do CPC.

Diante dessas vedações legais, concluímos que caso o mediador venha a ser convocado para prestar depoimento, em sede judicial ou arbitral, a respeito de assunto conhecido em procedimento de mediação, ele deverá abster-se, a não ser que se trate dos temas abrigados nas exceções previstas nos artigos *sub examine*.

Analisaremos agora o princípio estabelecido no artigo 9.º, nºs 1, *a a e*, e 4¹⁴, da Lei nº 29/2013, e no parágrafo único do art. 20¹⁵ da Lei brasileira (nº 13.140/2015).

De um modo geral, podemos obter que o princípio em pauta estabelece os requisitos legais necessários para conferir força executiva ao ajuste obtido em procedimento de mediação.

Pedimos vênua novamente para invocar a lucidez jurídica de Garcia (2015, p. 179), que analisou minuciosamente os pressupostos inerentes desse preceito primordial, assentando:

13 “Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.”

“Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.”

14 “Artigo 9.º (...) 1 – Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça. (...) 4 – Tem igualmente força executiva o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas *a)* e *d)* do n.º 1, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva”.

15 “Art. 20. (...) Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.”

“O princípio da executoriedade, previsto no artigo 9.º, estabelece os requisitos a que deve obedecer o acordo alcançado pelas partes (nos termos do artigo 20.º) para que lhe seja conferido força executiva quando a mediação corre fora dos sistemas públicos e em fase não judicial do litígio. O acordo alcançado em fase judicial, com suspensão da instância, é homologado pelo juiz do processo, como estabelece o n.º 5 do artigo 273.º do CPC. Desenvolvendo-se a mediação nos julgados de paz, o acordo é homologado pelo juiz de paz, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, da Lei nº 78/2001 (alterada pela Lei nº 54/2013). O acordo obtido em mediação civil e comercial, no âmbito do procedimento regulado na Lei nº 29/2013, com a participação de mediador inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça, e com observância dos demais requisitos estabelecidos no n.º 1 do artigo 9.º tem força executiva própria, ou seja, sem necessidade de homologação judicial. Este título executivo deverá, assim, inscrever-se entre os previstos na al. d) do n.º 1 do artigo 703.º do CPC, ‘os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva’. Apesar de o acordo assim alcançado ter força executiva, as partes têm a faculdade de submeter a acordo a homologação judicial, nos termos do artigo 14.º, apresentando o pedido conjuntamente em qualquer tribunal competente em razão da matéria.”

Em vista da clarividência dessa lição, seriam desnecessárias outras considerações, todavia cumpre destacar que, em nosso ponto de vista, um dos motivos primordiais da eficácia executiva conferida ao acordo lavrado em mediação é justamente incentivar as partes a optarem pelos mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, em sintonia fina, portanto, com a ideia original de celeridade e efetividade do procedimento.

Oportunamente, ressaltamos, ainda, que os contendores poderão submeter à homologação judicial o acordo obtido em mediação – já dotado de executoriedade nos termos do artigo 9.º, n.º 1, *a* e *e*, e n.º 4, da Lei nº 29/2013 – conforme a norma disposta no verbete 14º, n.º 1, *verbis*: “nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial”.

Na legislação brasileira, adotou-se o mesmo critério de conferir eficácia executiva aos acordos de mediação, como se constata pelas disposições contidas no parágrafo único do art. 20, ratificado pelo art. 515, II e III¹⁶, do Código

16 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste título: (...) II – a decisão homologatória de autocomposição judicial; III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza.”

de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), cujo inciso III é dirigido aos casos de acordos celebrados em mediação extrajudicial. Caso não haja homologação, o termo final do acordo constituir-se-á título executivo extrajudicial, nos termos do parágrafo único do art. 20 da Lei nº 13.140/2015.

O artigo 10.^o¹⁷ da Lei nº 29/2013 especifica que os litígios mediáveis em Portugal são aqueles de natureza civil e comercial, com exclusão dos litígios passíveis de mediação familiar, laboral e penal que são regulados por legislações específicas sobre tais matérias.

