

Os Princípios Norteadores da Mediação e o Mediador

Entendendo a Mediação:

Em primeiro lugar é preciso ressaltar que o que se busca com a mediação e com as outras formas de solução de conflitos extrajudiciais existentes não é “fazer papel de bobo” como algumas pessoas defendem, pessoas essas que defendem que somente as soluções advindas dos tribunais judiciais, depois de uma longa demora é que podem ser consideradas as únicas adequadas. Essa visão encontra-se definitivamente ultrapassada e os nossos tribunais demonstram isso dia após dia, com o imenso volume de processos que se encontram parados, sem solução.

Com os mecanismos de forma de solução de conflitos extrajudiciais o que se propõe e que cada um dos envolvidos seja responsável pela solução apresentada. Lembrando as palavras magistras do XIV Dalai Lama temos que: Pás não é simplesmente ausência de guerra. Não é um estado passivo de ser. Nós devemos fazer paz, tão conscientemente como fazemos guerra. Isso significa dizer que devemos buscar solucionar os problemas existentes e não simplesmente deixar que outras pessoas decidam por nós. É preciso tomar as rédeas de nossa vida e sermos responsáveis por nossas decisões e não simplesmente transferir a responsabilidade para outros.

Uma das formas de buscarmos solucionar esses problemas é mediante a realização da mediação. No entender de Maria de Nazareth Serpa temos que mediação vem do latim mediare e significa: “mediar, dividir ao meio ou intervir, se colocar no meio. Estas expressões sugerem a acepção moderna do termo mediação que é o processo pacífico não adversial de ajuste de conflitos”[1]. É preciso que diante de um terceiro as partes venham a clarificar as suas ideias e diante dos interesses respectivos possam se manifestar e criar um novo acordo, uma solução que venha a satisfazer as duas partes envolvidas. Ou ainda:

“A mediação é um processo que tem por objetivo a satisfação dos interesses de uma pessoa, quando estes interesses, de alguma maneira, se apresentam em desacordo com os interesses do outro. O importante papel da mediação é identificar estes interesses na sua gênese e sem qualquer comparação com valores pré-estabelecidos, como por exemplo, os valores impostos pela lei.

Na mediação, o desenvolvimento da negociação de interesse é assistindo por uma terceira pessoa, encarregada de facilitar todos os passos do processo. Como estão em pauta todos os fatos, que determinam o comportamento humano, cabe a esta terceira pessoa a consideração e administração destes fatores, de forma a conduzir as pessoas em disputa a uma resolução que atenda, realmente, às necessidades de ambos os litigantes”[2]

Adevanir Tura conceitua a mediação como sendo

“...um meio de pacificação para controvérsias de natureza informal nas áreas cível, imobiliária, comercial, trabalhista e demais âmbitos,

consequentemente, com o objetivo de facilitar a solução amigável de dissidências a respeito de quaisquer tipos de contratos nos mencionados campos.

A mediação é um processo que envolve a ação de um terceiro – Mediador, estranho ao conflito de interesses, pessoa que procura intermediar e induzir as partes ao elo e um acordo. É bom frisar, que no decurso dessa atividade os envolvidos não ficam vinculados à sugestão do Mediador, pois este somente conduzirá a uma tentativa de conciliação” [3]

Para Luiz Carlos Amorim Robortella temos que:

“A busca de novas formas de solução de conflitos não tem o objetivo único de diminuir a carga do serviço judiciário e o retardo da prestação jurisdicional. Está evoluindo para um conceito mais pleno de realização da justiça, com a atuação de terceiros desvinculados dos interesses em litígio, empenhados em sua solução, sem os constrangimentos e amarras legais a que se submete o juiz.

A mediação propicia um diálogo verdadeiro entre as partes, cada qual confiando suas razões aos mediadores, com maior autenticidade e abertura para negociação de propostas e contrapropostas.

Os mediadores realizam seu trabalho de aproximação baseando-se, além dos aspectos legais, também em razões de conveniência e oportunidade. Estas últimas têm enorme potencial sedutor porque os critérios fundados apenas no sistema legal nem sempre trazem justa composição para o litígio.

