

**MEDIAÇÃO: UMA “ALTERNATIVA” RAZOÁVEL AO PROCESSO
JUDICIAL?**

MEDIATION: A REASONABLE “ALTERNATIVE” TO JUDICIAL PROCESS?

Jordi Nieva-Fenoll

Catedrático de Direito Processual Universidade de
Barcelona (UB). Email: jnieva@ub.edu. Artigo recebido
em 01/09/2014 e aprovado em 28/11/2014.

Resumo: Quando se fala de mediação, costuma-se deixar de lado alguns dos aspectos-chaves da figura: a formação do mediador e a dinâmica de sua atuação. Tampouco se explica, à margem dos tópicos, por que razões concretas a mediação é preferível ao processo judicial. Em qualquer caso, é essencial assegurar a formação jurídica especializada do mediador, assim como sua formação psicológica, sociológica e antropológica para utilizar devidamente a persuasão na sua atuação.

Palavras-chave: Mediação, conciliação, persuasão, conflito, arbitragem.

Abstract: When talking about mediation, some key aspects of the figure are often left out: the instruction of the mediator and the dynamics of his/her performance. No explanation –only stereotypes– is given about the specific reasons of why mediation is preferable to the judicial process. Nevertheless, it is essential to ensure the specialized juridical instruction of the mediator, as well as his/her psychological, sociological and anthropological instruction so as to make a proper use of persuasion in his/her performance.

Keywords: Mediation, conciliation, persuasion, conflict, arbitration.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de mediação e de conciliação. 3. A formação do mediador. 4. Poder coercitivo do mediador? 5. Obrigatoriedade ou voluntariedade. 6. É preferível a mediação à tutela jurisdicional?

1. - Introdução.

Nos últimos tempos, legisladores de diversas latitudes¹ sentiram uma surpreendente fascinação pelos chamados, não sem alguma impropriedade, meios alternativos de resolução de conflitos². Noutros tempos, essa fascinação concentrou-se na arbitragem, mas agora alcançou a mediação. Tal como ocorreu com a arbitragem, gerou-se em muitos juristas uma consciência favorável à mediação que influenciou muitas pessoas, também do âmbito extrajudicial, entre elas, em não poucas ocasiões, os próprios participantes nas mediações³. E do mesmo modo como aconteceu com a arbitragem, começaram a ser criados organismos, instituições e até, por que não dizer, *lobbies* que defendem com veemência a mediação. Cabe perguntar se o processo concluirá com a profunda – e às vezes injusta – frustração que se sente relativamente à arbitragem nos mais diversos foros, mas seria desejável examinar os erros que no passado se cometeram com a arbitragem para tratar de os impedir.

Como iremos ver mais à frente, o conceito de mediação não é de fácil compreensão, e está quase desprovido – por enquanto – de dificuldades dogmáticas, pese embora a discussão existente sobre as diferenças entre a conciliação e a mediação que, de seguida, serão analisados, bem como sobre os poderes do mediador, se é que ele os tem.

Por trás de toda essa fascinação e aparente simplicidade não há mais que uma vontade de explorar uma opção diferente, mais uma, à tutela judicial tradicional, dando por assumido que dita tutela é lenta, defeituosa e também que padece de todos os defeitos que se possa imaginar.

Quiçá, seja o momento de parar para refletir por uns instantes, para questionar, nos termos a seguir indicados, o postulado mais comumente aceito, ainda que possa surpreender: a mediação é muito positiva e a Justiça muito negativa. De modo nenhum

¹Especialmente na Europa, a partir da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, sobre certos aspectos da mediação em assuntos civis e mercantis (DOUE L 136/3 24-5-2008). Vid. ZUCCONI GALLI, Elena, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Vol. 64, N° 2, 2010, pp. 653 e ss.

² Na realidade, não são alternativos ao processo, pois muitas vezes se introduzem no mesmo, como pode ocorrer com a conciliação e a mediação. Ademais, o que se busca com quase todos esses meios, salvo a arbitragem, não é tanto a solução do conflito, mas uma transação, desistência ou renúncia que, mais do que solucionar o conflito, simplesmente geram uma ilusão. Desenvolverei essa questão mais adiante.

³RELIS, Tamara, *Perceptions in Litigation and Mediation*, New York 2009, pp. 156 e ss.

assumirei nas minhas considerações que a mediação seja negativa, mas creio que convém ao menos colocar a dúvida sobre a sua natureza aparentemente ótima⁴.

Para isso é preciso centrar o debate em um dos temas que costumam passar muito por alto, ou que se dão por adquiridos ou por resolvidos sem qualquer discussão: a formação de uma figura, a do mediador, cujo prévia aprendizagem do exercício da sua função é uma verdadeira nebulosa, bem como o exercício pelo mediador – muito para além da dogmática da figura – de uma certa coerção para dar eficácia à sua função. Finalmente, resolvidos esses assuntos, abordaremos uma terceira e importante questão que também costuma passar despercebida. Assume-se que a mediação é preferível à tutela jurisdicional. Pois então, será assim?

