

Formalidade e Confidencialidade da Mediação de Conflitos em Perspectiva Comparada. Experiências Empíricas no Rio de Janeiro e em Buenos Aires¹

Klever Paulo Leal Filpo (INCT-InEAC, PPGD-UCP)

Bárbara Lupetti (INCT-InEAC, PPGD-UVA, UFF)

Thais Borzino Cordeiro Nunes (UCP)

1. Introdução

A pesquisa que ensejou a elaboração deste *paper* é objeto do projeto intitulado “Estudos empíricos sobre a aplicação de mediação de conflitos pré-processual em Buenos Aires – Argentina”, contemplado pela chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES nº 22/2014, do qual participam os autores deste trabalho, e está sendo desenvolvida no âmbito do “Grupo Interdisciplinar de Pesquisa Empírica sobre Administração de Conflitos”, vinculado à Universidade Católica de Petrópolis.

O projeto surgiu do estranhamento quanto ao *locus* em que vêm sendo empregadas predominantemente as técnicas mediativas no Brasil, em vista de uma opção institucional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), agora respaldada pelo novel Código de Processo Civil (CPC), e da forma compulsória como vem sendo oferecida às partes litigantes.

A mediação costuma ser definida como um método autocompositivo de resolução de conflitos através do qual as partes em litígio são auxiliadas por um terceiro neutro e imparcial (o mediador) para que elas próprias possam chegar a uma solução adequada para o litígio (BRAGA NETO, 2012). O atributo “autocompositivo” se refere ao protagonismo das partes na definição do que é melhor para si próprias, ao invés de entregarem ao juiz o poder de decidir a esse respeito. A mediação é, portanto, por natureza, um procedimento informal de composição do conflito ao qual as partes aderem voluntariamente. Por outro lado, ela se realiza em espaços confidenciais ou sigilosos, aos quais somente têm acesso as partes (mediandos) e os mediadores. Essa confidencialidade ou sigilo é considerada pelos especialistas, como veremos, como uma importante característica ou mesmo uma condição para o êxito da mediação.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pretendeu estimular o emprego da mediação através do deslocamento dos processos judiciais para centros de

1 Trabalho apresentado no IV ENADIR. Grupo de Trabalho número 15 – Processo, Construção da Verdade Jurídica e Decisão Judicial.

mediação administrados pelos próprios Tribunais, a fim de permitir que os conflitos já judicializados pudessem ser tratados a partir de uma perspectiva consensualizada, deslocando a atividade decisória do Juiz para as próprias partes. Na mesma linha, já neste ano de 2015, foi publicada a Lei 13.105, instituindo o Código de Processo Civil (“Novo” CPC). No artigo 3º, a lei estabeleceu que a mediação deverá ser estimulada no curso do processo judicial por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Também introduziu a audiência de mediação como ato processual obrigatório. Em qualquer caso essa mediação é confidencial².

Por outro lado, na Argentina, a mediação está prevista em lei há quase vinte anos, desde o advento da Ley nº 24.573 de 1996, regulamentada pelo Decreto nº 91/1998. Ela instituía, em caráter obrigatório, a “mediação prévia a todo processo”, informando que tinha por objetivo “promover a comunicação direta das partes para a solução extrajudicial do conflito”. Ainda naquele país, em 2010, foi editada nova lei tratando da Mediação (nº 26.589, regulamentada pelo Decreto nº 1467/2011), mas sem perder a essência do instituto já contemplado na normativa anterior. Também na legislação Argentina trata-se de reuniões ou sessões confidenciais.

Portanto, observa-se que as opções brasileira e portenha acerca da mediação são diversificadas, aproximando-se em alguns pontos e afastando-se em outros. A diferença no trato da mediação em ambos os países, especialmente no que se refere aos espaços em que esta se realiza³ – predominantemente judicial na opção brasileira, e extrajudicial na escolha portenha – nos chama a atenção e, por isso mesmo, nos interessa contrastar as distintas experiências, brasileira e argentina, na implementação dessa forma diferenciada de administração de conflitos. O mesmo no tocante à confidencialidade, já que esta parece ter significados diferentes num e noutro modelo. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

Metodologicamente, os dados deste *paper* incorporam pesquisa bibliográfica aliada aos dados empíricos provenientes de pesquisas de campo, de natureza etnográfica, conduzidas pelos autores a respeito da utilização dos meios consensuais de solução de conflitos no Brasil

² Recentemente foi publicada a Lei 13.140/2015 sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Esta lei trata da mediação judicial e da mediação extrajudicial e prevê procedimentos de implementação dessa forma de administração de conflitos no âmbito do Judiciário Brasileiro. Especificamente neste *paper*, não pretendemos destacar aspectos nem refletir sobre o instituto a partir do marco desta nova lei de mediação.

