



PUC

**DEPARTAMENTO DE
DIREITO**

A ESCOLHA DO MEDIADOR JUDICIAL NAS MEDIAÇÕES INCIDENTAIS

por

**HELOISA HASSELMANN CAMARDELLA
SCHIAVO**

ORIENTADOR: Alexandre Servino Assed

2016.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

A ESCOLHA DO MEDIADOR JUDICIAL NAS MEDIAÇÕES INCIDENTAIS

por

**HELOISA HASSELMANN CAMARDELLA
SCHIAVO**

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-
Rio) como requisito
parcial para a obtenção
do Título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Alexandre
Servino Assed

2016.1

Agradecimentos

A Deus, primeiramente, por ter me dado força e saúde durante os cinco anos do curso de direito.

Ao professor Alexandre Servino Assed, por ter sido minha inspiração para que eu comesse a estudar sobre mediação, por toda ajuda durante a elaboração da monografia e pela confiança depositada em mim e no meu trabalho.

Aos meus pais Luiz Carlos Schiavo e Eliane Schiavo, em quem me espelho, pelo amor incondicional, pela presença constante e por serem minha base.

Ao meu namorado e parceiro de vida, Felipe Lacerda, que é meu porto seguro, por todo amor e companheirismo, por estar sempre ao meu lado, sem medir esforços para me ajudar e me ver feliz.

Ao meu avô, Aimone Camardella, por ter meu eterno amor e admiração, por ter me ensinado tudo que eu sei e ser meu maior fã e incentivador.

Aos meus avôs Nair Rambalducci e Germano Schiavo, que mesmo de longe sempre estiveram rezando e torcendo por mim.

Aos meus irmãos, Bruno Schiavo e Patrícia Azevedo, por serem além de meus melhores exemplos, meus melhores amigos e por terem desde sempre acreditado em mim.

Ao meu irmão postiço, Ricardo Azevedo, que faz parte da minha família e estive desde sempre em minha vida me ajudando.

À família do meu namorado, Milton Lacerda, Carla Porto, Clotilde Porto, Daisy Cerqueiro e Délio Cerqueira, que me acolheram com muito amor e carinho, sendo incansáveis em me incentivar e ajudar.

A Jô, minha segunda mãe, por ter sempre cuidado de mim e ter me ensinado valores e princípios que levo comigo sempre.

Aos meus amigos do Colégio Santo Inácio, em especial, Clarissa Giesta, Mariana Sathler, Beatriz Santiago, Juliana Lisboa, Natália Meirelles, Anna Carolina Nacacche, por serem minhas melhores amigas e por sempre estarem presentes, provando-se amigas para toda a vida.

A todos os amigos que fiz ao longo do curso de direito, em especial, Marina Nogueira, Vanessa Souza, Viviane Zalmon, que foram os melhores presentes que ganhei em minha trajetória universitária, pelas alegrias que compartilhamos, pelas dificuldades que enfrentamos juntas e pelo apoio sempre recíproco.

Aos professores do departamento de direito da PUC-RIO por desempenharem tão bem a missão de ser professor, por todo conhecimento transmitido, pelo esforço e auxílio diário ao longo do curso.

Resumo

O presente trabalho pretende determinar a quem cabe à escolha do mediador judicial nas mediações incidentais. Até o final, será demonstrado que a referida escolha deve ser feita pelas partes e, somente se não houver consenso entre os interessados, será feita a distribuição dentre os mediadores cadastrados no registro do respectivo Tribunal.

Assim, diante dos dispositivos legais com previsões tão divergentes com relação a quem cabe tal escolha, as partes ou ao Tribunal, procurou-se ao longo do trabalho reunir e estudar ferramentas para que se pudesse construir uma solução para a referida controvérsia. Para tanto, foram examinados os métodos clássicos de interpretação de normas, a teoria do diálogo das fontes, a base principiológica da mediação e as posições defendidas pela doutrina que auxiliaram na constatação de que a escolha deve ser feita pelas partes. Por fim, é apresentada uma proposta de solução a respeito de qual seria a melhor interpretação acerca da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais.

