

3. Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos, técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, postura, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos

3.1. Teoria do conflito

"Somente quando o Direito deixar de negar que os atos e fatos objetivos passam pelo inconsciente... poderemos estar mais próximos do ideal de justiça".

Rodrigo da Cunha Pereira

A imagem da alma humana perpassada por contradições constitutivas surge como o retrato fiel da concepção freudiana do homem, na qual observamos a presença irremediável de conflitos que fazem do mundo interior um campo de batalha. Não se pode viver sem estar, em alguma medida, em desencontro consigo mesmo, e não há apaziguamento absoluto que possa despontar no horizonte.⁷⁶

Do ponto de vista psicológico, o conflito é proveniente de um processo inconsciente pelo qual energias psíquicas (pulsões) provenientes do *id* encontram obstáculos do *ego* e, em decorrência, são reprimidas, retornando, dessa for-

⁷⁶ FONTES, Flávio Fernandes. *O conflito psíquico na teoria de Freud*. São Paulo: Psyche, dez. 2008, vol.12, no.23, p. 1. ISSN 1415-1138.

ma, ao inconsciente. Trata-se de um conflito entre *ego* e *id*, estando o *superego* do lado de um ou de outro.⁷⁷

Consoante o entendimento de Burness Moore e Bernard Fine, "a teoria atual vê a formação do conflito em termos de uma seqüência: os desejos instintivos entram em conflito com proibições internas ou externas; o *ego* é ameaçado e produz ansiedade sinal; as defesas são mobilizadas e o conflito é resolvido, por via de formações de compromisso, em sintomas, mudanças de caráter ou adaptação".⁷⁸

Deve-se atentar, em cada caso concreto, qual o *foco gerador do conflito*, podendo distingui-los em dois tipos básicos, a saber:

O primeiro tipo de foco gerador caracteriza-se pelo fato de que o objeto de disputa é vital para ambas as partes. Neste caso, a situação objetiva é conducente ao conflito, qualquer que seja a intenção das partes;

O segundo tipo de foco gerador refere-se aos casos em que o objeto de disputa torna-se vital como resultado de decisões anteriores, desejos ou ambições. Este resultado dificulta ou mesmo impossibilita retroceder, seja porque se vai preparado materialmente para o conflito, seja porque em termos psicológicos vai percebendo a realidade e as relações à luz do conflito potencial. Os movimentos que se seguem de uma parte ou

⁷⁷ "O *id* é a instância pulsional do psiquismo, e seu conteúdo é totalmente inconsciente. Ele é o grande reservatório de impulsos e instintos. É irracional, ilógico e amoral. Consiste no conjunto de reações mais primitivas da personalidade humana, que compreende os esforços para conseguir satisfação biológica imediata, sem avaliar as conseqüências. Tenta impor seus desejos de satisfação imediata e irrestrita e, para conseguir o que deseja, precisa fazer uma negociação com o *ego*; O *ego* corresponde ao conjunto de reações que tenta conciliar os esforços e as demandas do *id* com as exigências da realidade, interna ou externa. Nesse aspecto, faz a mediação dos impulsos do *id* com o meio ambiente, permitindo ao sujeito olhar-se a si próprio. O *ego* apresenta uma função adaptativa e está presidido pelo princípio da realidade. O *superego* é a expressão da interiorização das interdições e exigências da cultura e da moralidade, representada pelos pais. É quase totalmente inconsciente, possuindo uma pequena parte consciente. É nele que se inscreve a lei primária. A lei de todas as leis, que é interna e propícia a cada pessoa valorar o que é bom ou mau, certo ou errado [...]. O *superego* tem uma função essencial, que é a de cuidado e proteção, mostrado ao *ego* o que é moralmente inaceitável ou perigoso à integridade física". TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61/62.