2.- Conceito de mediação e de conciliação.

Não parece existir um conceito e conteúdo unificado da mediação, nem tampouco da conciliação. Há um certo consenso doutrinal sobre o que se supõe ser a participação de um terceiro numa controvérsia entre, pelo menos, dois contendores. Porém, a chave está no conteúdo dessa participação.

Ainda que existam muitas propostas de distinção carentes, em sua maioria, de real sustentação⁵, PUNZI⁶, seguindo uma antiga corrente doutrinal, propôs uma distinção que poderia ser útil e que, ao menos, está baseada num dado objetivo e tangível. Buscando a origem etimológica da palavra “conciliação” na expressão latina *consilium*, chega à conclusão de que o conciliador seria aquele que dá um “conselho” às partes, no sentido de que lhes apresentaria uma proposta de transação.

Justamente esse *consilium* seria o que separaria o mediador do conciliador, dado que o autêntico mediador se encarregaria unicamente de tentar aproximar as partes,

⁴ De fato, mesmo os defensores da mediação reconhecem suas deficiências. STITT, Allan J., *Mediation: a practical guide*, London 2004, p. 7: “*Mediation cannot guarantee a settlement, and yet it will take time and costs disputants money. Even if the case does settle at mediation, it may have settled in any event; after all, the vast majority of cases settle without mediation. Mediation may prevent precedents from being set so the law may not develop as it otherwise would have. It is private so the public cannot find out whether the process and the outcome were fair. It can be abused by people who have power to take advantage of those who do not. It may unnecessarily open wounds. When mediation is conducted early in the litigation process, disputants are being asked to assess their cases and make decisions with limited facts; they need information to make proper and informed decisions.*”

⁵ Todas as tendências existentes em torno da distinção estão resumidas na inédita Tese de Doutorado de MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un instrumento de solución de conflictos en el siglo XXI*, Universidad de Salamanca 2011, pp. 185 e ss.

⁶PUNZI, Carmine, *Mediazione e conciliazione*, Rivista di diritto processuale, vol. 64, n. 4, 2009, pp. 848 y ss.

oferecendo-lhes a sua ajuda, normalmente técnica, isto é, consciencializando-lhes sobre a sua verdadeira posição e oportunidades no conflito, com vista a levar as partes, por si mesmas, a chegar a um acordo.

Há que se reconhecer que a distinção é muito sagaz, ainda que também se deva assumir que resulta muito forçada, para além de não ser doutrinariamente pacífica. É muito difícil que um mediador, no exercício da sua função, não formule, direta ou indiretamente, às partes uma proposta de acordo⁷. O mediador, é certo, pode limitar-se a permanecer passivo, falando somente quando as partes o questionam, moderando-as para evitar que continuem a enfrentar-se, sobretudo nas suas intervenções orais, e pode também dedicar-se a assinalar às partes todos os aspectos positivos que, em qualquer sentido, tem a parte contrária.

Sem embargo, é difícil que somente isso funcione. Se o mediador realiza unicamente essa função converte-se simplesmente num gestor de emoções que, em função da sua formação e a pedido das partes, pode dar a sua opinião técnica sobre o litígio que as opõe, o que não é senão uma outra forma de gerir emoções, levando a que, por meio de doses de realismo derivadas dessa assistência técnica, as partes moderarem o seu confronto.

Nesse contexto, é quase impossível que o mediador não acabe formulando uma proposta de acordo⁸, sobretudo para aproximar partes. Quer dizer, quando as cartas já estão encima da mesa, parece que é bastante natural que o mediador realize também essa função, dado que é de temer que a espontaneidade das partes conduza a um novo enfrentamento que acabe por as afastar. Nessa situação, uma proposta de acordo pode fazer com que a mediação se conclua com sucesso.

Se isso é assim, não há razão para evitar essa atuação. Mas, se isso sucede, é de concluir que o mediador ultrapassou os seus limites? Entendo que não, visto que na dinâmica da mediação não é absolutamente nada estranho que o mediador chegue a essa proposta de acordo. E não é por isso que se converte num conciliador ou, melhor dito, em algo diferente daquilo que começou por ser no início da sua função.

⁷ Veja-se, novamente, a relação de tópicos da mediação nos Estados Unidos, apresentados por NUÑEZ OJEDA, *Negociación, mediación y conciliación*, cit. p.57, e entre os quais se inclui, precisamente, efetuar recomendações e oferecer uma opinião objetiva, em caso de requerimento das partes.

⁸ Defende a possibilidade de formulação de uma proposta, entre outros, BOVE, Mauro, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, vol. 65, n. 4, 2011, p. 1077.