No Brasil, o art. 1º da Lei nº 13.140/2015 define o conceito legal da mediação “como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. Por sua vez, o art. 3º da mesma lei de regência dispõe: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, enquanto o parágrafo único do art. 42 prescreve: “a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”; diante dessas balizas legais podemos concluir, então, que as questões de caráter civil, comercial, administrativa e fiscal estão inseridas no âmbito de aplicação da lei brasileira, excetuando-se as de natureza laboral.

Por oportuno, ressaltamos uma diferença importante entre a legislação lusa – que exclui do seu âmbito de aplicação a apreciação das causas de natureza administrativa e fiscal – e a congênere brasileira (Lei nº 13.140/2015), que dedicou o Capítulo II, Seções I e II, arts. 32 a 40 para disciplinar as condições que regem a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Em relação ao objeto – cabimento da mediação em conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação – entendemos que a redação usada na norma em destaque¹⁸ pode suscitar dúvidas em relação ao seu alcance.

Genericamente, entende-se por direito indisponível aquele que é relativo a um interesse público, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade, ou seja, são direitos indisponíveis aqueles aos quais os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. A partir dessa

17 “Artigo 10.º Âmbito de aplicação. 1 – O disposto no presente capítulo é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal.”

18 Lei nº 13.140/2015: “Art. 3º (...) § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

premissa, inferimos que o comando contido no § 2º do art. 3º da Lei brasileira viabiliza, em caso de consenso entre partes sobre direitos indisponíveis, porém transigíveis, a submissão da avença ao crivo do juiz, com oitiva do Ministério Público.

Feitas as singelas distinções entre os dois conceitos acima – disponibilidade e indisponibilidade de direitos – chegamos à seguinte conclusão: não se pode confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se verifica nas hipóteses em que a lei categoricamente veda a transação. Sendo assim, repetimos: inexistindo tal restrição, nas demais situações litigiosas que envolvam direitos indisponíveis, porém transigíveis, o acordo deverá, obrigatoriamente, ser submetido à apreciação do juiz, com intervenção do Ministério Público.

O artigo 12.º, n.ºs 1 a 4, da Lei nº 29/2013 estabelece as regras que regem a convenção de mediação no ordenamento português, e a primeira disposição¹⁹ reza que as partes podem prever contratualmente que os eventuais litígios decorrentes do contrato sejam submetidos à mediação.

A segunda prescrição²⁰ da mesma norma determina que a mediação adote a forma escrita, sob pena de invalidade da convenção, pois se trata de formalidade *ad substantiam*, a teor da disposição contida no n.º 3²¹. Além da exigência de forma escrita, também servirão para instrumentalizar a convenção outras manifestações exteriorizadas por qualquer meio escrito, como cartas, telegramas, *e-mail* e outros recursos eletrônicos.

O principal efeito (negativo temporário) processual que decorre da indigitada convenção está previsto no n.º 4²², especificamente a suspensão da instância, exceção dilatória a ser invocada pelo réu que pretenda constituir o procedimento em questão até o momento da apresentação da sua primeira impugnação. Desse modo, caso alguma das partes desrespeite a convenção e resolva recorrer diretamente aos tribunais, caberá ao réu suscitar à exceção em

19 “Artigo 12.º (...) 1 – As partes podem prever, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação.”

20 “Artigo 12.º (...) 2 – A convenção referida no número anterior deve adotar a forma escrita, considerando-se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrônicos de comunicação.”

21 “Artigo 12.º (...) 3 – É nula a convenção de mediação celebrada em violação do dispositivo nos números anteriores ou no artigo anterior.”

22 “Artigo 12.º (...) 4 – O tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até o momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação.”

tela e assim bloquear a competência do tribunal judicial para conhecer do litígio, que deverá ser redirecionado para o procedimento de mediação.

Nesse mesmo sentido, a dicção de Garcia (2015, p. 181), que ao discorrer sobre os efeitos da convenção sintetizou-os nestes termos:

“A convenção de mediação produz, para os seus subscritores, aquilo a que poderemos chamar um efeito negativo temporário, ou seja, uma inibição da competência do tribunal judicial para conhecer do mérito da causa, quando seja proposta ação em tribunal e o réu, na sua contestação, invoque a existência da convenção, produzindo-se a suspensão da instância e remessa do processo para mediação, nos termos do n.º 4 do artigo 12.º. Caso alguma das partes recuse iniciar ou continuar o procedimento de mediação, como o princípio da voluntariedade lhe permite, a instância judicial será conseqüentemente retomada.”