⁷⁸ MOORE, Burness E.; FINE, Bernard D. *Termos e Conceitos Psicanalíticos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 40.

de todas as partes envolvidas vão-se encaminhando no sentido de um conflito inevitável.⁷⁹

Segundo os ensinamentos de Marilene Marodin e Stella Breitman,

de acordo com a teoria psicanalítica, é o conflito intrapsíquico que impulsiona o conflito interpessoal, provocando algumas vezes interações caóticas que impossibilitam o diálogo. Cada um dos envolvidos narra a história com prevalência de sua percepção dos fatos que invariavelmente apresenta-se contraditória. Depreende-se daí a dificuldade de entender porque um problema simples adquire tanta importância em uma disputa entre oponentes que se apresentam aparentemente com os mesmos objetivos e pretensões. Somente a pluralidade das motivações inconscientes pode explicar a diversidade entre os objetivos das pessoas envolvidas. Assim, discussões radicais a respeito de determinado tema devem ser detalhadamente decodificadas, para que se tornem visíveis os interesses ocultos, e então seja possível compor uma negociação legítima entre as partes.⁸⁰

3.2. Mecanismos autocompositivos: procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter solução conciliada dos conflitos

"O espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. (...) O aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e Juizes?"⁸¹

3.2.1. Noções Introdutórias

O processo judicial tem por finalidade a comprovação de uma hipótese fática para a aplicação de uma consequência jurídica específica. É inquestionável que o principal

⁷⁹ ZAJDSNAJDER, Luciano. *Teoria e Prática da Negociação*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p. 75.

⁸⁰ MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. *A Prática Moderna da Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito*. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 501.

⁸¹ SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 101.

objetivo da jurisdição, a sua essência, é seu caráter de pacificação. Nesse sentido, é salutar que se encontrem fórmulas de consenso para que a pretensão resistida chegue a bom termo, atingindo-se o ideal de justiça das partes.⁸²

A incerteza e os riscos dos conflitos⁸³ têm como base o inesperado, decorrente da inteligência das partes que vão criando situações novas e a elas respondendo. A partir do momento que esses conflitos são jurisdicionalizados, na maioria dos casos ocorre um processo de transferência do sentimento de frustração, raiva, ou descontentamento com um fato específico, para os atos processuais, fazendo com que o processo seja uma forma de exteriorizar sentimentos contidos e mal-resolvidos, alimentando condutas cada vez mais litigiosas. Essa forma de conduzir o processo se torna um indicativo e um catalisador de empecilhos para solucionar de forma amena o conflito entre as partes.

A jurisdição, enquanto atividade meramente substitutiva, irá dirimir este litígio do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas na imensa maioria das vezes não resolve o conflito interno dos envolvidos. Por não coincidir o processo psicológico, no aspecto temporal, ao processo judicial, muitas vezes a forma de exteriorizar questões internas mal-elaboradas e manter um vínculo com a outra parte ocorre durante o trâmite da demanda.

Ademais, existe uma grande frustração quando um processo encerra, pois, a partir da sentença de mérito, uma das partes é vencida. Não raras vezes a parte que perde a sua pretensão deduzida em juízo transfere ao Poder Judiciário a responsabilidade pela frustração de suas expectativas, fomentando novas lides, criando obstáculos para frustrar a execução da sentença, tornando um círculo vicioso.

⁸² TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 17.

⁸³ Tipos de Conflitos: a) Conflito Latente: Não declarado e não há uma clara consciência da sua existência. Não precisam ser trabalhados; b) Conflito Percebido: Há a percepção da existência do conflito, embora não haja manifestações abertas do mesmo; c) Conflito Sentido: É aquele que já atinge ambas as partes, e em que há emoção de forma consciente; d) Conflito Manifesto: Conflito que já atingiu ambas as partes, já é percebido por terceiros e pode interferir na dinâmica da organização.

Diante desse contexto, muito se tem falado sobre os métodos alternativos para solução de controvérsias. Surgidos no meio dos negócios, mostram-se uma forma eficaz de finalizar demandas de complexidade variada, de forma mais célere e necessariamente com a participação efetiva das partes, o que acarreta uma forma satisfatória de auto-composição dos conflitos.

Conforme leciona José Maria Garcez: "os mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade perderam, assim, espaço, no mundo contemporâneo, cedendo lugar aos métodos negociais, em que cada vez mais se tem consciência da necessidade de se obter consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e a resolução de controvérsias. Sobretudo houve uma mudança de paradigmas, passando-se da metodologia do confronto e da manipulação para a teoria dos métodos cooperativos".⁸⁴

As formas autocompositivas fazem parte de um contínuo no qual varia o grau de autonomia das decisões dos envolvidos, dentre os quais se destacam: mediação, conciliação, negociação e arbitragem.

3.2.2. Mediação

A mediação é uma forma de autocomposição assistida, ou seja, são os próprios envolvidos que irão compor o conflito, mas com a presença de um terceiro imparcial – o mediador – que não deve influenciar, emitir juízo de valor ou persuadir as pessoas ao acordo. Durante o processo de mediação, existe a preocupação de (re) criar vínculos, estabelecer um diálogo e transformar e prevenir novos conflitos.