Palavras-chave: mediação, mediação incidental, mediador judicial, escolha, partes, tribunal, dispositivos legais, controvérsia, métodos clássicos de interpretação de normas, diálogo das fontes, base principiológica, doutrina, proposta de solução.

Sumário

1. Introdução	7
1.1. A mudança de paradigma	7
2. A Mediação incidental e a forma de interpretar os dispositivos que tratam da escolha do mediador	11
2.1. Breve histórico da Mediação como Método Adequado de Resolução de Conflitos	11
2.2. Conceito de Mediação	16
2.3. O que é Mediação Incidental?.....	22
2.4. A Importância da Escolha do Mediador Judicial.....	25
2.5. Os Métodos Clássicos de Interpretação de Normas	29
2.6. Diálogo das Fontes.....	32
3. Base Principiológica da Mediação	38
3.1.Princípios Estruturais	38
3.1.2. Princípio da Autonomia da Vontade.....	40
3.1.3. Princípio da Busca pelo Consenso.....	41
3.1.4. Princípio da Validação.....	42
3.1.5. Princípio do Empoderamento	43

4. O Papel da Escolha do Mediador Judicial	46
4.1. O procedimento da mediação judicial incidental	46
4.2. A controvérsia acerca da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais	50
4.3. Proposta de solução	57
5. Conclusão	60
6. Referências Bibliográficas.....	62

1. Introdução

1.1. A mudança de paradigma

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça divulgou no Manual de Mediação Judicial o relatório Justiça em Números revelando que “a cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Some - se a este preocupante dado que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de feitos.”. Diante desse cenário, o relatório conclui que “vivemos sério problema de déficit operacional.” (AZEVEDO, 2013).

Sem dúvida, a judicialização dos conflitos além de ser um fenômeno preocupante, não é exclusivo dos dias atuais, na verdade, está enraizado em nossa cultura e vem ocorrendo na história ao longo dos anos. Inclusive, ganhou força, principalmente, com a criação de meios facilitadores de acesso a justiça, como por exemplo, o estabelecimento dos juizados especiais.

Somado a esse cenário, atualmente e, ao longo dos últimos 50 anos, em razão do mundo globalizado e da rapidez com que ocorrem as mudanças e a transmissão de informação, são exigidas cada vez mais soluções rápidas e eficazes para os litígios como tentativa de dar um fim ao conflito, deixando as partes satisfeitas com a solução produzida, evitando sua reincidência.

Logo, o plano de fundo do presente trabalho, é justamente baseado na constatação de que a judicialização de conflitos não apenas incha o Poder Judiciário, como o torna ineficiente ao ponto de não conseguir dar conta dos processos submetidos a ele, bem como não entregando a prestação jurisdicional.

Ademais, se pauta também no fato de existirem meios mais céleres e efetivos de resolução de conflitos que buscam desconstruir essa mentalidade litigante e produzir soluções mais eficazes que atendam a necessidade de seu tempo.

Desta forma, a escolha do tema dessa monografia foi baseada no reconhecimento da necessidade urgente de mudança da mentalidade litigante que permeia os conflitos em geral. O modelo de solução de conflitos tradicionalmente empregado pelo Poder Judiciário coloca as partes em um verdadeiro duelo, em que ambos os lados possuem o mesmo componente psicológico: o ânimo pela briga. Tomadas por esse sentimento, as partes recorrem de imediato ao Poder Judiciário não apenas buscando uma forma de solucionar o litígio, mas, acima de tudo, procuram "fazer justiça", acirrando ainda mais o estado de tensão preexistente em que um ganha e outro perde. Sendo assim, já foram dados passos largos com relação à criação de mecanismos alternativos para resolução de conflitos, mas ainda há muito o que fazer.