³ Estamos levando em consideração a forma como, em regra e por opção legal e/ou institucionalizada, a mediação é utilizada. No Brasil, há iniciativas extrajudiciais de emprego das técnicas da mediação. Contudo, a opção do CNJ e do CPC foi de trazer a mediação para dentro do fórum. Da mesma maneira, como visto, a mediação na Argentina pode ocorrer por manifestação voluntária das partes, mas aqui, destacamos a opção legal daquele País, que trata a mediação como condição de procedibilidade da ação, sendo obrigatória e prévia à propositura da demanda.

e de forma exploratória na Capital Federal Argentina. Foram utilizados, em particular, dados empíricos coletados entre os anos de 2010 e 2014, sobre o funcionamento dos centros de mediação administrados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (FILPO, 2014) e por dois centros de mediação observados em 2015, em Buenos Aires.

Com relação à mediação em Buenos Aires, é preciso ressaltar que são reportadas neste trabalho as primeiras impressões acerca dos dados empíricos coletados na missão de dez dias realizada em julho de 2015. Durante esse trabalho de campo foram realizadas entrevistas com mediadores particulares e públicos e com outros atores do meio jurídico. Também foram observadas algumas sessões nos centros públicos de mediação daquela cidade portenha.

Assim, no presente *paper*, pretende-se compartilhar e colocar sob discussão algumas perspectivas empíricas sobre a mediação no estado do Rio de Janeiro e aquelas observadas em Buenos Aires, Argentina, no tocante à formalidade ou informalidade do procedimento e à sua confidencialidade ou publicidade.

2. Algumas Noções Preliminares

Na Argentina, de forma sintética, a mediação dos casos cíveis e comerciais se divide em mediação pública ou mediação privada. A mediação pública é realizada pelos centros públicos de mediação, que, na Capital Federal, são realizados na *Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos*, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo Federal, e no “Consultório Jurídico Gratuito”, vinculado à Faculdade de Direito da *UBA – Universidad de Buenos Aires*. Já a mediação privada ocorre em escritórios particulares, de forma individual ou por associação. Essa classificação não se dá em razão da confidencialidade do procedimento, mas por conta dos serviços do mediador serem (ou não) remunerados. A mediação privada é paga e a mediação pública é gratuita, reservada, portanto, aos cidadãos que comprovarem insuficiência de recursos.

Além disso, as mediações chegam a esses centros através de três vias básicas: 1) por solicitação das partes, sendo conhecidas como mediações voluntárias; 2) por força de Lei, que são os casos das mediações prévias e obrigatórias; 3) por determinação judicial, quando, no curso do processo, o Juiz decide submeter o caso a uma mediação, suspendendo o processo judicial e encaminhando-o a um centro público ou privado (caso mais raro, como apontou o trabalho de campo realizado na Capital Federal de Buenos Aires).

Na pesquisa de campo realizada em Buenos Aires, estudamos casos de mediações prévias e obrigatórias, que se apresentam como condição de procedibilidade ao ajuizamento

de demandas cíveis. De todo modo, em quaisquer desses casos, sejam eles realizados em centros públicos ou privados, decorrentes de voluntariedade das partes, de força legal ou de determinação judicial, sempre, em qualquer situação, a mediação portenha será tratada de forma (e em âmbito) extrajudicial. Significa dizer, “fora do processo”. Ou seja, mesmo quando os casos chegam aos centros de mediação (públicos ou privados) por via judicial, sendo chamados de casos “*derivados judicialmente*”, ainda assim, serão trabalhados extrajudicialmente (CARAM *et al*, 2006, p. 74).

Ao contrário, no Brasil, embora se admita a mediação extrajudicial, os maiores esforços parecem ter sido direcionados para transformá-la em um ato processual formal, que tem lugar dentro do fórum, sendo conduzida pelos mediadores judiciais ou mesmo pelos magistrados, como tem sido verificado em muitos casos concretos observados durante trabalho de campo e também como se infere nos textos legais recentemente aprovados sobre o tema, em especial o “Novo” CPC.

Quanto ao aspecto da confidencialidade, em teoria, em ambas as opções, brasileira e portenha, as sessões são confidenciais. Muito embora tenhamos observado que, na Argentina, principalmente no centro público de mediação situado na UBA, este quesito sofre grande flexibilidade. Nesse caso fica excepcionada a regra legal da confidencialidade, em tese considerada fundamental e obrigatória, tanto aqui quanto lá.