É um instrumento de comprovada eficácia, tanto nos litígios individuais quanto nos coletivos, como se verifica no direito comparado.” [4]

Verificamos assim que a mediação é um procedimento em que as partes buscam o mediador, que é um terceiro estranho e imparcial, que irá auxilia-las a clarificar os seus reais interesses. Com isso as partes irão buscar uma forma de chegar a um acordo.

Nas palavras de Astried Brettas Grunwald, temos que:

“A mediação transcende à solução dos conflitos, dispondo-se a transformar o contexto adversarial em colaborativo, estimulando e vitalizando a comunicação entre os indivíduos em conflito de modo a proporcionar o que a jurisdição pública certamente não possui condições de oferecer, celeridade e restabelecimento da relação social entre as partes.” [5]

Cumpre ainda ressaltar que mesmo já tendo sido iniciado um processo judicial ainda assim se poderá buscar a mediação, já que ela poderá ocorrer tanto dentro da esfera judicial, conhecida como mediação endoprocessual, bem como mediante a forma extraprocessual.

Princípios e Mediação

Conforme analisamos anteriormente, qualquer que seja a forma utilizada deverá ser realizada com base em seus princípios norteadores.

Para tratarmos dos princípios específicos da mediação faz-se necessário relembrar a importância do que vem a ser um princípio, e para tanto vale a pena nos socorrermos do conceito de princípio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”[6]

No nosso entender o princípio “vem a ser a fonte, o ponto de partida que devemos seguir em todo o percurso; ao mesmo tempo em que é o início, também é o meio a ser percorrido e o fim a ser atingido. Desta forma, todo o ordenamento jurídico deve estar de acordo com os princípios, pois só eles permitem que o próprio ordenamento se sustente, se mantenha e desenvolva.”[7]

Percebemos por esses conceitos que se por acaso a mediação não for realizada em conformidade com os seus princípios então todo o procedimento poderá ser declarado nulo. Isso significa dizer que iremos retomar ao ponto inicial da controvérsia. Dessa forma, faz-se necessário estarmos sempre atento aos princípios norteadores da mediação que são os seguintes:

a) Princípio da Voluntariedade: Por esse princípio temos que as partes devem participar do procedimento de forma livre, voluntária, exercendo assim em plenitude a autonomia privada da vontade que deve regular essas relações.

Significa dizer que as partes devem realizar o procedimento sem qualquer interferência em sua esfera de vontade, em outras palavras, temos que não se pode existir nenhuma coação ilegal, como por exemplo, uma chantagem.

b) Princípio da Não-Adversariedade: Por esse princípio temos que as partes, livremente, desejam chegar a um acordo. Elas querem solucionar o problema existente e não meramente discutir, questionar e impor a sua posição, confrontando assim direitos. É buscar a solução ao problema existente e não criar outros.

c) Princípio da Intervenção Neutra de terceiro: Esse princípio deve ser exercido logo no início do procedimento de mediação na fase ainda pré-mediação, quando o mediador antes de iniciar a mediação deve perguntar se existe alguma circunstância que possa vir a gerar parcialidade no desenvolvimento da mesma

d) Princípio da Neutralidade no Mérito: Esse princípio nos remete a idéia de que para as partes envolvidas o mérito é extremamente importante o que na valoração do mediador pode não ocorrer. Buscando assim, preservar o procedimento de mediação, independente do tipo de questão que se apresente diante do mediador deverá ele agir com neutralidade, já que para as partes aquela questão é importante e por isso merece ser respeitada e solucionada.

e) Princípio da Imparcialidade: Por esse princípio temos que o mediador encontra-se acima das partes e de forma eqüidistante, isso significa dizer que ele irá ouvir as duas partes de forma igual e não irá representar ou aconselhar nenhuma das partes. Ele é imparcial porque não está do lado de nenhuma das duas partes, ele não tem interesse próprio em nenhuma das questões que estão envolvidas nos conflitos. É uma condição fundamental para ser mediador, assim não poderá existir nenhum conflito de interesses ou relacionamento que seja capaz de alterar e viver a afetar a sua imparcialidade.