Nesse sentido, o papel da mediação como instrumento inovador se faz extremamente importante na medida em que ela representa um meio adequado de resolução de conflito que se baseia na autocomposição, caracterizada pelo protagonismo das partes, pela construção de soluções de benefício mútuo ampliando os mecanismos de acesso à justiça e oferecendo não apenas mais uma opção de mecanismo a ser adotado, mas o meio mais adequado para determinados tipos de litígios em que são produzidas soluções mais eficientes e que de fato promovem a pacificação social, concretizando assim o verdadeiro "sistema multiportas" (ALMEIDA, 1999).

É nessa perspectiva de mudança de paradigma da "cultura da sentença" para a "cultura da pacificação", que se encontra o objeto dessa monografia que consiste na escolha do mediador nas mediações incidentais. Logo, faz-se imprescindível o estudo acerca do referido tema, visto que a escolha do mediador é ato importante do procedimento para que haja a participação das partes no sentido de tentar compor o conflito.

Em outras palavras, a escolha do mediador já representa uma manifestação de vontade das partes gerando não só a humanização do conflito, como também a criação de um espaço para as partes começarem a

construírem a solução de seu litígio. Nesse esteio, a forma como se dá a escolha do mediador vai influenciar todo o processo da mediação, na medida em que a liberdade de realizar tal escolha representa o primeiro passo para as partes se sentirem mais confiantes e à vontade com relação ao procedimento adotado e, conseqüentemente, mais dispostas a cumprirem o que ficar acordado. Desta forma, temos como resultado uma solução construída pelas próprias partes, o que aumenta a chance de adesão à mesma, além da celeridade, do sigilo e da diminuição da reincidência de litígios.

Contudo, a escolha do mediador nas mediações incidentais judiciais é razão de controvérsia. Nota-se, que a Lei n° 13.140/2015 (Lei da Mediação) e o Novo Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015) tratam do referido tema. Entretanto, em razão da contemporaneidade dos referidos dispositivos e da existência de disposições conflitantes divergências surgem com relação a quem deveria caber a escolha do mediador judicial.

Isto porque, o artigo 168, *caput*, do Novo Código de Processo Civil prevê que as partes poderão escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação, ao passo que o artigo 25 da Lei n° 13.140/2015 dispõe que na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes. Mais além, o artigo 4°, também da Lei n° 13.140/2015, afirma que o mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes. Desse modo, ficam claras as controvérsias existentes entre os textos legais e até mesmo dentro da própria Lei da Mediação (Lei n° 13.140/2015) fazendo com que sejam gerados debates e diferentes interpretações acerca da escolha do mediador na mediação judicial.

À vista do que foi exposto, o objetivo do presente trabalho consiste em se estabelecer a quem deve caber à escolha do mediador judicial incidental e para tal buscaremos analisar no que consiste a mediação incidental e a forma como a escolha do mediador está regulada nesse procedimento. Em sequência, estudaremos os métodos de interpretação

clássicos de normas, ressaltando o diálogo das fontes, buscando harmonizar a aplicação das normas conflitantes. Em seguida, serão examinados os princípios da mediação aplicados a escolha do mediador judicial que servirão como base para a interpretação de como deve ser feita tal escolha. Por fim, trataremos de como cada dispositivo legal prevê a escolha do mediador bem como esmiuçaremos as posições e os pontos divergentes sobre o tema à luz do atual cenário de transição para uma cultura do diálogo e do consenso, com autonomia e protagonismo das partes, apresentando, ao final, uma proposta de solução de como deve se dar tal escolha.

2. A mediação incidental e a forma de interpretar a escolha do mediador

2.1. Breve histórico da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos

Desde a segunda metade do século passado, o mundo tem sido palco de transformações paradigmáticas que são resultado de um mundo cada vez mais globalizado, em que as culturas e mercados estão em constante troca e, conseqüentemente, mudando a todo instante. Sendo assim, é possível constatar uma "desatualização permanente de idéias, propostas e produtos, que nascem com uma curta-vida-média, conseqüência natural da velocidade das mudanças, característica da atualidade" (ALMEIDA, 1999).