Nos ensinamentos de Stella Breitman e Alice Porto: "a mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução dos impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita

⁸⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5.

a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis".⁸⁵

E concluem Marilene Marodin e Stella Breitman: "A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito Positivo.⁸⁶ É digno de se destacar que a estratégia mediadora não pode ser unicamente pensada em termos jurídicos. É uma técnica ou um saber que pode ser implementado nas mais variadas instâncias. Estou pensando nas possibilidades de mediação na psicanálise, na pedagogia, nos conflitos policiais, familiares, de vizinhança, institucionais e comunitários em seus variados tipos. (...) No fundo, dito agora com um olhar estritamente jurídico, é outro tipo de atitude e de visão da administração e resolução de conflitos que, tradicionalmente, tomam a lei como referência".⁸⁷

A mediação possui algumas características e princípios que a norteiam, dentre os quais se destacam:

- Autonomia da Vontade;
- Não Adversariedade;
- Presença do Terceiro Interventor Neutro e Imparcial;
- Autonomia das decisões e Autocomposição;
- Não Competitividade e Consensualidade na Resolução do Conflito;
- Flexibilidade e Informalidade do Processo.

3.2.2.1. Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade é o poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier,

⁸⁵ BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 46.

⁸⁶ "Na verdade, mediação é mais do que essa conformidade, porque seu objetivo não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes". SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 146.

⁸⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. In: WARAT, Luiz Alberto (org.) *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 2ª ed., Buenos Aires: Associação Latino-Americana de Mediação, Metodologia e Ensino do Direito, 1999, p. 05-06.

mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Segundo Irineu Strenger, "a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito".⁸⁸

Esse princípio confere às partes a faculdade de se socorrerem de meios alternativos para solução de controvérsia, versando sobre direito patrimonial disponível.⁸⁹

3.2.2.2. Princípio da não adversariedade

Diferentemente do que ocorre nas demandas judiciais, quando se utiliza a mediação como forma de se solucionar conflitos, não há um espírito de ganhador e perdedor, uma vez que ambos se dispõem a conjuntamente encontrar soluções para as questões envolvidas.

Nos ensinamentos de Maria de Nazareth Serpa, "a mediação geralmente tem o efeito de conter a escalada das questões em disputa e o antagonismo".⁹⁰ O resultado da cooperação mútua para solucionar o litígio é a probabilidade de ocorrer um acordo que vise a garantir o interesse de ambas as partes.

3.2.2.3. Princípio da presença do terceiro interventor neutro e imparcial

Na mediação, as partes são auxiliadas por um terceiro interventor imparcial, que não deve influenciar, emitir juízo de valor ou persuadir as pessoas ao acordo, até mesmo porque ele não possui coercibilidade.

⁸⁸ STRENGER, Irineu. *Da autonomia da Vontade: direito interno e internacional*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 66.

⁸⁹ De forma sintética, parece possível afirmar, de logo, que o direito é disponível, quando é possível de ser transacionado, vale dizer, seu titular pode dispor sobre o direito que detém. Nessa simplificação, admite-se, portanto, uma categorização entre direitos disponíveis e indisponíveis, esses últimos dispostos em uma esfera tal, geralmente de natureza pública, que obsta – em princípio – a renúncia, a cessão, a transferência, ou, genericamente, qualquer espécie de transação.

⁹⁰ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 154.

Nos ensinamentos de Juan Carlos Vezzulla, "é fundamental que o mediador, na primeira etapa, se apresente, assegurando aos clientes confiabilidade e neutralidade, assim como o suficiente profissionalismo para que os clientes possam trabalhar certos de sua eficácia. Quando o cliente expressa ao mediador sua satisfação exageradamente, por sentir-se protegido ou cuidado por ele, com respeito ao outro em litígio, pode estar significando uma transferência que o mediador deve saber neutralizar através de frases de apoio para que se sinta compreendido e frases de limite, ao reiterar-lhes que as duas partes serão assistidas por ele, por igual".⁹¹

Sua finalidade é auxiliar as partes a identificar, discutir e resolver as questões do conflito, buscando transformar o adversário em parceiro de um processo de solução cooperativa, conduzindo a um termo de entendimento para a obtenção da satisfação mútua das partes envolvidas no litígio. Desta forma, não é um procedimento impositivo, não tendo o mediador nenhum poder de decisão sobre o conflito.