Convém salientar, ainda, que na legislação adjetiva lusa também encontramos a previsão de suspensão de instância, por ordem do juiz, em qualquer estado da causa, nas situações em que ele julgar mais conveniente, a não ser que haja oposição de uma das partes; caso não haja, o acordo alcançado será homologado em consonância com os termos do artigo 273.º, nºs 1 a 5, do Código de Processo Civil lusitano.

No sistema brasileiro, à semelhança do português, nas disposições comuns do procedimento de mediação a suspensão da instância está prevista no *caput* do art. 16 da Lei nº 13.140/2015: “ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do conflito”, inclusive com suspensão do prazo prescricional²³, enquanto transcorrer o procedimento em questão.

Na mediação extrajudicial também encontramos a indigitada “suspensão” derivada de cláusula contratual, conforme disposto no *caput* do art. 23²⁴.

No novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o parágrafo único do art. 221 é expresso em dispor sobre a suspensão dos prazos para fins de execução de programa do Judiciário relacionados à resolução alternativa de conflitos: “Suspendem-se os prazos durante a execução de programa instituído pelo

23 “Art. 17. (...) Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.”

24 “Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.”

Poder Judiciário para promover a autocomposição, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos”. A mesma prescrição consta do parágrafo único do art. 694 do CPC, que se refere a ações de família, porém extensível a outras circunstâncias: “A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”.

Por oportuno, fazemos referência às determinações constantes do art. 20 que disciplinam o encerramento da mediação a partir da lavratura do termo final nas seguintes hipóteses: celebração de acordo, ou quando não houver mais justificativas em envidar novos esforços para se obter o consenso dos mediados. Tais situações poderão ser certificadas por declaração do mediador ou a requerimento de qualquer das partes. Registramos, novamente, que o termo final de mediação, havendo acordo, valerá como título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial (parágrafo único do art. 20 da Lei nº 13.140/2015).

Passamos agora a abordar a homologação de acordo, a pedido das partes, celebrada em sistema extrajudicial, hipótese versada no artigo 14.^{o25} da Lei nº 29/2013.

Muito embora o artigo 9.^o da legislação dispense a homologação judicial para imprimir efeito executivo aos acordos de mediação – desde que observados os requisitos das suas alíneas de *a* a *e* e n.^o 4 – as partes têm a faculdade de pedir conjuntamente a chancela judicial em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via eletrônica, nos termos de portaria governamental originária da área da justiça (conforme redação do n.^o 2 do artigo 14.^o).

A indigitada homologação tem por finalidade a verificação judicial acerca da mediabilidade do litígio, se houve a observância dos princípios gerais de direito sobre a capacidade das partes para realizar a mediação, se se respeitou a boa-fé da inexistência de abuso de direito e se o seu conteúdo não viola a ordem pública. Tais determinações estão elencadas no n.^o 3²⁶ da norma em questão.

Interessante destacar, também, que no preceito em pauta, diferentemente do disposto no artigo 9.^o, n.^o 1, *e*, não se previu a necessidade de inscrição do

25 “Artigo 14.^o (...) 1 – Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial.”

26 “Artigo 14.^o (...) 3 – A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.”

mediador na lista do Ministério da Justiça, razão pela qual podemos concluir que naqueles casos de procedimento de mediação em que não tenha participado mediador registrado na lista, ou, ainda, em acordos que não seguiram o regramento específico da Lei nº 29/2013, restará às partes que pretendam imprimir a respetiva eficácia executiva submeter a avença ao crivo judicial.

De acordo com o estabelecido no n.º 5 do artigo sob análise, em caso de recusa de homologação, o acordo não surtirá efeito e será devolvido às partes, que, no prazo de dez dias, poderão apresentar um novo acordo.

No sistema brasileiro de mediação, o ato de homologação está inserido no retrocitado parágrafo único, *fine* do art. 20 da Lei nº 13.140/2015 c/c o art. 515, incisos II e III²⁷, do Código de Processo Civil. Nessas hipóteses será reputado título executivo judicial, se dispensada a homologação considerar-se-á título executivo extrajudicial em combinação com o art. 784, IV, do CPC²⁸.