3. A Mediação Formalizada como um Ato Processual no TJERJ

As pesquisas empíricas de natureza qualitativa (etnografias) realizadas pelos autores deste artigo, no Brasil, têm levado à constatação fática de que a inserção da mediação no ambiente do fórum, especialmente no contexto de processos em andamento, não é recebida com tanta naturalidade pelos atores do campo, notadamente advogados e partes envolvidas nas demandas. Pelo contrário, esse enxerto dá margem a inúmeras perplexidades, desencontros e contradições, quando analisado sob perspectiva empírica.

Neste *paper*, os casos observados e as entrevistas coletadas tiveram lugar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relativamente a causas de família que já estavam em andamento e foram encaminhadas para a mediação. É importante destacar que essas descrições dizem respeito ao procedimento adotado no TJERJ entre os anos de 2010 e 2014, nos casos que puderam ser observados pelos pesquisadores. No momento da conclusão deste *paper* o Código de Processo Civil de 2015 está em período de vacância, e a obrigatoriedade de uma audiência de mediação ainda não existe (assim como não se sabe ao certo como se

compatibilizará a promulgação do Novo CPC com a da Nova Lei de Mediação, Lei 13.140/15, publicada em 29/06/2015, e já referenciada em nota).

Segundo regulamentação interna desse Tribunal, compete ao juiz encaminhar para o Centro de Mediação os casos que, segundo o seu livre entendimento, poderiam ser solucionados com o uso das técnicas de mediação. O andamento processual é suspenso por determinado prazo e, a partir de então, o conflito está sob a administração do Centro de Mediação. A secretaria desse centro marcará junto às partes envolvidas naquele litígio data e hora para o comparecimento no Centro de Mediação, o qual está localizado dentro do Fórum, podendo o tratamento do caso estender-se por várias sessões. A expectativa dos mediadores nessas sessões é de estimular a comunicação entre as partes, de modo que seja construída consensualmente uma solução para a pendenga – e, se possível, para o próprio processo.

Concluído o “procedimento de mediação”, com ou sem acordo, o andamento do processo é retomado no juízo de origem. Sinteticamente, pode-se assumir dois desdobramentos a partir de então: havendo acordo, este será homologado pelo juiz e o processo será extinto com resolução do mérito. Não havendo acordo, o processo retomará o seu curso normal, segundo as regras de processo civil que couberem.

Acreditamos que esse formato incidental interfere no modo como as partes envolvidas no conflito enxergam e vivenciam o procedimento. De fato, a impressão é de que a mediação se torna apenas mais uma etapa dentro do processo judicial, que é formal e baseado na chamada cultura do litígio e de imposição das decisões pelo juiz. Isso se refletiu, em alguns casos observados, na forma como as partes e advogados são convocados para as sessões de mediação. Por exemplo, em algumas situações a parte ré era citada e, no mesmo ato, intimada para comparecer a uma audiência de mediação, com a advertência de que, em não havendo acordo, deveria oferecer, ali mesmo, a contestação.

Chegamos a acompanhar algumas sessões de mediação para as quais as partes foram convocadas nesses termos acima descritos. Observamos que muitos advogados foram apanhados de surpresa em vista dessas intimações, não apenas por não estarem familiarizados com a mediação de conflitos, mas especialmente porque esse modo de proceder não encontrava amparo legal. Além do que a exigência de oferecimento da defesa parecia reforçar o litígio que a mediação, a rigor, estaria se propondo a evitar.

Olhando sob esse ponto de vista, a mediação parece surgir como um elemento bastante estranho no contexto de procedimentos judiciais formais, regulados por regras um tanto claras e rígidas, que conduzem naturalmente para um desfecho pré-determinado: a prolação de uma sentença pelo juiz. Quem chega a ajuizar uma ação cível o faz, em geral, por acreditar que

essa seria a solução para a disputa em que se viu envolvido e o encaminhamento do caso para a mediação pode parecer, nesse contexto, um desdobramento bastante frustrante. Ainda mais quando se é intimado para participar de um encontro, muitas vezes constrangedor e inesperado com a parte adversa.

Soma-se a isso o fato de que o procedimento de mediação realizado dentro do fórum confere um formalismo indesejado a um procedimento que deveria ser simples e informal. A percepção que o público em geral tem das repartições do Poder Judiciário é de que se trata de um ambiente austero. Muito difícil se torna, para esse mesmo público, distinguir entre o papel do juiz e o do mediador. Ambos não seriam autoridades judiciárias e teriam poder de decisão dentro do prédio do fórum?

Em certa ocasião, verificada em trabalho de campo, um Juiz de Família, durante a audiência especial designada no processo judicial, decidiu interromper o ato e encaminhar as partes, diretamente, naquele momento, para a mediação, deslocando-as da sala de audiências do Juízo para a sala de mediação, que ficava no mesmo prédio, mas em um espaço diferenciado. Tratava-se de um divórcio litigioso com consequências para a guarda e a visitação dos filhos do casal. E este Juiz implementou uma forma diferenciada (e particularizada) de tratar a mediação naquela Vara, já que, em vez de deslocar as partes para o Centro de Mediação, ele o fazia em seu próprio Juízo, que tinha um mediador exclusivo.