Além disso, o mediador deverá agir sem qualquer favoritismo ou ainda isento de preconceitos com relação as partes, ao tema a ser desenvolvido, as palavras utilizadas ou a aparência dos mediados. Significa dizer que o mediador não poderá deixar-se influenciar por seus valores ou preconceitos para poder realizar devidamente o seu trabalho.

f) Princípio da Autoridade das Partes ou Princípio Dispositivo das Partes: Por esse princípio temos que as partes, sempre em conformidade com o princípio da autonomia da vontade podem dispor livremente, desde que não venha a contrariar a ordem pública. Isso significa que as partes são responsáveis pelos resultados e pelo próprio andamento do procedimento da mediação passando de uma fase a outra até chegar ao acordo ou não. Quem detem o poder de decisão é as partes.

g) Princípio da Flexibilidade do processo: A mediação não se desenvolve mediante um procedimento rígido, ao contrário é preciso flexibilidade nesse processo para permitir que as partes escolham livremente quais as normas que serão aplicadas e de que forma. Essa flexibilidade decorre do princípio da autoridade das partes e da autonomia de vontade das partes, assim como elas são responsáveis por conduzir esse procedimento ele se apresenta de forma extremamente flexível.

h) Princípio da Informalidade: Como a mediação se caracteriza pela ausência de uma estrutura previamente estabelecida e a inexistência de qualquer norma substantiva ou de procedimento, novamente cabe as partes decidir qual e como caminho percorrer. Ainda sob os auspícios desse princípio temos que levar em consideração que os atos praticados devem ser precisos, com clareza, concisão e simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos de tal forma que atenda as necessidades das partes e à compreensão das mesmas.

i) Princípio da Privacidade: Como tratamos de autonomia de vontade, a área de abrangência está baseada em interesses privados, no âmbito privado. Por esse princípio temos que as partes poderão mediar somente sobre as disposições que envolvam a autonomia de vontade que se encontram na esfera privada de cada uma delas, não sendo possível mediar ou pactuar quando houver interesse público envolvido. Cria-se com isso uma limitação ao poder de pactuar das partes envolvidas.

j) Princípio da Competência do Mediador: Esse princípio também é estruturante da mediação haja vista que se o mediador não tiver competência para realizar a mediação não deverá se envolver nesse procedimento. É preciso que o mediador tenha uma formação compatível com a mediação a ser realizada, isso significa que deverá estar em constante atualização para que a sua formação não fique desatualizada e defasada.

O Mediador somente deverá realizar participar de procedimentos de mediação quando tiver as qualificações necessárias para vir a satisfazer as expectativas razoáveis das partes.

k) Princípio da Consensualidade: Esse princípio nos remete a própria essência da mediação onde não é possível impor uma decisão às partes, mas sim se deve levar em consideração o resultado dos debates entre as partes e dessa vontade é que será extraída a essência do acordo que elas pretendem firmar. Na mediação as partes chegam a um acordo, nada é imposto ou decidido por elas. É preciso que a mediação seja então norteada pelo consenso entre as partes.

l) Princípio da Confidencialidade: Por esse princípio temos que as informações que forem trabalhadas durante o procedimento de mediação serão de conhecimento apenas das partes e do mediador. São as devidas exceções, quando, por exemplo, as próprias partes tornam público o ocorrido, por acordo, nada poderá ser utilizado ou em juízo ou mediante publicidade. Em outras palavras o mediador não poderá ser chamado a prestar depoimento como testemunha em nenhum processo judicial que as partes oponham envolvendo as questões relacionadas na mediação realizada. Esse princípio tem como objetivo de garantir que as partes depositem total confiança no mediador para que assim a mediação ocorra de forma tranquila.

m) Princípio da Diligência dos Procedimentos: O mediador deverá estar atento ao procedimento de mediação que deve ser tratado com toda a prudência e cuidados devidos, observando assim a qualidade do procedimento e observando sempre os seus princípios fundamentais.