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem estabeleceu, no Código de Ética, os princípios fundamentais que deverão pautar a conduta do mediador, nos seguintes termos:

a) Imparcialidade: condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho.

b) Credibilidade: o Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente.

c) Competência: a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente. Por isso o Mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.

d) Confidencialidade: os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegia-

⁹¹ VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p. 15/16.

dos. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo o conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convençados, desde que não contrarie a ordem pública.

e) Diligência: cuidado e prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

3.2.2.4. *Princípio da autonomia das decisões e autocomposição*

A mediação não é um processo impositivo, e o mediador não tem o poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.⁹²

3.2.2.5. *Princípio da não competitividade e consensualidade na resolução do conflito*

Durante a mediação, busca-se aproximar as partes, ao contrário do que ocorre nas demandas judiciais. Não existe a triangulação autor-juiz-réu e uma sentença impositiva resolvendo o mérito. Não se estabelece o estigma de perdedor e ganhador do conflito. O que se busca é um acordo mútuo que acarretará concessões de ambas as partes, o que automaticamente afasta o sentimento de competitividade para provar quem tem a razão, fazendo com o resultado final seja aceito, uma vez que elas foram as responsáveis pelo desfecho do problema.

Conforme Maria de Nazareth Serpa "a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma e soberana, e os direitos podem fazer parte do arsenal de valores das partes,

⁹² SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 47.

mas as decisões só as vinculam na medida do seu entendimento, conscientização e aceitação de suas premissas".⁹³

3.2.2.6. Princípio da flexibilidade e informalidade do processo

Ao contrário de processo judicial, que tem um procedimento específico e exige a observância de formalidades legais, no processo de mediação, a formalidade é quase inexistente, e não há normas de direito processual que devam ser seguidas. Torna-se desnecessária a aplicação de normas preestabelecidas, uma vez que são as próprias partes que irão compor e resolver o conflito, sob o auxílio de um terceiro imparcial.

Por se tratar de uma forma autocompositiva, caberá às partes determinar a estruturação da mediação, pois a todo momento seus participantes estão construindo as bases para que possam firmar o acordo. Por se tratar de um processo dinâmico e flexível, faz-se necessária a observância de algumas etapas, que em regra são:

a) **Premediação:** Nessa etapa ocorre a apresentação do processo, onde serão obtidas informações, avaliação da situação e eleição do mediador. Será considerada a voluntariedade, confidencialidade, possibilidade de cooperação e cordialidade para o prosseguimento da mediação.

b) **Discurso de Abertura:** Ocorrerá o estabelecimento de procedimentos e negociação onde será feito o acordo de Participação e Termo de Independência.⁹⁴

c) **Relato das Histórias:** O objetivo dessa fase é saber o porquê da disputa. É nesse momento que as partes irão falar, apresentarão provas e o mediador irá tendo compreensão dos problemas expostos. É importante que nessa fase o mediador tenha o cuidado de *neutralizar o conteúdo* do que está sendo transmitido, ou seja, repassar a essência do que foi dito, sem, contudo, focar toda a parte de sentimento da parte ao relatar a situação. As perguntas formuladas pelo mediador também precisam ser objetivas. O foco pre-

⁹³ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 157.

⁹⁴ Termo assinado pelo mediador comprometendo-se a ser neutro, imparcial e não manter qualquer ligação entre as partes.

cisa estar nas questões que levaram ao conflito, e não nos envolvidos e seus comportamentos.

d) **Construção, Ampliação e Negociação das Alternativas para solucionar o conflito:** Após ser exposto pelas partes o problema o mediador⁹⁵ deverá ter uma visão global do conflito, auxiliando as partes na negociação. Um passo importante nessa fase é que o mediador tente colocar uma parte no local da outra. Esta reflexão de como o outro enxerga o problema auxilia na elaboração do acordo, pois desperta algumas variáveis que anteriormente não teriam sido captadas. Ao perceber que se criou um impasse, em algum determinado ponto, o mediador poderá *sugerir* alguma alternativa, lembrando sempre que seu ponto de vista deve ser imparcial e neutro, onde sua função é *auxiliar* a elaboração do acordo, jamais sendo algo coercitivo. As partes devem se sentir *responsáveis* na elaboração de cada parte do acordo firmado. O sentimento de responsabilidade e cooperação faz com que o futuro cumprimento do acordo ocorra de forma espontânea, pois não foi uma decisão imposta, mas construída.