No caminho entre a sala do Juízo e a sala do mediador, em conversa informal, o pai das crianças questionou por que motivos estariam “mudando de sala” e quais os significados da atitude do Juiz, que, segundo lhe pareceu, não estaria “querendo decidir o processo”. Para o jurisdicionado, o melhor, no caso concreto, seria a “sentença” e não o “acordo”, que, segundo suas palavras, seria “impossível”.

O fato chamou a atenção porque, na visão do jurisdicionado, transferir o dever de julgar para um “mediador” seria reduzir a importância da causa, circunstância que explicitou a confusão que ele fazia entre a atividade do juiz e a do mediador e uma visão hierárquica que colocava este em lugar de menor importância do que aquele.

4. Aspectos da Confidencialidade da Mediação em Juízo, no Brasil

Outro aspecto interessante que chamou a atenção dos pesquisadores no tocante à mediação de conflitos levada a efeito no Brasil, no âmbito do Tribunal observado, é que ali a característica da confidencialidade é seguida à risca pelos atores do campo envolvidos nessa atividade, especialmente os mediadores. Em determinado momento esse atributo chegou a ser enxergado como um obstáculo relevante ao desenvolvimento da pesquisa empírica que se

pretendia realizar sobre a mediação. Essa dificuldade foi descrita anteriormente por FILPO (2014). Isso porque, na explicação dada por AGUIAR (2009), “a mediação acontece por meio de um processo sigiloso e voluntário em que um terceiro neutro e imparcial, o mediador, cria um espaço de conversa que facilita às partes identificarem seus interesses e suas necessidades, para que, juntas, consigam encontrar maneiras criativas de lidarem com seus conflitos.” Assim, a confidencialidade, ou o sigilo, é uma característica inerente à mediação.

A doutrina procura justificá-la. Para BRAGA e ALECRIM (2008, p. 53), no campo empresarial e político, onde a mediação seria muito empregada, não é conveniente que sejam expostos um nome ou uma marca, pois não interessa a “publicidade negativa produzida implicando prejuízos morais, políticos e econômicos”. Para GALVÃO FILHO e WEBER (2008, p. 41), a questão é estratégica. Não seria conveniente para a parte “expor na mesa todas as peças do jogo”, considerando que alguma informação poderia ser usada pela parte adversa em outro momento, em seu desfavor.

No TJERJ, a percepção que predomina é de que nem mesmo os advogados deveriam participar da sessão, à qual, preferencialmente, somente teriam acesso os mediados e os mediadores. Embora não exista um consenso a respeito, esse parece ser o entendimento predominante sobre o assunto. Isso é ilustrado pelo seguinte aviso que está preso no quadro mural, na recepção do Centro de Mediação do Fórum da Capital: “Senhores Advogados. Aviso: é facultado aos senhores a presença na sala de mediação, observando-se o desejo das partes”. À primeira vista, parece uma permissão. Todavia, entendemos que se tratava de uma advertência. Se tal acesso estivesse mesmo franqueado aos advogados, não seria necessária a existência do aviso já que, estando a parte em juízo numa ação cível, é obrigatório que se faça assistir por advogado. RANGEL (2013) também constatou que nem todos os mediadores enxergam de forma positiva a participação desses profissionais nas sessões.

O regramento interno do Tribunal a esse respeito é bastante rígido. O artigo 6º da Resolução n. 19/2009 do Órgão Especial do TJERJ estabelece que toda comunicação em mediação será absolutamente confidencial. Estabelece ainda que a violação dessa confidencialidade “sujeitará os respectivos participantes, eventuais supervisores e observadores, às penas do artigo 154 do Código Penal, sem prejuízo da reparação razoável e equitativa dos danos eventualmente suportados pela(s) parte(s), nos termos da lei civil”.

Os pesquisadores tiveram contato pessoal com esse dilema a partir do momento em que não conseguiam obter autorização para acompanharem, na condição de observadores, as sessões de mediação. Tal proibição somente foi flexibilizada no fórum de uma Comarca de interior, em que o juiz encarregado de dirigir o centro de mediação autorizou um dos

pesquisadores a acompanhar as sessões. Interpretamos que esse acesso às sessões foi concedido em razão de contatos pessoais dos pesquisadores, que permitiram ultrapassar a vedação institucional que, dentro do campo, é um tabu.