Nesse sentido, Zuleica Maria Meurer afirma que:

"são visíveis às mudanças ocorridas no mundo moderno, e principalmente neste momento, onde as teorias que fundamentaram a modernidade, não estão mais se sustentando diante do surgimento de outras teorias, que provavelmente vão caracterizar uma nova fase da humanidade, denominada de pós-modernidade. As transformações tecnológicas e industriais, a globalização da economia, a facilidade de comunicação, a disseminação da notícia, exigem, contudo, uma rápida e efetiva solução para os conflitos de interesses decorridos destas novas relações, que envolvem o indivíduo e a sociedade" (MEURER, 2008).

Os meios até então utilizados para lidar com os litígios eram caracterizados por serem verdadeiros padrões, ou seja, haveria uma solução única, correta para atender aos mais diversos tipos de conflitos buscando-se assim uma uniformidade de modelos e ações.

Contudo, não demorou muito para se perceber que as soluções empregadas para os conflitos diários já não bastavam, uma vez que diante desse contexto global no qual as relações entre indivíduos e perante o Estado foram se modificando, as demandas foram se tornando mais complexas bem como ocorreu um amadurecimento da noção de democracia, direitos e garantias fazendo com que fosse preciso obter respostas mais rápidas e efetivas para dirimir esses novos conflitos.

Somado a isso, vale ressaltar a existência da enraizada "cultura do litígio", ou seja, as pessoas diante dos conflitos recorrem imediatamente ao Poder Judiciário a fim de ver reconhecido o seu suposto direito. Porém, as partes o fazem tomadas pelo ânimo da briga gerando um acirramento maior do conflito além de um desgaste emocional, financeiro, físico enorme e, por vezes, sem efetivamente solucionar a lide.

Tal cenário contribuiu de forma significativa para a chamada "crise do Poder Judiciário", fenômeno que surgiu no final do século passado e que vem sendo enfrentado até os dias de hoje.

A "crise do Poder Judiciário" consiste, basicamente, na ineficiência desse Poder em atender as necessidades tanto da sociedade como da Administração Pública tendo como principais causas:

"A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão de seus poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários o que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas.[...]"(MEURER, 2008).

Logo, a máquina judiciária se encontra demasiadamente inchada, morosa, burocrática, perdendo a confiança da sociedade como Poder Estatal Jurisdicional cujo objetivo é a pacificação social. Nesse esteira, o método clássico de resolução de conflitos processual-jurisdicional passou a não ser suficiente para dirimir os litígios de forma eficaz e com duração razoável de modo as partes receberem a tutela jurisdicional fruto de um devido processo legal.

Diante desse contexto, os doutrinadores Capelletti e Garth se debruçam sobre o tema de acesso à justiça e propõe um movimento universal de acesso à justiça que "pode ser encarado, portanto, como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12).

Em outras palavras:

“(...) é de se observar que “acesso à justiça” tem significado peculiar e abrangente. Não se limita à simples entrada, nos protocolos do judiciário, de petições e documentos, mas compreende a efetiva e justa composição dos conflitos de interesses seja pelo Judiciário, seja por forma, outra, alternativa, como são as opções pacíficas, a mediação, a conciliação e a arbitragem” (MENDONÇA; FONKERT, 2002).

Para tal, trazem propostas de soluções de forma a concretizar um efetivo acesso à justiça às quais denominam de "ondas". A primeira onda é a assistência jurídica, em que se prevê três modelos jurídicos importantes voltados a prestar assistência aos indivíduos hipossuficientes; a segunda onda é a representação jurídica para interesses difusos e, nesse esteio, busca-se a justiça de interesses públicos através da representação de direitos coletivos; a terceira onda, que possui maior relevância para o presente trabalho, tem por foco o acesso à justiça visando dar um novo olhar voltado para a advocacia judicial ou extrajudicial, por meio de advogados públicos ou privados (MOTTA JR, 2014).