Vejamos isso noutra perspectiva. O conciliador, para sê-lo, deve limitar-se a oferecer o *consilium*? A situação seria a de as partes recorrerem ao conciliador e este, depois de as ouvir sobre o litígio, apresentar uma proposta de acordo. A pergunta seria se, tratando de falar com as partes e de tentar aproximá-las, estaria também a ultrapassar os seus limites, convertendo-se em mediador. E também haveria que perguntar se o mais sensato será apresentar friamente uma proposta de acordo, sem mais, sem antes ter entrevistado em separado cada uma das partes, como, sem dúvida, deveria acontecer na mediação. E a resposta seria que, se as partes, logicamente, se encontram em desacordo e um terceiro sem poder coercitivo nem fático algum lhes propõe, sem mais, um acordo⁹, o mais normal é que o rejeitem.

Portanto, ainda que dogmaticamente se possa distinguir ambas instituições não parece ter sentido prático que exista essa distinção. A mediação converte-se em conciliação com grande facilidade, e também vice-versa, pelo que, talvez, seja muito mais coerente pensar que, na realidade, referimo-nos ao mesmo meio de resolução de conflitos, e que a mediação e a conciliação simplesmente se refiram a distintas iniciativas de acordo entre as partes que o terceiro pode apresentar nesse contexto.

Se isso é assim, teria mais sentido falar simplesmente de mediação e conciliação como uma única instituição. E diante da dificuldade, e quiçá improcedência, de criar um novo termo, quem sabe, o mais adequado seria denominar indistintamente a dita instituição por mediação ou conciliação. Parece que conciliação é o termo mais utilizado antigamente, sendo atualmente o uso da palavra “mediação” o mais frequente. Por isso, no trabalho referir-me-ei em todo caso à dita instituição¹⁰ como “mediação”.

O que parece ser a principal chave da mediação é a capacidade de persuasão do mediador, que pode e deve socorrer-se da sua formação, como veremos seguidamente. Em todo caso, essa persuasão sempre deverá ser pacífica e não suscitar qualquer suspeita de violência, no sentido de o mediador não ameaçar, nem sequer veladamente,

⁹ Essas propostas de acordo só tem eficácia quando as formula o mesmo juiz que vai julgar a causa, no caso de o acordo fracassar. No entanto, a razão do sucesso da proposta nesses casos é evidente: as partes temem contrariar o juiz com a negativa do acordo, o que torna aquela transação não exatamente espontânea. Mas adiante veremos se isto, por si só, constitui um inconveniente.

¹⁰ Como faz o art. 1.3 da *Model Law on International Commercial Conciliation* de 2002 de UNCITRAL: *For the purposes of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship.* No mesmo sentido: DANOVÌ, Filippo, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, n. 4, p. 771.

as partes, ou não tentar assumir um papel preponderante ou impetuoso que as condicione. Sem dúvida, esses meios de persuasão também foram utilizados historicamente e com êxito na mediação, especialmente na mediação de conflitos políticos ou bélicos internacionais. Porém, os ditos meios violam o direito à integridade psíquica das partes, razão pela qual não podem ser aceites em absoluto, constituindo uma barreira intransponível para o mediador.

Para concluir é preciso oferecer um conceito, pegando nas ideias até agora expostas. A mediação seria um *meio de resolução pacífica de conflitos mediante o qual um terceiro desempenha uma comunicação interativa e persuasiva com as partes num litígio, com a finalidade de que cheguem à solução do mesmo.*

3.- A formação do mediador.

Com a explicação do conceito ficou exposto o conteúdo da mediação. Ainda que de seguida abordarei a dinâmica da mesma, é preciso centrar-se agora na formação que deve ter o mediador.

Se o mediador deve ser capaz de aproximar as partes num litígio, é preciso, em primeiro lugar, que seja um especialista no referido litígio. Dito de outro modo, que seja um jurista mais especializado possível na matéria jurídica sobre a qual verse o conflito em causa. E se a mediação tiver lugar em domínio diferente do estritamente jurídico¹¹, também será imprescindível que o mediador seja especialista nessa matéria. Portanto, é imprescindível essa formação jurídica, que se traduzirá na posse de uma licenciatura em direito, na mediação de litígios de natureza jurídica, porque mal poderá ajudar as partes quem, sob o ponto de vista técnico, não sabe do que trata o litígio e não conhece seus meandros e as possíveis saídas.

Mas, não basta que o mediador seja um jurista. Também deve ter dotes de persuasão. E se deseja elevar a mediação ao nível legal, não pode aceitar-se que esses

¹¹ Existem muitos âmbitos: educação, saúde, meio ambiente, tecnológico, comunitário, etc. Ainda que, evidentemente, todos sejam judicializáveis, a base do conflito, não é, com frequência, a interpretação do ordenamento jurídico. Vid. AAVV, *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Barcelona 2009. UZQUEDA, Ana, *L'esperienza della mediazione civile e commerciale in Emilia - Romagna: gli scenari dei conflitti: comunità, scuole, imprese*, Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici, n. 6, 2008, pp. 882 e ss.

dotes sejam concedidos ao mediador praticamente por artes mágicas¹², mas há que formá-lo para isso, porque deve reconhecer-se com total clareza que o jurista não é um especialista em persuasão, já que o mais habitual é que não tenha sido formado para esse fim. Para esse efeito, entendo imprescindível que o mediador deva fazer estudos de pós-graduados sobre o tema, que deveriam ser sobretudo psicológicos. A concreção acadêmica e curricular dos estudos dependerá da situação universitária de cada país, mas o básico é assumir que o mediador deve ter conhecimentos profundos de Direito para poder acompanhar as partes na consecução de mediação, assim como conhecimentos psicológicos a nível pós-graduado que lhe permitam a aquisição dessas aptidões e competências próprias da persuasão.