n) Princípio da Boa Fé: Conforme Humberto Theodoro Júnior, o nosso Código Civil de 2002, “fiel ao projeto de seus arquitetos de assentá-lo sobre o princípio da eticidade, invoca a conduta ética dos contratantes. (...) No art. 422, estabelece-se a obrigação acessória de agir segundo os princípios da probidade e boa-fé, independentemente da previsão dessa conduta nas cláusulas do contrato, das negociações preliminares, ou dos termos ajustados para a execução e para a responsabilidade pela prestação realizada.”[8] E ainda nas palavras de Fréderique Ferrand em obra de Humberto Theodoro Jr. Temos que “O princípio da boa-fé objetiva visa, ordinariamente, a completar a convenção, estatuindo, no claro das declarações das partes, regras complementares (obrigações acessórias). Não necessariamente para modificar o negócio jurídico querido pelos contratantes, mas para integrá-lo. Nesse sentido, entende-se que o princípio da boa-fé objetiva é utilizado para realizar uma interpretação integrativa ou completiva, pois serve para o juiz introduzir na relação contratual obrigações e deveres que nela não figuravam originariamente, mas que a boa-fé e os usos observados nos negócios justificam.”[9]

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves dentre os princípios básicos do Código Civil temos o princípio da eticidade que “funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores. Prioriza a eqüidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos.”[10]

o) Princípio da Lealdade: Por esse princípio temos que todos os envolvidos, partes e mediador deverão tratar e serem tratadas com urbanidade e, ainda que todos os envolvidos deverão se portar pelas

normas de moralidade e probidade, buscando sempre dizer a verdade, colaborando sempre para que se possa chegar a uma composição[11]. Todos os envolvidos deverão agir de forma a atingir o que se propuseram, ou seja, realizar a mediação.

Os Princípios Norteadores e o Mediador

Após analisarmos os princípios norteadores da mediação iremos analisar o papel desempenhado pelo mediador e como deverá conduzir a mediação para que esses princípios sempre estejam presentes.

Conforme Adevanir Tura o mediador tem como função uma série ordenada de atos de forma informal, a sua atuação deverá ocorrer de forma neutra, absolutamente imparcial e visando a facilitar a solução do conflito apresentado pelas partes[12]. Maria de Narazeth Serpa aprofundando mais no conceito de mediador nos informa que o mediador é “o terceiro interventor que, mediante técnicas apropriadas ligadas à negociação, dirige as partes para uma solução de valor mútuo. Sua intervenção é neutra e de certa forma limitada, porque sua autoridade está voltada para o processo propriamente dito, e não para a substância da disputa”[13]

É certo afirmar que o resultado da mediação depende tanto do caráter moral e ético do mediador quanto do conhecimento e informação que ele detém. Assim o nível intelectual e o caráter ético e moral do mediador irá contribuir de sobremaneira a se chegar a um resultado positivo para as mediações que lhe são apresentadas.

Conforme Fernando Horta Tavares os erros mais comuns dos mediadores são: ter uma familiaridade com as partes ou ao menos uma delas; possuir uma limitação de tempo para exercer a mediação; apresentar um distanciamento excessivo das partes e do procedimento; dar um ultimatum para que as partes providenciem logo o acordo; elaborar o acordo ou realizar o procedimento de mediação sem a presença de todas as partes que têm poder de decisão estarem presentes; falhar na preparação do procedimento; desenvolver um controle excessivo do procedimento de mediação; apresentar interrupções de forma desnecessária; dar mais valor a reclamação de uma das partes em detrimento da outra; usar uma linguagem inadequada às partes envolvidas; comprometer-se ao travar entendimento com apenas uma das partes; ao invés de promover o procedimento de mediação proferir uma decisão ou ainda declarar prematuramente qual é o problema existente entre as partes[14].