É justamente no âmbito da terceira onda que se encontra a sugestão de adoção de meios alternativos de solução de conflitos. Almeja-se fazer um programa de reformas no sistema processual de modo a implantar tutelas jurisdicionais diferenciadas a fim de tornar o sistema mais ágil, eficiente e justo.

Essa conjuntura não foi exclusiva do Brasil, mas foi também vivenciada por vários países, cada um à seu tempo e com características próprias, porém todos com um denominador comum: a conscientização da necessidade de se ter novas soluções que sejam eficazes e céleres para dirimir os conflitos. Desta forma, refletindo a tendência mundial, sugeriram os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Como bem ressalta Tânia Almeida:

"o movimento social da década de 60, que propunha mudanças paradigmáticas nas lentes de análise do comportamento humano, incentivou inúmeras novas, ou pouco usuais, possibilidades alternativas de expressão e de condutas, e se mostrou presente, igualmente, no campo da gestão de conflitos. Foram os americanos aqueles que, à época, mais se debruçaram sobre o tema, dando ênfase às ADRs" (ALMEIDA, 1999).

A expressão ADR - *Alternative Dispute Resolution* - é a original para se referir aos métodos supracitados, cunhada nos EUA. No Brasil, são utilizadas suas diferentes traduções: Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs), Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos Controvérsias (MESCs) e até mesmo a tradução literal Resolução Alternativa de Disputas (RAD) (ALMEIDA, 1999).

"O campo da chamada 'Resolução Apropriada de Disputas' (ou RADs) inclui uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. Tais métodos oferecem, de acordo com suas respectivas peculiaridades, opções para se chegar a um consenso, a um entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido ou 'desenhado'" (AZEVEDO, 2013).

Na visão da American Arbitration Association (AAA), a expressão ADR refere-se a "uma variedade de técnicas para resolver disputas sem litígio". Em sua Missão, a associação americana empenha-se em criar sistemas alternativos que atendam às necessidades das partes envolvidas em disputas. Ser uma alternativa ao litígio e estar voltado para o atendimento das necessidades das partes é tudo o que se deseja de melhor para um método 'alternativo' (ALMEIDA, 1999).

Vale ressaltar que o emprego da expressão métodos "alternativos" para a resolução de conflitos é mal vista pela doutrina, uma vez que o sistema judicial teria nascido após a mediação, logo aquele seria alternativo a esta, bem como os métodos taxados como alternativos não excluiriam a atividade jurisdicional, mas sim a complementariam, no sentido de preencher a lacuna do que falta ao Poder Judiciário (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.36).

Seguindo essa linha de raciocínio, também Tânia Almeida afirma que "devemos pensar na Mediação como alternativa ao litígio, e não ao Judiciário, e considerar as repercussões de sua prática sobre o descongestionamento dos tribunais como consequência, e não como objetivo" (ALMEIDA, 1999).

Desse modo, o significado melhor aceito atualmente é "adequado" ou "apropriado", mesmo tendo a Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris, utilizado a expressão amigável - *Amicable Dispute Resolution* (ALMEIDA, 1999).

Portanto, existe um movimento no sentido ampliar cada vez mais os métodos de resolução de conflitos tomando por base a ideia do "sistema multiportas". Em outras palavras, não apenas aumentar o número de frentes de acesso à justiça como também criar diferentes métodos que sejam os mais adequados para solucionar os conflitos de modo a dar soluções mais eficazes atendendo as peculiaridades de cada caso (ALMEIDA, 1999).

Seguindo em frente, os métodos de solução de conflitos se dividem, basicamente, em três espécies: impositivos, autocompositivos e híbridos ou mistos (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.37).

Com relação aos mecanismos impositivos ou adversariais, esses consistem na imposição de uma decisão com o intuito de sanar o conflito que é tomada por um terceiro com poder decisório. Logo, a decisão final não será uma recomendação ou sugestão, mas terá efeito vinculante, ou seja, as partes estarão adstritas àquela decisão. A título de exemplo se pode citar a arbitragem e a jurisdição nas quais o objetivo é o convencimento do terceiro, no caso, o árbitro ou o Estado-juiz (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.37-38).