A atribuição de força executiva ao acordo obtido em mediação, em ambas as legislações objeto deste estudo, revela a preocupação dos respetivos legisladores em estimular o uso dos mecanismos alternativos de solução de litígios por conta das suas vantagens explícitas, traduzidas na celeridade, simplicidade e segurança que o procedimento oferece às partes sem a necessidade de judicialização direta.

No sistema brasileiro de mediação (Lei nº 13.140/2015), as disposições comuns do procedimento estão disciplinadas nos arts. 14 a 20, e as prescrições são basicamente similares às da legislação lusa. A primeira coincidência encontramos no art. 14, que determina ao mediador, logo no início da primeira reunião, sempre que entender necessário, advertir as partes acerca do sigilo sobre todas as informações produzidas no decorrer do procedimento, norma correspondente ao artigo 16.º, n.º 3, alínea *d*, da Lei nº 29/2013.

O art. 15 da Lei brasileira prevê a possibilidade de, a requerimento das partes ou do mediador com anuência daquelas, convocação de outros mediadores para atuar no mesmo procedimento, quando a questão conflituosa revelar-se complexa, hipótese que guarda correspondência com o preceito constante no artigo 17.º, n.º 1²⁹, do ordenamento português.

27 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) II – a decisão homologatória de autocomposição judicial; III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza.”

28 “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.”

29 “Artigo 17.º (...) 1 – Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos.”

No art. 16 da Lei nº 13.140/2015 está prevista a suspensão do processo arbitral ou judicial em curso a pedido das partes ao juiz ou ao árbitro por prazo suficiente para tentar-se a solução consensual do litígio. No mesmo artigo, o § 1º dispõe sobre a irrecorribilidade da decisão que suspende o processo, e o § 2º prescreve que mesmo durante a suspensão será possível a concessão de medidas urgentes pelo juiz ou árbitro. Na lei portuguesa, a previsão de suspensão da instância na mediação extrajudicial consta no artigo 12.º, n.º 4, e em fase judicial é regulada pelo artigo 273, n.ºs 1 a 5, do Código de Processo Civil lusitano.

Já o art. 17º da Lei nº 13.140/2015 estabelece o *dies a quo* da mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião, e o seu parágrafo único prevê a suspensão do prazo prescricional durante o procedimento. Na legislação portuguesa essas regras estão inscritas nos artigos 16.º, n.º 2, e 13.º, n.º 2.

O art. 18 da lei brasileira dispõe sobre a necessidade de anuência das partes para as reuniões posteriores após o início da mediação, e o art. 19 estabelece o âmbito de atuação do mediador que poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, e pedir informações que julgar úteis para facilitar o entendimento dos contendores, previsões que também constam dos artigos 16.º, n.º 3, *f*, e 26.º, *c*, *fine*³⁰, da Lei nº 29/2013.

Por sua vez, o art. 20 da Lei nº 13.140/2015 regula o encerramento do procedimento de mediação, sobrevivendo a lavratura do seu termo final em decorrência de acordo ou quando não subsistirem mais justificativas para se continuar a busca do consenso, fato que deverá ser certificado pelo mediador ou por manifestação de qualquer das partes. No ordenamento lusitano, a finalização da mediação ocorrerá nos termos do artigo 19.º, em virtude dos seguintes fatos: com a celebração de acordo entre as partes; na hipótese de desistência de qualquer delas, por decisão fundamentada do mediador, no caso de se verificar a impossibilidade de obtenção de acordo e, derradeiramente, pelo esgotamento do prazo máximo de duração do procedimento, inclusive as suas eventuais prorrogações.

No ordenamento brasileiro, o art. 4º da Lei nº 13.140/2015 reza que: “O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes”. Sua atuação, tal qual a previsão legal lusitana, deverá ser pautada pela busca do entendimento e do consenso entre as partes, facilitando, assim, a resolução do conflito (§ 1º). “Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação”, conforme o § 2º do art. 4º. De outra banda, cumpre salientar que o art. 25 preconiza que na mediação judicial os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das

30 “Artigo 26.º Deveres do mediador de conflitos (...) c) Assegurar-se de que os mediados têm legitimidade e possibilidade de intervir no procedimento de mediação, obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento e, caso seja necessário, falar separadamente com cada um.”

partes, a *contrario sensu* da disposição contida no art. 4º, de tal sorte que nesta hipótese a designação caberá ao Tribunal.