Admitindo estar certo o que se disse, tal implica algo que, desgraçadamente, se costuma esquecer: qualquer pessoa não pode converter-se em pouco tempo em mediador. Tampouco deveria ser mediador quem realizou uma escassa capacitação na matéria. Se se deseja realmente que a mediação triunfe, e não que seja vista como um simples meio barato – para o Estado, sobretudo – de evitar processos judiciais, não haverá outro meio que não seja o de garantir com seriedade a formação. Caso contrário, a mediação converter-se-á em mais uma experiência de resolução de conflitos, falsamente atraente para muitos. Mas, acabará por ser um fracasso como aquele que ocorreu com o uso excessivo da arbitragem. Ainda que as causas do fracasso desta última sejam muito diferentes, frequentemente têm também a ver com a formação dos árbitros.

Por último, o mediador tem que ser indubitavelmente imparcial¹³, para o que também deve receber a adequada formação, que lhe ensine que deve estar completamente distanciado, real e aparentemente, das partes em conflito e do objeto do litígio¹⁴.

Lamentavelmente, essa formação tampouco costuma ser dada a um jurista. Ela é pressuposta, por se ter estudado o instituto da imparcialidade e por se conhecer as causas que legalmente tornam parcial um juiz, assim como por se conhecer o conteúdo dos institutos da abstenção e da recusa. Os mais estudiosos da matéria analisaram

¹² “*Per assolvere i compiti di mediatore occorre invero non soltanto una predisposizione e inclinazione naturale, ma anche l’acquisizione di particolari capacità sul piano psicologico e comunicativo.*” DANОВИ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit. p. 780.

¹³ DANОВИ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit. p. 779. BOVE, *La conciliazione*, cit. p. 1079.

¹⁴ RUIZ VADILLO, Enrique, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, Tomo VI, p. 1641.

também as diversas tentativas doutrinárias de centralizar a imparcialidade na chamada *alienità*, a *terzietà*¹⁵ ou *estraneità*¹⁶, o desinteresse objetivo¹⁷, ou, inclusive, a “incompatibilidade de funções processuais”¹⁸.

Mas, todo esse estudo tem um fundo psicológico que, contudo, não foi devidamente estudado. Tudo o que conhecemos como causa de recusa costuma ter duas emoções que a explicam: o afecto e o ódio, ainda que outras estejam mais baseadas na tendência para a confirmação ou na tendência egocêntrica¹⁹.

Pois bem, para que tudo o que se disse não soe estranho ao mediador – tampouco deverá soar estranho ao juiz – é preciso instruí-lo sobre isso. Afim de que fique a saber que não pode participar em litígios que o impliquem emocionalmente com o discutido, seja a favor ou seja contra uma das partes. Ou até para que não generalizar na hora de emitir a sua opinião, desenvolvendo um erróneo cálculo estatístico de probabilidades sobre a solução do litígio baseado na sua experiência prévia, sempre muito menos confiável do que o que se costuma crer²⁰. Ou então para que não participe em mediações em que, ideologicamente, se tenha inclinado a favor de uma das posições do litígio²¹.

Tudo isso deveria ser objeto, também, da formação psicológica do mediador nessa pós-graduação a que antes aludi. Quer dizer, que a dita pós-graduação deve ter um conteúdo amplo em matéria de psicologia do pensamento. E não seria absolutamente demais que o mediador tivesse uma certa formação sociológica²² e antropológica²³, para

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Barcelona 1995, p. 567.

¹⁶ FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1992, pp. 469-470

¹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (com Miguel Ángel Fernández López), *Derecho Procesal Civil*, T.I, Madrid 1991, p. 27.

¹⁸ MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia 1999, pp. 243 e ss.

¹⁹ Explico com mais detalhes em NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 167-168. Vid. também MYERS, David G., *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de *Intuition: its power and perils*, New Haven e Londres 2002, Barcelona 2003, p. 175. HÜLSHOFF, Thomas, *Emotionen*, München 2006.

²⁰KAHNEMAN, Daniel / TVERSKY, Amos, *On the study of statistical intuitions*, Cognition, 1982, 11, pp. 123 e ss. KAHNEMAN, Daniel / TVERSKY, Amos, *Subjective probability: A judgment of representativeness*, em: “Kahneman / Slovic / Tversky (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge 1982, pp. 33 e ss.

²¹Sobre este ponto, NIEVA FENOLL, *Ideología e imparcialidad judicial*, Justicia 2011, n. 1-2, pp. 23 e ss.

²²Vid. TOUZARD, Hubert, *La mediación y la solución de los conflictos*, Barcelona 1980.