Por outro lado, têm-se os meios autocompositivos que, basicamente, são métodos em que a solução do litígio é construída pelas partes e não imposta por um terceiro. Compõe esse grupo, dentre outros, a mediação, conciliação e a negociação (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.39).

Por fim, têm-se os meios mistos ou híbridos. Esses possuem características dos dois grupos anteriores, ou seja, para cada nova questão deve utilizar novos métodos que são resultado de métodos já conhecidos. Assim, elege-se um meio para solucionar um litígio e, na hipótese de insucesso, aplica-se imediatamente outro método já conhecido, como é o

caso da mediação-arbitragem, arbitragem-mediação, minijulgamento, *dispute boards*, dentro outros (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.40).

Em suma:

“os Marc (métodos alternativos – adequados – de resolução de conflitos) ou ADR (*alternative dispute resolution*) englobam programas que enfatizam meios não judiciais para lidar com as disputas, sendo a mediação, a arbitragem e a conciliação as que mais atraem as atenções, principalmente no Brasil. Inicialmente considerada uma justiça informal (não porque desprovida de rituais, mas porque extraordinária à justiça estatal, oficial), prima pela celeridade, busca o acordo, a resolução do conflito em toda a sua profundidade mais do que vencer ou perder, substituindo o confronto pela harmonia e pelo consenso, a guerra pela paz (e não apenas a pacificação momentânea), educando os contendores a resolver seus próprios problemas baseados no diálogo e respeito ao outro” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

2.2. Conceito de Mediação

Conforme explicado anteriormente, os métodos alternativos de resolução de conflitos ganharam expressão no cenário mundial e a mediação, inserida nesse leque de meios de resolução de conflitos, é classificada como meio autocompositivo.

Não obstante a mediação ser utilizada na solução de conflitos pelos povos da antiguidade, como a China de Confúcio, foi nos EUA, nos anos 70, que a mediação ganhou força e regulamentação com o surgimento das *Community Relation Services* um componente da *Civil Right Acts* de 1964, e com a fundação do *National Centre for Dispute Settlement* em 1968 patrocinado pela *Ford Foudation* responsável pela organização de programas para mediar conflitos raciais, apoiada na *American Arbitration Association* que já havia se formado (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.230).

Nessa esteira, "a partir dos anos 80, a mediação foi incorporada pela agenda judiciária e passou a ser uma das portas disponíveis para tratar o conflito após inaugurada a ação judicial" (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.232).

A partir daí, a mediação difundiu-se para Canadá, China e alguns países da Europa, como por exemplo, Inglaterra, França, Noruega, Espanha,

Itália e outros, principalmente, após o advento da Diretiva n° 52/2008 sobre mediação de conflitos transnacionais em matéria cível e comercial fazendo com que os países se empenhassem na implementação do instituto. Além disso, foi adotada também por países da América Latina, como a Argentina, que inclusive possui uma "Lei de Mediação e Conciliação que institui em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os Juízos modificando o Código de Processo Civil da Argentina" (CUNHA, 1999).

O Brasil, até tempos recentes, estava atrasado com relação ao contexto internacional no que tange a regulamentação da mediação. Todavia, foi a partir a partir dos anos 1990 que começou um interesse no sentido de institucionalizar o instituto.

Desse modo, em 2009 foi feito um Pacto Republicano assinado pelos três Poderes da Federação que, dentre os objetivos, constava o incentivo a mediação e aos meios autocompositivos de resolução de conflitos visando alcançar a pacificação social (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.4).

Ademais, foi elaborado o projeto de lei n° 4.827/98, de iniciativa da Deputada Zulaiê Cobra buscando definir e dispor acerca da mediação. Posteriormente, em 2002, esse projeto foi aprovado pela Comissão de Consituição e Justiça e enviado ao Senado Federal onde ganhou o n° PLC 94, de 2002 (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.5).