e) **Fechamento do Processo de Mediação e Construção do Acordo Final:** Havendo um consenso entre as partes, o mediador fará um resumo de todas as alternativas apresentadas para solucionar o conflito, estando atento se é viável para ambas as partes cumprirem. Após a redação final, e a assinatura do respectivo acordo, o mediador

⁹⁵ A postura do mediador frente ao processo, de acordo com o Código de Ética para Mediadores, estabelecido pelo CONIMA, deve observar os seguintes aspectos: V. DO MEDIADOR FRENTE AO PROCESSO

O Mediador deverá: 1. Descrever o processo da Mediação para as partes;

2. Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo;

3. Esclarecer quanto ao sigilo;

4. Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da Mediação;

5. Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados;

6. Sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida que suas pressões se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade;

7. Interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal;

8. Suspender ou finalizar a Mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes;

9. Fornecer às partes, por escrito, as conclusões da Mediação, quando por elas solicitado.

poderá deixar claro que aquela solução é fruto de um entendimento entre as partes, ressaltando a *responsabilidade e coautoria* que cada um tem sobre o que ficou decidido.

SÍNTESE DOS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

A mediação pode ocorrer dentro de um processo judicial, ou fora dele, aquela endoprocessual; esta, extraprocessual, e se caracteriza pela observância dos seguintes princípios, assim resumidos:

- **Voluntariedade:** aceitação por livre iniciativa ou aceitação das partes. Significa a disposição de cooperação para o objetivo da mediação. Não adversariedade: não competição das partes, as quais não objetivam ganhar ou perder, mas solucionar o problema.
- **Intervenção neutra de terceiros:** terceira parte, catalisadora das soluções.
- **Neutralidade:** não interferência no mérito das questões.
- **Imparcialidade:** isto é, ausência de favoritismo ou preconceitos com relação a palavras, ações ou aparência, significando, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes, e na manutenção desta imparcialidade no levantamento de questões, ao considerar temas como justiça, equidade e viabilidade de opções propostas para acordo.
- **Autoridade das partes:** poder de decisão sobre as questões em disputa, já que são elas as responsáveis pelos resultados e pelo próprio andamento do processo.
- **Flexibilidade do processo:** a mediação não é um processo rígido, uma vez que não está restrita à aplicação de normas genéricas e pré-estabelecidas e sua estruturação depende, basicamente, das partes e dos procedimentos por elas próprias escolhidas.
- **Informalidade,** que se caracteriza pela ausência de estrutura e inexistência de conformidade a qualquer norma substantiva ou de procedimento.
- **Privacidade:** a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma, baseadas em interesse privados, no âmbito privado.
- **Consensualidade,** no sentido de não haver uma decisão imposta às partes. Leva-se em consideração o resultado de deliberação das partes e desta vontade é que extrairá a sujeição ao acordo daí surgido.
- **Confidencialidade,** que é um dos princípios norteadores da mediação. As informações são restritas ao âmbito das partes e do interventor. Salvo restrições eventuais (por exemplo, os próprios sujeitos darem publicidade ao processo ou às decisões, visto que tem liberdade para tal), nada pode ser utilizado em juízo ou ter publicidade.⁹⁹

3.2.2.7. Procedimentos e técnicas de mediação

Sendo a mediação uma forma autocompositiva para resolução de conflitos, o mediador deve adotar determinados procedimentos que conduzam, de maneira sutil e sem

⁹⁹ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 67/68.

interferência de juízos de valores, a um acordo que atenda as pretensões e expectativas das partes.

Sobre o tema, abordam Marilene Mardin e Stella Breitman: "Qual o procedimento mais adequado do mediador? Em primeiro lugar, reverter os papéis: de coadjuvantes, os atores passam a ter o *papel* principal. Eles são os donos do problema/conflito que o mediador, de modo imparcial e neutro, tentará conduzir, guiar, administrar sem julgamentos, preferências ou juízos de valor. Ele tentará reestruturar a possibilidade de escuta recíproca e direta, sem intermediários parciais. Nesse sentido, o mediador procurará tornar legítima e qualificar as pretensões de ambos. De forma *equidistante* e habilmente treinado, não se deixar envolver por nenhum, mantendo seus próprios juízos de valores e princípios. Isso significa que o Mediador não participa da cultura beligerante, antes facilita a solução da *disputa*, o que não significa resolver o *conflito*, ou mesmo chegar a um *acordo*. Ele alcança as ferramentas para as pessoas refletirem sobre o que está acontecendo".⁹⁷

A maioria dos mediadores trabalha seguindo uma abordagem específica que, de acordo com os ensinamentos de Leonard Riskin,⁹⁸ pode ocorrer de 4 formas:

1. Abordagem Avaliadora – Restrita: O mediador ajuda as partes a perceber os pontos fracos e fortes de suas posições e quais os eventuais efeitos caso se submetam a procedimentos judiciais, ou extrajudiciais, caso a resolução por mediação não seja alcançada.