²³Vid. VINYAMATA, Eduard, *Conflictología*, Barcelona 2005. Vid. também os trabalhos contidos em AAVV (Morente Mejías coord.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid 2010.

que conhecesse os tipos de conflitos que existem²⁴ e os ambientes sociais nos quais vai mediar e quais os valores que costumam ser os seus. Cada cultura, ainda que seja simplesmente uma “cultura urbana”, costuma ter alguns referenciais nos quais confia e uma série de atitudes ou simples factos que receia. Conhecê-los é fundamental para o mediador.

Dir-se-á que tudo o que se expôs aumenta os custos de formação do mediador, e faz crescer as suas expectativas económicas quanto às suas possibilidades laborais. É certo, sem dúvida. Porém se o que se pretende é descolapsar os processos judiciais que nunca deveriam ter começado se as partes tivessem sido capazes de falar, não se pode organizar um serviço de mediadores pouco entusiastas e mal pagos, em que os litigantes, não sem razão, não confiem, ou que façam com que percebam a mediação como uma simples perda de tempo²⁵.

4.- Poder coercitivo do mediador?

Teoricamente, o mediador não pode ter qualquer poder coercitivo²⁶. A natureza de sua função pacificamente persuasiva, com vista a assegurar a liberdade das partes²⁷, impede que assim seja. De facto, os sistemas que requerem a mediação – ou a conciliação – ao próprio juiz do caso esquecem essa característica essencial. Não obstante, não se pode ignorar que é também a mediação realizada pelo juiz do caso que costuma ter mais sucesso, apesar de esse sucesso, com grande frequência, ser baseado numa espécie de temor reverencial pela figura do juiz, o que justamente o deverá impedir de ser mediador²⁸.

Porém deve aproveitar-se o que de positivo tem essa certa “coerção”. Um juiz deve ter *auctoritas* que, legalmente, está baseada nos conhecimentos jurídicos que lhe

²⁴Vid. REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, Barcelona 2004.

²⁵ Na linha da profissionalização do mediador, MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid 2010, pp. 194 e ss. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia 1999, p. 107. PELAYO LAVÍN, Marta, *La mediación como vía complementaria a la resolución de conflictos*, Tese Doutoral inédita, apresentada a Universidade de Salamanca, 2011, pp. 169 e ss.

²⁶DANOVI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit. p. 776.

²⁷MARTÍN DIZ, *La mediación*, cit. p. 50.

²⁸ E talvez algo mais. Vid. HESS, Burkhard, *Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland*, ZJP, 124, 2, 2011, p. 138, quando refere, embora não tome com sua, a seguinte opinião: “Dieses Engagement steht übrigens in Gegensatz zur häufig verbreiteten Unterstellung, dass “faule Richter” es ja doch nur auf einen Vergleich anlegen, um kein Urteil schreiben zu müssen.”

são exigidos para aceder à sua função²⁹. O juiz, através desses conhecimentos deve ter um prestígio social que faça com que suas decisões sejam percebidas como justa pelos cidadãos. Quando essa *auctoritas* falha, o sistema de justiça fracassa. Por outras palavras, quanto menos exigente ou menos adequada sob o ponto de vista da formação for o sistema de acesso à carreira judicial, observa-se, com maior frequência, pronúncias judiciais surpreendentes e indubitavelmente errôneas, que põem em questão toda a viabilidade do sistema.

Não se conhece com certeza qual foi a origem histórica da figura do juiz, porém é de admitir que originariamente fosse uma pessoa³⁰, ou grupo de pessoas, que as partes consideravam mais instruídas ou acostumadas com o litígio que as separava. Provavelmente foi, precisamente, a atribuição da coerção a essa pessoa o que converteu o mediador em juiz.

Mas retenhamos essa característica baseada no prestígio social do terceiro: a *auctoritas*. Para além da capacidade persuasiva do mediador, o que realmente pode convencer às partes a chegar a um acordo é a opinião do mediador sobre o caso. Isto é, que o mediador seja capaz de dar uma opinião sobre o tema, como se fosse uma sentença. É possível pensar que o mediador deve ter o cuidado para que o juízo que emita não seja completamente favorável a uma das partes, posto que, caso contrário, a parte que pensa ter razão recusará aceitar a mediação.

Sem embargo, isso seria completamente falso. Em primeiro lugar, não parece que o mediador esteja legitimado para utilizar o engano ou a astúcia com as partes, dado que a astúcia, por eficaz que pareça, supõe, de novo, uma pressão psicológica incompatível com a ausência de coerção no exercício da sua função e, para além disso, com o respeito devido aos direitos fundamentais.

É que, em segundo lugar, não tem absolutamente nada de particular que o mediador se esforce por dar razão a uma das partes, se crê que ela tem razão, dado que o resultado da mediação não tem de ser uma transação, ainda que se costume afirmar o

²⁹CARRERAS LLANSANA, Jorge, *Las fronteras del Juez*, en: “FENECH / CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1962, pp. 103 y ss. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Pamplona 1974, p. 46.