Antes de prosseguirmos discorrendo sobre a figura do mediador no contexto brasileiro, insta acentuar que o Novo Código de Processo Civil brasileiro considera-o um auxiliar da Justiça, de acordo com o art. 149³¹, cujas funções são reguladas pelo § 3º do art. 165 do mesmo Códex, norma sem correspondência com a Lei nº 29/2013.

O art. 5º impõe ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, tais limitações deverão ser interpretadas conforme os arts. 144 e 145 do novo Código de Processo Civil.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 5º prescreve ao mediador o dever de revelação às partes, antes da aceitação do encargo, de qualquer fato ou circunstância que possa colocar em risco a sua reputação de imparcialidade para mediar o conflito, ocasião em que poderá ser recusado por qualquer delas, regra essa coincidente com a legislação lusa, conforme já exposto anteriormente.

O art. 6º estabelece o impedimento, pelo prazo de um ano, contado a partir da última audiência que o mediador atuou, para prestar assessoria, representar ou patrocinar qualquer das partes. Nos termos do art. 7º, ele também não poderá funcionar como árbitro ou ser testemunha em processos judiciais ou arbitrais relacionados ao conflito em que tenha prestado serviços. Essas regras servem para resguardar a confiança intrínseca que as partes depositam no mediador na presunção de que alguns assuntos e informações debatidos no procedimento não serão divulgados ou utilizados como prova em processos judiciais ou arbitrais. Tais restrições também são apropriadas para impedir eventual tentativa do mediador em prosperar clientes, pois, em virtude do seu conhecimento das questões fáticas e demais dados obtidos no transcurso da mediação de que participou, haveria a probabilidade de favorecimento a um dos mediados em prejuízo do outro.

O texto do art. 8º equipara o mediador e todos os que o assessoram no procedimento, para fins da legislação penal e quando no exercício de suas funções, a servidores públicos.

O artigo 46.º estabelece a aplicação da Lei nº 29/2013 aos conflitos coletivos de trabalho, apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526.º a 528.º do Código de Trabalho. Por se tratar de um

31 “Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”

tema que envolve certas especificidades da legislação laboral lusitana, optamos por destacar suas singularidades próprias de acordo com o entendimento de Lopes e Patrão (2014, p. 214-215), que preconizam a possibilidade de a mediação suceder em qualquer lugar ou momento, por acordo das partes ou, por iniciativa de uma delas, mediante comunicação escrita à outra.

O procedimento é realizado por mediador nomeado pelo serviço competente do Ministério responsável pela área laboral; as partes poderão comparecer às reuniões convocadas, e as respectivas entidades sindicais e associativas dos interessados que não se façam representar cometem contraordenação grave. O mediador deverá elaborar proposta de acordo que remeterá às partes em 30 dias, a contar de sua nomeação. Por sua vez, o dever de sigilo só envolve o mediador no que se refere às informações recebidas no decurso do procedimento que não sejam conhecidas da outra parte.

Derradeiramente, e retornando à legislação brasileira (Lei nº 13.140/2015), julgamos necessário abordar o parágrafo único do art. 42, nas disposições finais, que exclui a possibilidade de aplicação da lei de mediação nas relações de trabalho e que será objeto de lei específica.

Sem embargo dessa questionável restrição, é fato que essa lei acabou sutilmente reinterpretada pela própria justiça especializada, a qual, em virtude da Resolução nº 125, de 29.11.2010, do Conselho Nacional de Justiça e do advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), houve por bem regular recentemente o procedimento judicial de mediação, por meio da Resolução nº 174, de 30.09.2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas, cujo objetivo primordial é a necessária e imprescindível “pacificação social”, expressa nos termos do seu art. 4º: “O CSJT organizará programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação”.

A Resolução nº 174 conceitua a mediação nos seguintes termos:

“(…) é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio.”

Pois bem, verifica-se que o sentido da norma em questão coincide com os pressupostos gerais da Lei da Mediação nº 13.140/2015, todavia, no âmbito da mencionada Resolução nº 174, só haverá lugar para a mediação judicial

quando a lide já estiver instaurada. As sessões serão realizadas na presença e sob fiscalização do juiz, que poderá atuar como conciliador ou mediador e, ainda, supervisionar as atividades dos demais intervenientes – na condição de conciliadores e/ou mediadores – os quais serão sempre servidores públicos ativos ou inativos ou magistrados togados ou aposentados (art. 6º, § 1º).