O inciso IX do artigo 93 da CRFB/88 estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” O CPC em vigor também estabelece a publicidade dos atos processuais, com umas poucas exceções (art. 155).

Não deixa de ser curioso, portanto, que todas as sessões de mediação realizadas nos domínios do Tribunal, isto é, em sede judicial, e não apenas na área de família, sejam confidenciais. Trata-se de um ponto polêmico, por tornar o espaço da mediação um ambiente isento de qualquer tipo de controle externo. Mais adiante voltaremos a esse ponto, para destacar as percepções diversificadas que tivemos acerca desse aspecto a partir da experiência de campo na Argentina. Por lá também existe a preocupação e a obrigatoriedade da confidencialidade, mas ela parece se concretizar de uma forma diferenciada.

5. A Experiência de Campo com a Mediação em Buenos Aires: primeiras impressões

Uma abordagem panorâmica da lei que prevê a mediação pré-processual obrigatória em Buenos Aires nos leva a concluir que a etapa de mediação é um requisito de admissão do processo. Inclusive, a cópia da ata da sessão, comprovando que as partes se submeterem à mediação, ainda que não tenham formalizado nenhum acordo, deve ser juntada à petição inicial configurando documento indispensável à sua distribuição. Caso os mediandos não compareçam à sessão de mediação, o processo não será recebido pelo Judiciário, sendo devolvido aos mediandos para que participem da mediação. Há apenas umas poucas exceções elencadas no art. 5º da Lei 24.573/96.

Antes da pesquisa exploratória realizada em Buenos Aires chegamos a imaginar se o fato de a mediação portenha ser obrigatória e prévia ao processo, não acabava esvaziando esse instituto e tornando-o mera burocracia formal. Como se fosse um procedimento processual a mais, ainda que prévio à judicialização, resultando em sua ineficácia e pouca aderência no sistema argentino. Também a noção de tornar a mediação obrigatória, esvaziando a ideia de voluntariedade, nos fazia estranhar a sua eficácia. Se a mediação é, essencialmente, uma atividade voluntária, como entender então essa obrigatoriedade? Este é um ponto da Lei que, na Argentina, ainda gera polêmica.

Entretanto, as falas dos interlocutores com quem conversamos nos fez perceber que, em sua visão, a obrigatoriedade permitiu introduzir a mediação na “cultura” da sociedade portenha, fazendo com que as pessoas chegassem aos centros de mediação e a conhecessem. Na visão dos entrevistados, a obrigatoriedade foi crucial para a internalização da prática da mediação na cultura portenha e para a divulgação dessa forma diferenciada de administração de conflitos, o que levou, ao contrário do esvaziamento que havíamos pressuposto, a uma efetiva difusão.

Para a maioria dos mediadores com quem pudemos conversar em Buenos Aires, o fato de a participação na sessão de mediação ser obrigatória não significou a supressão da voluntariedade. O livre exercício da vontade consiste no fato de a parte poder escolher entre pelo menos duas opções: celebrar ou não o acordo. O mesmo raciocínio poderia, em tese, ser empregado para justificar a natureza compulsória de que a mediação vem se revestindo, igualmente, no Brasil, no modelo judicial observado.

Por outro lado, no que tange ao espaço em que a mediação é realizada, em Buenos Aires, foi possível perceber, como adiantado acima, que a mediação é sempre extrajudicial, ou seja, a mediação foi idealizada e concebida para ser realizada fora do espaço dos Tribunais, preferencialmente por mediadores privados, que são advogados, em seus escritórios. A idéia de introduzir a mediação dentro do processo, adotada no Brasil pelo texto do Código de Processo Civil, foi recebida com espanto por nossos interlocutores argentinos. Uma importante mediadora portenha nos disse (em tradução livre): “Que lástima! Estamos há tantos anos com a mediação aqui e a nossa experiência não serviu de exemplo para o Brasil?”.

Durante o trabalho de campo, verificamos uma necessidade fundamental dos entrevistados de, a todo o momento, contrastarem e distinguirem uma mediação de um *juicio* (lide/processo judicial), tanto para nós, pesquisadores, como para os cidadãos, logo no início das sessões de mediação. Frequentemente, os mediadores, no primeiro ato da mediação, alertavam os cidadãos de que eles não estavam em um *juicio* e que aquele ambiente era um espaço destinado ao diálogo e que o mediador era um facilitador do consenso e alguém disposto a ser “colaborativo” para a solução do conflito.

Comumente, a fala dos mediadores idealizava e atribuía qualidades positivas à mediação e desprestigiava o *juicio*, caracterizando-o como sendo mais custoso, mais demorado, mais burocratizado, mais formal, sendo recorrente ouvirmos falas críticas ao sistema judiciário portenho, definindo-o como “colapsado”, inviável, ineficaz, disfuncional etc.