³⁰Vid. PEÑA JUMPA, Antonio, *El poder judicial comunal aymara*, en: “Peña Jumba, Antonio / Cabedo Mallo, Vicente / López Bárcenas, Francisco, Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América”, Lima 2002, pp. 362 y ss. LENT, Friedrich, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. de la 9ª ed. de München 1959 de *Zivilprozeßrecht*, 1962, p. 360.

contrário. O resultado de uma mediação bem pode ser uma renúncia, um reconhecimento ou uma desistência. De facto, todas essas figuras podem estar insitas na transação. Olhando para a definição que antes ofereci, nela não foi dito que o fim da mediação seja um acordo, mas sim a solução do litígio que pode, perfeitamente, decorrer do simples reconhecimento por uma das partes da razão da outra.

Como veremos depois, uma das causas do desprestígio da mediação é a de parecer ser obrigatória uma transação, porque isso supõe tirar a razão a quem, de facto e de direito, a tem. Consequentemente, o essencial é que o litígio conclua pacificamente, e como ocorre com os mais variados conflitos sociais, o fim do litígio muitas vezes passa pelo reconhecimento da razão da parte contrária, sem contrapartida alguma para aquele que a reconhece, para além da paz, o que não é propriamente pouco, porque juntamente com a liberdade constituem dois dos principais valores para que devem apontar todas as nossas normas jurídicas.

Nesse contexto, a certa “coerção” que poderia acompanhar a mediação consiste, precisamente, em levar ao conhecimento das partes as desvantagens objetivas – que sempre existem – em não pôr termo ao conflito. Isso não constitui nenhuma pressão psicológica ilegítima, em especial se vier acompanhada de uma motivação jurídica e, para além disso, se o mediador não se declarar possuidor absoluto da “verdade” – objetivo impossível na interpretação jurídica –, o facto de alguém com *auctoritas* e completamente imparcial expor a sua opinião sobre o litígio pode, sem dúvida, fazer desistir do conflito a mais de uma pessoa. Essa é a única “coerção” possível na mediação, e é a que foi especialmente aproveitada na Alemanha, país onde estão a realizar várias tentativas para introduzir, com carácter geral para todo o Estado, uma “mediação intraprocessual”, solicitada aos próprios juízes que, contudo, não podem proferir sentença nesse mesmo processo, nem noutros diferentes com a mesma parte. Ao que parece, a experiência está a desenvolver-se com notável sucesso, pelo menos, sob o ponto de vista estatístico³¹. E é possível que esse sucesso seja derivado do peso que

³¹Vid. HESS, Burkhard, *Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland*, cit. p. 141. Outras estatísticas, no caso da Espanha, podem ser vistas nos trabalhos publicados em *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid 2007.

socialmente ainda – por sorte – tem a opinião judicial, derivada precisamente dessa *auctoritas*³².

A utilidade dessa exposição de desvantagens com opiniões sustentadas no Direito, acompanhada da persuasão que a deve presidir, podem fazer concluir com sucesso a mediação. De novo se evidencia, também deste ponto de vista, que a dupla formação jurídica e psicológica do mediador é imprescindível.

5.- Obrigatoriedade ou voluntariedade.

Os legisladores, ultimamente, mostraram-se entusiasmados pela maré de juízos positivos que gerou a mediação³³, ainda que, normalmente, não a tenham previamente colocado em prática ou mesmo ignorando os resultados negativos resultantes dessa prática.

Felizmente, esse entusiasmo não levou a que a mediação seja um recurso obrigatório e prévio à utilização do processo, como sucedeu no passado com a conciliação, especialmente em matéria laboral³⁴. Isso gera o paradoxo de, no limite, um meio pacífico de resolução de conflitos, que visa aproximar os litigantes com a maior espontaneidade possível, se converter numa espécie de imposição algumas vezes incômoda e inoportuna.

Pode dizer-se que nenhum litigante decidiu espontaneamente usar a mediação. Porém, também é certo que quem não vai pela própria vontade a algum lugar, costuma mostra-se reticente relativamente ao que ali encontra. Como veremos de seguida, é duvidoso que a mediação seja uma alternativa preferível à tutela judicial. E também é muito questionável, como já foi dito, que o fim da mediação deva ser sistematicamente uma transação³⁵. Assim sendo, não se compreende que a mediação deva ser obrigatória.

³² Também se levantam muitas vozes contra essa mediação, fundamentalmente por atribuir ao juiz um papel que legalmente não possui, o que põe em xeque sua própria autoridade. Vid. PRÜTTING, Hanns, *Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation*, ZZP, 124, 2, 2011, pp. 163 e ss.

³³ Até o momento em que, na Espanha, se introduziu, com caráter de urgência, por meio do Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de março, que trata da mediação em assuntos civil e comerciais (hoje Ley 5/2012 de 6 de julho). Na verdade, a referida urgência justifica-se por haver expirado o prazo de transposição da Diretiva de 2008, como reconhece a Exposição de Motivos.