Ao atuar como mediador deverá a pessoa estar atento aos princípios norteadores da mediação, caso contrário irá cair em uma dessas falhas anteriormente mencionadas que acaba atingindo os princípios norteadores da mediação.

É importante ressaltar que o preparo do mediador é de extrema importância e conhecer quais os erros que mais comumente ocorrem e quais os princípios afrontados nos permite nos preparar de forma mais adequada.

Assim, apresentamos, no quadro abaixo, os erros mais comuns[15] e quais os princípios que foram desconsiderados e apresentamos possíveis soluções.

Vejamos:

Problema Apresentado	Princípio Afrontado	Sugestão de como resolver
Familiaridade com uma das partes	Princípio da Imparcialidade	Deve recusar a conduzir o procedimento de mediação.
Limitação do Tempo	Princípio da Autoridade das Partes e Princípio da Flexibilidade do processo	As partes é que irão chegar a conclusão da forma de andamento e o tempo em que esse procedimento irá ocorrer.
Distanciamento Excessivo	Princípio da Confidencialidade	O distanciamento excessivo gera insegurança. É preciso que se estabeleça um elo entre o mediador e as partes para que elas possam confiar em seu posicionamento.
Colocação de ultimatum	Princípio da Autoridade das Partes, Princípio da Flexibilidade do processo.	As partes é que decidem quando e como. Não pode o mediador dar uma posição final.
Falha em não ter todas as partes com poder de decisão presentes	Princípio da Voluntariedade	É preciso que todas as partes envolvidas estejam presentes e de forma voluntária
Falha na preparação do procedimento	Princípio da Competência do Mediador	É preciso um preparo adequado
Controle excessivo	Princípio da Consensualidade	É preciso esperar o momento de cada uma das partes
Excesso de interrupções pelo mediador	Princípio da Competência do Mediador	É preciso acompanhar o processo que está se desenvolvendo sem atrapalhar. Ouvir com

		atenção e clarificar. Deixar que as partes se manifestem.
--	--	-----------------------------------------------------------

Determinação de um valor específico a uma reclamação das partes	Princípio da Imparcialidade	Todas as partes devem ser tratadas da mesma forma.
Uso de nível inapropriado de comunicação	Princípio da Informalidade	Usar a linguagem adequada de forma a atender as necessidades das partes.
Comprometimento de neutralidade ao conversar apenas com um lado	Princípio da Imparcialidade	Todas as partes devem ser tratadas da mesma forma. Se for necessário conversar com apenas uma das partes é preciso que o elo de confiança esteja extremamente forte e que a parte seja devidamente esclarecida sobre como acontecerá.
Julgar ao invés de mediar	Princípio da Autoridade das Partes	O poder de decisão cabe às partes, é preciso deixar que elas decidam o que fazer e como fazer.
Declaração prematura do impasse da mediação	Princípio da Competência do Mediador	Necessidade de se aprimorar mais no procedimento de mediação.

Analizando os erros mais comuns percebemos que os princípios que mais foram afrontados foram: Princípio da Imparcialidade, Princípio da Competência do Mediador e Princípio da Autoridade das Partes. E esses três princípios são fundamentais para que a mediação ocorra de forma devida.

Conclusão

Conforme percebemos o papel do mediador é fundamental para a realização do acordo, mas para que isso ocorra de forma devida faz-se necessário que o mediador saiba da existência dos princípios norteadores, compreendendo a sua importância e relevância.

Como condutor do procedimento de mediação, deixar de usar um dos princípios irá causar danos irreversíveis no procedimento, sendo que se antes era essa a intenção das partes, por falta de conhecimento e de preparo do mediador o procedimento não ocorre de forma devida, não atendendo assim às expectativas das partes. Em suma, esse mediador não está devidamente capacitado para exercer a mediação e ao invés de contribuir positivamente acrescentando informações que venha a clarificar as reais intenções das partes, acaba tornando inviável que o acordo seja firmado. Com isso o mediador irá causar um prejuízo que poderá repercutir tanto na esfera patrimonial das partes envolvidas quanto na esfera emocional do relacionamento que poderá se desgastar ainda mais.