Como dito, os espaços de mediação que visitamos estavam situados fora dos espaços dos tribunais, exceto o Consultório Jurídico da Faculdade de Direito da UBA, que está localizado no 8º andar do prédio da Suprema Corte da Nação Argentina, ou seja, um prédio em que são desempenhadas atividades totalmente jurídicas, além de ser o organismo judicial de maior importância para aquele país. Mas esta é uma exceção à regra. Além do que, em se tratando de mediação pré-processual, não existe ainda um processo e tampouco a vinculação a qualquer órgão do Poder Judiciário.

Nossa experiência empírica deixou bem claro esse aspecto. Tanto que nas sessões de mediação realizadas pelos mediadores da UBA, foi sempre explicado para as partes, desde o início, que, “apesar de estarem em um prédio do Poder Judiciário, a sessão de mediação não guardava qualquer relação com o processo judicial”. O fato de a mediação ocorrer em espaços desvinculados do Poder Judiciário não parece ser algo casual, mas sim proposital, para “separar” a mediação do processo judicial e demonstrar que são instrumentos diferentes para a solução de conflitos.

Essa peculiaridade ficou bem caracterizada em algumas entrevistas e diálogos informais mantidos com alguns mediadores argentinos. Estes pareceram surpresos quando informados sobre a opção brasileira de introduzir a mediação como uma audiência dentro do texto do Código de Processo Civil. Os entrevistados externaram alguma aversão à idéia de misturar a atividade da mediação e a atividade típica dos tribunais. Uma mediadora privada com quem conversamos destacou, de forma muito crítica, que, em sua visão, a burocracia procedimental para dar início à uma mediação a confunde com um *juicio* e que este aspecto seria negativo na nova legislação. Para ela, quanto mais distante de um *juicio*, mais próximo de uma composição e, portanto, melhor a percepção da importância de uma mediação.

Segundo percebemos, esta desvinculação tem a ver tanto com um interesse de difundir a mediação como um método mais eficaz na administração dos conflitos (sendo diferente dos *juicios*, entendidos como colapsados, demorados, caros), quanto também em função de um certo idealismo. Ou talvez, como nos disse um advogado crítico da mediação, uma forma “militante” com que os mediadores enxergam o instituto da mediação. Conversamos com uma mediadora que nos disse que mediação se faz com o “coração”. É algo pelo qual “*uno debe estar apasionado!*”.

O fato de a mediação estar fora do espaço dos Tribunais também tem a ver, segundo nos foi dito, com a necessidade de “esvaziar prateleiras” e descongestionar os Tribunais, retirando deles a atribuição exclusiva de administrar conflitos, circunstância que exigiu que a mediação fosse prévia à judicialização, uma vez que, depois de proposta a ação, fica mais

difícil “consensualizar”. Além disso, nos pareceu também que esta distinção de espaços proporciona uma roupagem mais informal à sessão de mediação, marcando bem a distinção entre o processo judicial e a mediação e entre o papel do juiz e do mediador.

Também nos pareceu que na medição gratuita realizada na “Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos”, situada em um prédio sem nenhuma ligação (física ou institucional) com qualquer sede do Poder Judiciário, estando atrelada ao poder Executivo, as partes pareciam estar mais abertas ao diálogo e se comportavam mais informalmente. Para um observador externo, esses traços de informalidade contribuem para entender melhor as razões da opção argentina pelo que podemos denominar de uma rígida separação entre a mediação e o processo judicial. Esta também foi a impressão que as mediadoras particulares com que conversamos nos passaram acerca das mediações privadas realizadas em seus escritórios. Nesse caso, ainda mais por ser mediação privada, a diferenciação entre este método alternativo e o processo judicial pareceu ser ainda mais evidente. Uma mediadora com quem falamos nos disse (em tradução livre):

Claro que a mediação também tem seus ritos, suas formalidades. Mas é muito diferente de estar diante de um Juiz, dentro de um Tribunal, especialmente porque aqui não temos nem a autoridade nem o poder de um juiz. Estamos no mesmo grau de hierarquia, sentados lado a lado, todos...advogados, partes, mediadores...e esse ambiente facilita o diálogo.

6. Notas sobre a Confidencialidade da Mediação em Buenos Aires

No que se refere à confidencialidade da sessão de mediação, aquela é regulamentada por Lei, sendo certo que a sessão de mediação é confidencial e esta regra se aplica a todos que tiveram conhecimento sobre o conteúdo da sessão de mediação. As pesquisadoras, quando da observação de sessão de mediação realizada pela Faculdade de Direito da UBA, tiveram que assinar o “Termo de Confidencialidade”, em que se responsabilizaram por não divulgar quaisquer das informações difundidas na sessão. Contudo, quando essa experiência empírica é contrastada com aquela vivenciada no Brasil, percebe-se que a confidencialidade assume diferentes significados aqui e acolá. É que, em Buenos Aires, a presença de pessoas estranhas ao conflito na sessão de mediação pareceu ser algo mais comum, ou encarada com menos gravidade, do que verificamos por aqui, no Tribunal fluminense.