³⁴ Ver arts. 63 e ss da Lei 36/2011 de 10-10 reguladora da jurisdição social, que segue toda uma tradição nesse sentido. No âmbito civil, também era necessária a conciliação prévia, como dispunha o art. 460 da Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, até a reforma de 6-VIII-1984. Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Comentario al art. 460*, en: “*Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1985, p. 316 e ss.

³⁵ Cfr. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, Barcelona 2003, p. 17.

Se se pretende gerar um clima de confiança entre as partes, é inoportuno que elas se sintam obrigadas, porque essas mediações forçadas só poderão ter hipótese de êxito, salvo exceções, se o mediador tiver poder coativo. E se ele exerce esse poder, deixa de ser mediador. Por outro lado, a transação não é o fim ideal dos conflitos sociais, ainda que possa parece-lo. Esse fim ideal é o *suum cuique tribuere*, isto é, dar a cada um o que é seu. Se uma pessoa recorre à mediação pensando que sairá a perder, aconteça o que acontecer, irá a contragosto. E se comparece pensando que, suceda o que suceder, “conseguirá algo”, o seu recurso à mediação é completamente ilegítimo e, portanto, inadmissível. É possível que o Estado, num cálculo impreciso de possibilidades, prefira esse resultado. Porém, o certo é que não é ótimo que acabe ganhando algo que não mereça e acabe perdendo quem nunca devia ficar vencido em absoluto.

Se se tiver em conta o que se expôs, a mediação deve ser obviamente voluntária para ambos litigantes. Não podem ser compelidos a comparecer à mediação porque, nesse caso, a pacificação começa com uma coerção inadmissível. É possível que, sendo voluntária a mediação, se celebre um número menor de mediações, o que está claro. Mas a taxa de satisfação social será, sem dúvida, mais alta. E se, deste modo, essa taxa for crescendo pouco a pouco, o recurso à mediação se fará espontaneamente com mais frequência.

Desde já, seguindo essa estratégia, não se conseguirão resultados a curto prazo, mas ninguém disse que uma mudança social da percepção dos conflitos se deva fazer da noite para o dia. Tampouco que a mediação mereça ser vilmente desvalorizada como um instrumento de curto prazo, como, infelizmente, costumam ser entendidas as escolhas políticas nas câmaras de representantes populares, porque desse modo as decisões que tomam esses representantes populares costumam ser também imediatistas, o que já sabemos, há demasiado tempo, que é dramático. A mediação não é um instrumento de luta política, nem que deva favorecer disputas entre partidários e detratores. A mediação é somente um meio de resolução de conflitos que, para ser consagrado seriamente, deve ser devidamente planejado. E se através do planejamento e da execução prática der resultados positivos, deve ser conservado e engrandecido. Mas se assim não for, deve aceitar-se que fracassou.

6.- A mediação é preferível à tutela jurisdicional?

É costume supor-se que a mediação é preferível à tutela judicial. Costuma-se recorrer a argumentos relacionados, direta ou indiretamente, com a paz cidadã e com os custos de todo tipo do processo judicial para defender esse postulado, ainda que se esqueça, com tudo isso, que o processo jurisdicional é o meio mais sofisticado que possuímos para conseguir esse mesmo objetivo, outorgando essa mesma paz. E, apesar de tudo, com o menor custo possível.

Ao longo de todo esse trabalho foi exposto aquilo que é e que implica a mediação. Fundamentalmente, que é um meio de resolução de conflitos em que um terceiro tenta compor persuasivamente as partes, sobretudo expondo-lhes a realidade do caso concreto.

A questão é se isso é melhor que o processo jurisdicional. Em primeiro lugar, como já se viu, historicamente o processo aparece como um meio de resolução de controvérsias mais evoluído do que a mediação, ainda que esse dado nunca possa ser historicamente confirmado com precisão. De toda forma, o processo judicial, tal qual o conhecemos hoje em dia, é uma via estreita em que as partes, certamente, se enfrentam. Mas também possuem a oportunidade de apresentar com precisão as suas razões, fazer com que as mesmas constem com segurança das alegações de defesa que permitam garantir normalmente a igualdade de armas³⁶. Ademais, as partes têm a possibilidade de apresentar com serenidade as provas das suas razões diante de um terceiro imparcial. Definitivamente, é um meio que tenta aproveitar o que tem de positivo observar um conflito visto de fora, por um terceiro imparcial, que vê como as partes discutem, se atacam e se defendem, e esse terceiro só intervém quando deseja obter maior precisão sobre o que defendem as partes, ou então quando – se tiver autorização para tanto – tenta certificar, por si mesmo, a realidade dos factos, se as provas apresentadas pelas partes são insuficientes. Para além disso, no processo costuma-se comparecer acompanhado de um especialista jurídico – um advogado –, que deve – ou deveria – ter o mesmo nível de formação que o juiz, o que elevará sem dúvida a qualidade dos debates e garantirá, como antes se disse, a igualdade de armas.