No entanto, apesar do trâmite legislativo ter seguido, não ocorreram avanços com relação à aprovação do projeto de lei.

Com base nessa realidade, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n° 125/ 2010, que trata da Política Judiciária Nacional e dá outras providências, sendo que as diretrizes ali contidas vêm orientando a prática da mediação no país (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.4).

Além disso, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNPM) editou a resolução n° 118/2014, que trata da Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.4).

Recentemente, tivemos dois grandes avanços com relação à regulamentação da mediação no país. O primeiro foi à elaboração e publicação da Lei de Mediação nº13.140 de 2015, o segundo foi a aprovação e entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, Lei nº13.105 de 16 de março de 2016. Ambos tem por objetivo a institucionalização legal da mediação de modo que a mesma seja praticada de forma adequada afim de ganhar legitimidade social.

Desta forma, após analisar a conjuntura em que se deu a ascensão dos meios alternativos de resolução de conflitos, e na sequência, a mediação, faz-se imprescindível conceituar mediação para ser possível compreender melhor a escolha do mediador nesse processo.

Segundo a *Uniform Mediation Act*, mediação pode ser definida como: "*mediation means a process which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*" (GARCEZ, 2013, p.34).

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg afirma que "*mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*" (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.2).

Nesse esteio, Gladys Stella Álvarez define mediação como sendo "*un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante en el cual un tercero neutral - el mediador - facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a um acuerdo*" (HALE; PINHO; CABRAL, 2015 apud, ÀLVAREZ 2003).

Maria de Nazareth Serpa entende que:

"a mediação é um processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução da disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chaves é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra as partes são incapazes de se engajar numa discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada" (GARCEZ, 2003 apud SERPA, 1999).

À vista desses conceitos, pode-se entender mediação como um método autocompositivo de resolução de conflitos através do qual as próprias

partes, por meio do diálogo, irão chegar a um acordo para solucionar o litígio sendo auxiliadas por um terceiro, imparcial, chamado mediador, que contribuirá para as mesmas construírem soluções de benefício e satisfação mútuos.

Portanto, é possível extrair, dentre muitas, algumas características principais da mediação, com base nos conceitos expostos, independentemente da escola ou do método escolhido para exercer a mediação.

Segundo Humberto Dalla, para que se tenha o processo de mediação são necessários três elementos básicos: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo (PINHO, 2011, p.224).

No que se refere às partes, "(...) podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor" (PINHO, 2011, p.224-225).

Com relação ao segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. O autor afirma que o processo de mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico. Ainda que seja muito útil a presença de profissionais que tenha conhecimento em psicologia para auxiliar no procedimento, visto que possuem prática em lidar com relações humanas, é preciso que essa intervenção seja limitada sob pena de tornar o processo abstrato e infrutífero (PINHO, 2011, p.225).

Ainda, no que toca o mediador, ele é um terceiro imparcial, sem poder decisório e capacitado tecnicamente para ajudar as partes a chegarem a um melhor resultado para os envolvidos.

Nessa lógica, Garcez entende que:

"As partes, assim auxiliadas, são autoras das decisões e o mediador apenas as aproxima e faz com que possam compreender melhor as circunstâncias do problema existente e a aliviar-se das pressões irracionais e do nível emocional elevado, que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada, e afasta, momentaneamente, a possibilidade de acordo" (GARCEZ, 2003, p.16).

Outrossim, a mediação é um processo caracterizado pela autocomposição, ou melhor, as próprias partes buscam restabelecer ou estabelecer o diálogo entre elas para solucionar o litígio.

Desta forma, de acordo com Tânia Almeida:

"autoras das soluções de suas controvérsias as pessoas tornam-se mais comprometidas com o seu cumprimento. Sentem-se responsáveis pelo que decidem, diferentemente de quando as soluções são impostas por outrem. Criando soluções que atendam a todas, elas podem manter sua relação social porque não haverá um ganhador e um perdedor como ocorre quando as diferenças são resolvidas por meio de métodos adversários - quando um ganha e o outro perde" (ALMEIDA, 1999).