Não foi possível assistirmos a nenhuma mediação privada. Mesmo assim, conversamos com mediadoras privadas que nos disseram que, eventualmente, pesquisadores ou alunos que estão se especializando em mediação podem transitar nas reuniões, a fim de aprender o “ofício do mediador”. Já na UBA, assistimos a diversas mediações e verificamos

que muitos outros pesquisadores e estudantes também transitavam no local, emprestando flexibilidade à regra da confidencialidade.

Segundo nos foi dito, a mediação está tão inserida no sistema que as partes normalmente permitem que pessoas estranhas assistam às sessões, estando totalmente “acostumadas” com o procedimento. Além disso, verificamos também que há muitos cursos de capacitação para mediadores em Buenos Aires (que é um centro de referência em capacitação), de forma que muitos estudantes interessados em se tornarem mediadores se submetem à formação, da qual faz parte, como etapa obrigatória do curso, o aprendizado do “ofício” através da observação das audiências.

No TJERJ, ao contrário disso, muitas tentativas feitas pelos pesquisadores para a mesma finalidade foram completamente frustradas. Dando a impressão, até mesmo, de que a sala de mediação seria um local sagrado, imaculado, ou estéril, que poderia ser contaminado pela presença de outras pessoas que não fossem os mediadores e os mediados. Contamos isso a alguns entrevistados que nos disseram que tudo isso teria a ver com o fato de ser algo “muito novo ainda” e que, em Buenos Aires, já integra a “cultura local”, estando “consolidado”, fato que permite que as pessoas estejam mais “acostumadas” e não fiquem tão “preocupadas”.

Isso parece contraditório, porquanto estamos tratando de uma mediação que, em Buenos Aires, é extrajudicial, sendo, portanto, uma sessão privada, em que os mediados teriam todo o direito de manter do lado de fora as pessoas estranhas ao conflito. Ao passo em que, no Brasil, a mediação aqui considerada era judicial, realizada dentro do fórum, espaço em que todos os atos, salvos os assuntos de família, deveriam ser publicizados. São percepções, por assim dizer, enviesadas, que demandam maior esforço para observação e compreensão.

Outro fato interessante percebido quando da observação das sessões de mediação, foi em relação aos advogados que acompanham as partes. Em Buenos Aires, na mediação prejudicial, caso haja acordo, o mesmo tem força de sentença e, portanto, as partes em litígio deverão estar acompanhadas por advogados para garantir seus direitos. Desta forma, a presença dos advogados é indispensável para a realização da sessão de mediação, sob pena de nulidade. A mesma preocupação não foi observada no Brasil em relação à mediação observada no TJERJ. Muito pelo contrário, pois aqui os advogados são gentilmente admoestados a se apartarem do procedimento.

Ainda na experiência portenha chamou nossa atenção o fato de que os advogados não só estão presentes na sessão, como têm papel de protagonistas, por vezes podendo usar da

palavra tanto quanto seus clientes. Verificamos várias sessões que atrasaram só para esperar o advogado, que ainda não havia chegado. Foi observado que, a princípio, o mediador pede para que cada uma das partes narre os fatos que os levaram ao litígio e a requerer a mediação. Depois dessa fala, o mediador abre espaço para que os advogados das partes falem. Observou-se que, dependendo da postura dos advogados nesse momento, a sessão pode culminar em acordo ou pelo menos em uma conversa produtiva, ou pode se transformar num verdadeiro “debate processual”. Segundo os interlocutores, o advogado deve ser “colaborativo” e não “combativo”, uma vez que mediação não é *juicio*.

Esse relato ilustra claramente a percepção diferenciada que os argentinos têm sobre o “sigilo” da mediação, conseguindo assimilar facilmente a possibilidade da sessão ser integrada pelos advogados, com direito à fala, além dos mediados e dos mediadores. E até mesmo, em certas ocasiões, de ser assistida por observadores externos, mediante a simples assinatura de um termo de confidencialidade. Ao passo em que na experiência brasileira observada a sessão de mediação encontra-se fechada a sete chaves e os seus condutores encontram-se sujeitos a rigorosas sanções, na hipótese de qualquer mínima violação do seu dever de sigilo, sendo este levado às últimas conseqüências.