2. Abordagem Facilitadora – Restrita: Educar as partes sobre os pontos fortes e fracos de suas pretensões e suas prováveis consequências de uma mediação mal-sucedida.

3. Abordagem Avaliadora – Ampla: A principal estratégia de do mediador avaliador-amplio é entender as circunstâncias e interesses secundários das partes e outros

⁹⁷ MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A Prática Moderna da Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 2ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Millennium, p. 502.

⁹⁸ RISKIN, Leonardo L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 82-94.

indivíduos ou grupos envolvidos e, então, usar seu conhecimento para buscar o resultado que atenda aos interesses delas. Nessa forma de avaliação, o mediador pode utilizar-se de algumas técnicas, dentre as quais:

- Promover a conscientização a respeito dos interesses subjacentes;
- Prever o impacto (sobre os interesses) de não se chegar ao acordo;
- Desenvolver e oferecer propostas (baseadas em interesses) amplas
- Estimular a aceitação mútua das propostas das partes.

4. Abordagem Facilitadora – Ampla: A principal estratégia é ajudar as partes a definir a matéria sujeita à mediação nos termos dos seus interesses subjacentes e, baseado nisso, ajudá-las a desenvolver e escolher suas próprias soluções. Nessa forma de avaliação, o mediador pode utilizar-se de algumas técnicas, dentre as quais:

- Ajudar as partes a compreenderem seus interesses subjacentes;
- Auxiliar as partes a desenvolver e a propor alternativas à solução do conflito baseadas em interesses e numa ampla perspectiva;
- Auxiliar as partes a avaliar as propostas.

3.3. Conciliação

A conciliação é “uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um Conciliador investido de autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio pelas partes”.⁹⁹

Trata-se, na verdade, de uma forma de heterocomposição, dependente da intervenção de um terceiro imparcial, junto aos litigantes, com o intuito de levá-los à autocomposição. Na conciliação, além da administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, este mesmo conciliador

⁹⁹ Fonte: Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo.

tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, trazendo alternativas de resoluções das questões controvertidas.

Essa é a lógica que rege o mecanismo da conciliação: a realização de acordos, podendo ser no âmbito extraprocessual ou endoprocessual, diminuindo substancialmente o tempo de duração de lide (princípio da celeridade processual), as altas despesas com os litígios judiciais, a redução da animosidade, característica da “derrota judicial”, uma vez que na conciliação são as próprias partes que resolvem o litígio tornando-se responsáveis pelos compromissos que venham assumir e resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento.

3.3.1. Modalidades de conciliação

Conforme os ensinamentos de Wagner Giglio, “A conciliação, como direito material, é um negócio jurídico, um contrato, como tal ontologicamente o mesmo, quer seja firmado em juízo ou fora dele, apresentando duas espécies: bilateral, geralmente formal, oneroso e comutativo imperfeito, se resultante de transação; e unilateral imperfeito e geralmente formal, se decorrente de renúncia ou de reconhecimento. Sob o aspecto do processo, a conciliação pode ser classificada, quanto à oportunidade, em prévia ou processual; quanto à iniciativa, em espontânea ou provocada; quanto à obrigatoriedade, em obrigatória ou facultativa, podendo esta ser regulamentada ou não regulamentada; e quanto ao momento de sua formulação, em inicial ou final”.¹⁰⁰

A conciliação subdivide-se conforme o momento em que foi implementado o acordo em:

a) A conciliação extraprocessual, também denominada informal, ocorre nas hipóteses de conflitos ainda não jurisdicionalizados. Conforme o Conselho Nacional de Justiça: “Esse procedimento se constitui em um método de prevenção de litígios e funciona como opção alternativa ao ingresso na via judicial, objetivando evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo

¹⁰⁰ GIGLIO, Wagner. *A conciliação nos dissídios individuais de trabalho*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 110.