O § 8º veda a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho. O art. 7º, § 6º, estipula que as conciliações e mediações processadas no Judiciário trabalhista somente terão validade nas hipóteses previstas na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), aí incluída a homologação pelo magistrado que supervisionou a audiência, sendo inaplicáveis as disposições referentes às Câmaras Privadas de Mediação e as normas relativas à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual previstas no Novo Código de Processo Civil!

Essas restrições sofreram críticas da doutrina nacional – no nosso sentir, procedentes – como, por exemplo, aquela lançada por Pinho e Paumgarten (2016, p. 251), nestes termos:

“A restrição à prática da mediação nas relações trabalhistas que se observou durante a tramitação da Lei da Mediação segue na contramão da política judiciária atual. A Justiça do Trabalho sofre com um persistente e prejudicial desvirtuamento do seu princípio conciliatório e apaziguador e a mediação pode ser uma ferramenta útil para resolver eficazmente uma série de conflitos nesta área.”

A redação dos artigos citados da indigitada Resolução nº 174 representa um contrassenso social e jurídico, por estar na contramão da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, promulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 125/2010), órgão máximo de controle administrativo e financeiro do Judiciário brasileiro (art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal), cujas atribuições compreendem, dentre outras, o planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias e a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social. A Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho propõe política pública que excepciona a possibilidade de as partes optarem pela modalidade de mediação extrajudicial para resolução de conflitos de origem laboral – em clara dissonância com a proposição do Conselho Nacional de Justiça, que não restringe tal alternativa. A partir desse momento estaremos, no mínimo, diante de um inegável retrocesso oriundo de uma restrição indevida à autonomia e à

participação ativa das partes, que são princípios fundamentais da lei de mediação (art. 2º, V), e que compreendem a possibilidade conferida aos interessados de escolher livremente o procedimento que melhor lhes convier. Também não se pode esquecer que a vedação sob comento inibe a propagação dos outros reflexos benéficos que o procedimento de mediação, judicial ou privada, propicia notadamente a redução da excessiva judicialização dos conflitos.

Enfim, parece-nos que essas interferências revelam um tipo de protagonismo do Judiciário que poderá gerar efeitos contrários aos perseguidos pela lei da mediação, pois é evidente que tais regulações estatais, ao invés de estimular as pessoas a recorrerem aos mecanismos de resolução apropriada de disputas para que, dessa forma, resolvam amigavelmente seus próprios conflitos, acabam, na realidade, induzindo à judicialização da mediação, desconsiderando o fato notório de que o Estado falhou na sua missão de pacificação social em virtude de várias razões. Podemos exemplificar, dentre outras, a sobrecarga dos tribunais, os custos elevados com as ações judiciais, a demora na solução das lides, além do excessivo formalismo processual.

Considerações finais

Creemos serem essas as premissas mais relevantes nos contextos jurídicos luso-brasileiros. Sua noção comum é de que o procedimento será conduzido por terceiro imparcial, que goze da confiança das partes, desprovido de poder decisório e detentor de capacidades suficientes para auxiliar, facilitar e incentivar os envolvidos a solucionarem voluntariamente a controvérsia, da forma que melhor atenda seus interesses. O objetivo das legislações em pauta não é só resolver a crise de eficácia da justiça, alimentada pelo crescente e contínuo acervo processual dos tribunais, mas, primordialmente, disponibilizar aos interessados um tratamento adequado aos seus conflitos de interesses.

No fechamento desta investigação, podemos concluir que a mediação em Portugal e no Brasil é um mecanismo de gestão de conflitos e disputas que objetiva precipuamente assegurar uma nova forma de acesso à Justiça, não se tratando de uma alternativa ou de substituição à adjudicação nem à jurisdição.

Entendemos que a eficácia – nos dois países – do indigitado instrumento dependerá das políticas públicas complementares que não objetivem, a qualquer custo, a redução da demanda processual em tramitação no Judiciário, mas, sim, que tenham como norte a transformação das relações comunitárias que propiciem a pacificação social que, provavelmente, advirá da disponibilização desse novo espaço de autocomposição aos cidadãos, cujo controle do procedimento e do seu resultado caberá aos próprios interessados.