7. Considerações Finais

A mediação vem sendo apontada como um método alternativo de solução de conflitos em que prevalece o poder das partes na solução do conflito, sendo certo que também pode ser uma alternativa aos processos judiciais que podem demorar anos para obter uma solução definitiva e que nem sempre será boa para as partes envolvidas. No Brasil, a mediação já vem sendo utilizada para solucionar especialmente os casos de família e aquelas relações de continuidade. Vem sendo estimulada pelos Tribunais e realizada no próprio âmbito judicial, antes ou depois de proposta a demanda inicial e, muitas vezes, quando já contestada a ação. No “Novo” CPC, transformou-se em audiência.

A despeito de toda boa intenção de que está impregnada, esta opção parece gerar certa confusão para os atores envolvidos no processo que, já acostumados ao litígio, de súbito vêem-se em uma sessão de mediação, com a tentativa de fazer um acordo e solucionar o conflito, mediante procedimentos com os quais não estão familiarizados. Ou seja, a mediação feita dentro do processo judicial, em um ambiente marcadamente formal e hierarquizado, pode gerar dúvidas e até mesmo inibir os esforços compositivos.

Ao que parece, a mediação encontra-se, no Brasil, vinculada sobremaneira ao Poder Judiciário que, por sua vez, não demonstra vontade de delegar o emprego desse método aos

particulares. Este fato chama bastante atenção visto que, embora a mediação tenha por objetivo descongestionar o Poder Judiciário, o mesmo toma para si as rédeas da organização desse método alternativo de solução de conflitos. Assim, a mediação aflora entre nós como mais uma etapa processual: formal, hierarquizada, controlada no tempo e no espaço, dominada pela cultura do litígio.

Enquanto isso, os portenhos já convivem com a mediação há aproximados 20 anos, como fase obrigatória pré-processual, ou seja, anterior a qualquer tipo de judicialização do litígio. Em Buenos Aires foi possível perceber que a mediação é realizada sempre fora do âmbito judicial. Torna-se, assim, um método distante do Poder Judiciário, o que parece gerar nas partes a consciência de que é um método diferenciado do processo convencional, sobretudo informal, bem longe do *juicio*. São espaços diferentes, em que práticas diferenciadas podem ter o seu espaço. Cada qual no seu momento e no seu lugar.

A mediação realizada fora do espaço físico do Poder Judiciário parece colaborar para uma maior informalidade, alimentando também a percepção de que o mediador possui funções totalmente diversas do juiz e que as partes estão ali para tentar chegar a um entendimento, às vezes registrado em um acordo, sem que seja determinado por um terceiro o que cada uma deverá cumprir. Essa informalidade parece traduzir-se também na flexibilidade da mediação argentina quanto à presença, nas sessões, de pessoas estranhas ao litígio, sem o rigor que foi observado a esse respeito no Brasil (TJERJ). Esse aspecto pode ser também atribuído à maior familiaridade dos argentinos com a mediação, ao passo em que esta, no Brasil, ainda é uma novidade.

Em breve retomaremos o trabalho de campo a fim de examinar mais a fundo esses e outros contratos entre os dois modelos de mediação. Mas da pesquisa realizada até aqui, nos fica a percepção do quanto é importante empreender investigações que contrastem práticas judiciárias distintas. É a partir da observação do outro que podemos estranhar as nossas próprias práticas e tentar compreender por que estamos fazendo as coisas do jeito que estamos fazendo, e não de outro modo: não necessariamente melhor, nem pior, apenas diferente.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa – A Humanização do Sistema Processual como Forma de Realização dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2009.

ARGENTINA. *Ley n° 24.573 de 1996 – Establécese la mediación y conciliación previa a todo juicio*. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>>. Acesso em 02.03.2015.

ARGENTINA. *Ley nº 26.589 de 2010 - Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales*. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em 02.03.2015.

BRAGA, Ana Livia Figueiredo; ALECRIM, Kennedy Gomes de. *A Mediação*. In: BOMFIM, Ana Paulo Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. *MESCS – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53-68.

BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas*. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 02.06.2015.

_____. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010*. Disponível em <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>>. Acesso em 02.03.2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Saraiva. 2014.

_____. *Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 18.03.2015.

_____. *Lei nº 13.140/2015 – Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 25.07.2015.

CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. *Mediación – Diseño de una Práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Dilemas da Mediação de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. 2014. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. *Disposições Gerais sobre a Mediação Civil*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados*. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 2011, v. 4, pp. 97-122.

RANGEL, Victor Cesar Torres de Mello. *“Nem tudo é Mediável”*. *A Invisibilidade dos Conflitos Religiosos e as Formas de Administração de Conflitos (Mediação e Conciliação) no Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Niterói. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Atos Normativos atinentes à Mediação de Conflitos*. Disponível em <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em 10 ago. 2014.