Na mediação, o litigante comparece desacompanhado, o que, de início, pode desequilibrá-lo em relação à outra parte, por mais intervencionista que se mostre o

³⁶ Enfatiza este importante ponto TARUFFO, Michele, *Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks*, 2011, p. 5. Cfr. STITT, *Mediation: a practical guide*, cit. p. 8.

mediador para o evitar, com o risco evidente de deixar de ser um autêntico “mediador”. Não se espera desse litigante que apresente prova alguma – ainda que pudesse fazê-lo –, nem ninguém lho vai pedir, pois, caso contrário, o mediador estaria a implicar-se no litígio, quando somente se trata de aproximar as posições das partes. Também, se se pretender que o litigante compareça, apresentando prova, sem estar acompanhado de advogado, poderá levar a que a sua estratégia face à mediação seja desastrosa, adquirindo o mediador uma informação completamente tendenciosa do conflito.

E esse é o principal problema da mediação relativamente ao processo judicial. Nesse último, as partes não só têm a oportunidade, mas também a garantia, de apresentar alegações e provas no processo, razão pela qual o juiz terá a possibilidade de ter uma visão ampla e precisa dos termos do conflito. Pelo contrário, na mediação o mediador somente sabe o que lhe dizem as próprias partes. Sendo assim, seria incorreto dizer que têm a mesma oportunidade de alegação e prova que têm no processo. Simplesmente não é assim. De facto, ninguém o espera e tudo – a celeridade, a simplicidade, etc., supostamente próprias da mediação – contribui para desincentivar ocorrência (d)essa oportunidade.

Porém, o mais grave é que na mediação há uma carência de garantia de alegação e prova. Nem sequer o mediador pode tentar completá-la, já que, se perante um Juiz, essa faculdade é discutida, ela é completamente inaceitável perante um mediador, que só tem como objectivo compor as partes, aceitando que estas sejam capazes de as apresentar sem a ajuda de um advogado.

Neste contexto, ainda que o que exponho seja uma opinião que se distancia das que, quiçá, sejam mais populares, não dá para entender por que é que uma mediação, sob o ponto de vista dos cidadãos, é mais benéfica do que um processo judicial. Se o que deseja um cidadão é defender a sua razão, desde já a mediação não é o melhor instrumento através do qual possa fazê-lo.

O que ocorre é que se valora o processo jurisdicional simplesmente em termos económicos e temporais. Por outro lado, o processo é visto como uma espécie de guerra ou, pelo menos, uma batalha. Mas, é exactamente o contrário. O processo jurisdicional está em crise por culpa dos Poderes públicos. Em concreto, por falta de meios económicos, estruturais, humanos e de formação dos juizes, assim como por culpa de alguns procedimentos que geram uma insuportável e absurda burocracia que se arrasta

desde os tempos do *solemnis ordo iudiciarius*, dado que os processos actuais são, ainda em grande medida, escravos daquele velho procedimento herdado do processo pós-clássico romano³⁷. Porém, se algum dia os poderes públicos pusessem mãos à obra para resolver passo a passo, com paciência, todo o anterior, o processo revelar-se-ia como o mais meio adequado de obter justiça real. Enquanto pretender mudar essa realidade com reformas parciais, apressadas, ou através da simples reforma de uma lei, em alguns momentos, serão obtidas avanços, mas sempre incompletos, que acabarão por gerar mais insatisfação.

Acresce que, o processo tampouco é uma guerra, nem simboliza uma guerra. Muito longe estamos, felizmente, dos tempos das antigas *legis actiones* em que parece que se simulava essa espécie de batalha³⁸. O processo é em tudo o contrário de uma batalha, porque assim como a mediação, também é um meio de resolução pacífica de conflitos, que sempre teve como finalidade a prevenção da autotutela, da vingança definitiva, que é justamente a única razão de ser da selvageria que a guerra representa.

O processo jurisdicional é, portanto, o meio mais propício para que as partes, não só exponham as suas razões, como também obtenham a sua razão³⁹, o que é o mais importante. Nessas condições, a mediação somente deve ser um recurso aberto a quem deseje aproveitá-lo, beneficiando-se das suas vantagens que, diga-se, as tem: é muito menos dispendioso económica e temporalmente do que um processo e, para além disso, pode servir mais eficazmente antes de se desencadear o conflito, mais precisamente para o evitar do que para o resolver.

Consequentemente, as linhas que antecedem não devem ser tomadas como um ataque à mediação, porque não pretendem sê-lo em absoluto. Apenas pretendo que se veja com clareza em que situações a mediação pode ser útil, para que não seja a enésima tentativa falhada de solução dos problemas da Justiça, e com o objetivo de afirmar e de engrandecer o seu âmbito, se socialmente for percebida finalmente como útil.

³⁷KASER, Max / HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 566 e ss.

³⁸GAYO, *Instituciones*, Trad. de Abellán, Arias, Iglesias-Redondo y Roset, Madrid 1985, p. 311.

³⁹Vid. nuevamente TARUFFO, Michele, *Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks*, 2011, p. 5.