DOCTRINA

No atual contexto, cremos que a probabilidade de êxito desse meio extrajudicial de resolução de conflitos é maior em Portugal, tendo em vista tratar-se de uma política legislativa emanada da União Europeia, de abrangência transfronteiriça, circunstância que poderá incentivar a aplicação do procedimento em questão no âmbito interno. Ademais, percebemos em Portugal uma capilaridade mais densificada no que tange à organização dos sistemas públicos de mediação por conta das disposições previstas na Lei nº 29/2013 (artigos 30.º e seguintes), nos Julgados de Paz, Lei nº 78/2001 alterada pela Lei nº 54/2013 e nos centros de resolução de conflitos de consumo (Lei nº 144/2015), além da forte presença das entidades que prestam serviços de mediação privada (*ad hoc*) e, obviamente, essa diversidade de sistemas proporcionará mais opções aos cidadãos para recorrerem à mediação.

Por outro lado, é fato que a utilização deste método de resolução extrajudicial de conflitos enfrentará a difícil superação da “cultura da litigância”, incrustada na sociedade contemporânea, e essa pedra no caminho conjugada à falta de um impulso prévio à mediação representam obstáculos significativos a serem transpostos para facilitar a popularização do indigitado instrumento. Entretanto, parece-nos que a realidade tem demonstrado que a judicialização exacerbada e a demora no encerramento dos processos não condiz mais com o senso de justiça reclamado pela sociedade, e esta é uma das razões – além do desgaste emocional e financeiro dos envolvidos no conflito – que poderão ajudar a transformar a visão da sociedade em relação aos benefícios derivados da opção ao procedimento de mediação.

No Direito brasileiro, as perspectivas são mais complexas, os obstáculos vão desde a arraigada e secular “cultura da litigância” no lugar da “cultura da pacificação”, à própria mentalidade dos operadores do Direito e dos cidadãos, que ainda enxergam na sentença proferida pelo Poder Judiciário a solução mais segura do litígio e relegam a segundo plano o fato de que o aludido método consensual traduz a solução mais adequada à resolução das controvérsias, em virtude das vantagens já mencionadas.

Para encerrar, concluímos que em ambas as legislações estudadas detectamos um *deficit* de efetividade relacionado à falta de previsão legal de uma etapa, ou impulso, prévia de mediação, sem desconsiderar o princípio básico da voluntariedade que permeia referidas leis e o da inafastabilidade da jurisdição, que não serão afetados, pois a opção à via judicial continuará disponível no caso de insucesso na mediação. Todavia, a imposição dessa etapa prévia – como requisito indispensável à propositura da ação – em que as partes deveriam demonstrar ao Juízo que tentaram se compor é factível e, inclusive,

já encontra eco no NCPC, como se verifica no art. 139, V, *verbis*: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

No ordenamento luso também já existe essa previsão de acordo com os termos do artigo 15.º da Lei nº 23/96 (alterada pela Lei nº 10/2013). Aliás, a citada Diretiva nº 2008/52/CE também consagra a hipótese versada em seu artigo 3.º, portanto, o invocado filtro anterior à judicialização, como condição de procedibilidade, inegavelmente serviria para reequilibrar o sistema de justiça tradicional disponibilizado às partes e, dessa forma, racionalizaria a prestação jurisdicional, evitando o recurso desmesurado ao Poder Judiciário em Portugal e no Brasil.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.

CEBOLA, Cátia Marques. La mediación. In: LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>.

CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Resolução CSJT nº 174, de 30 de setembro de 2016*. Disponível em: <<http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95527>>.

GARCIA, Maria Olinda. *Gestão contratual do risco processual a mediação na resolução de conflitos em direito civil e comercial*. Workshop. Coordenação Antônio Pinto Monteiro. Coimbra: Instituto Jurídico/FDUC, nov. 2015. Disponível em: <ij.fd.uc.pt/publicações_grupo3_001.html>.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Benardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Marco legal da mediação no Brasil*: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.

MARQUES, João Paulo Remédio. *Acção declarativa à luz do Código revisto*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende (Coord.) *et al.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Recebido em: 29/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019