A mediação é um processo voluntário. Isto é, tem como pilar fundamental o princípio da autonomia da vontade. Desse modo, as partes optam por escolher a mediação como forma de resolver aquele litígio, elas decidem se participam ou não, não são coagidas, pelo contrário, adotam esse procedimento por livre e espontânea vontade acreditando ser o melhor meio para solucionar determinada controvérsia.

Ressalta Humberto Dalla: "(...) para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária" (PINHO, 2011, p.225).

Nessa linha, defende Tânia Almeida:

"Tendo como princípio fundamental a Autonomia da Vontade, a Mediação é recurso para ser eleito por quem está disponível para atuar com boa fé e a rever as posições anteriormente adotadas nas tentativas de resolução do desacordo; por quem preferir participar diretamente da solução a ser eleita e dela ser autor; por quem não identificar instrumento outro de resolução que melhor atenda sua demanda; por quem pretender celeridade e sigilo e quiser ter controle sobre o processo negocial e seus procedimentos; e por quem prezar a relação pessoal ou de convivência com aquele que litiga ou dela não puder prescindir" (ALMEIDA, 1999).

Outra característica importante da mediação é que a mesma tem por objetivo a restauração da relação social, o que a diferencia de outros métodos autocompositivos de resolução de conflitos, como por exemplo, a negociação e a conciliação.

Por conseguinte, ensina Tânia Almeida que a mediação:

"É um processo de diálogo que inclui a desconstrução do conflito, o restauro da relação social e a construção de soluções em co-autoria. Sua operacionalização foi

assim pensada porque acredita-se que a co-autoria, e a resultante co-responsabilidade necessária para o cumprimento do acordado, somente podem advir daqueles que puderam tratar o conflito existente entre eles" (ALMEIDA, 1999).

A restauração da relação social se traduz na retomada de uma comunicação e convivência pautadas no respeito mútuo, mantendo o diálogo e evitando trazer prejuízos aos terceiros que participam daquela convivência. Isto posto, a mediação vai auxiliar as partes, juntas, a construírem soluções de benefício mútuo, preservando a relação social entre elas.

Aplica-se a mediação sempre que se estiver diante de uma questão passível de negociação direta entre os envolvidos na controvérsia. Desta maneira, a mediação surte efeitos positivos sendo adequada e eficaz "quando, em virtude da existência de vínculo entre os participantes: (i) a relação tende a se prolongar no tempo; (ii) são afetadas mais pessoas do que as que poderão negociar; e/ou (iii) requerem muitas micro-negociações ao longo do tempo" (Cartilha de Mediação da OAB-RJ).

A Mediação, portanto, busca diante dos conflitos construir acordos e soluções que tragam benefícios para as partes cuidando da preservação do relacionamento entre as mesmas.

"Por isso, mostra-se mais adequada à resolução dos conflitos em que "houver vínculo anterior entre as partes" (art. 165, § 3.º, NCPC), isto é, aqueles decorrentes de relações interpessoais continuadas, cujos laços tendam a subsistir no tempo, como os litígios de família, sucessões, vizinhança, trabalho etc" (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Sendo assim, a mediação é utilizada, de modo geral, para as relações continuadas no tempo. Contudo, vale frisar que a mediação vem ampliando cada vez mais suas áreas de atuação e, por essa razão, vem sendo aplicada em diversos contextos, tais como: direito civil, direito comercial, direito penal, direito de família, direito do trabalho, na área de saúde, educação, direito ambiental, direito societário, questões de condomínio, previdenciárias, contratos em geral, dentre outros, produzindo bons resultados.

Com uma abordagem diferente, é possível enxergar a mediação sob outro ângulo, isto é, a mediação como sendo:

"uma via que objetiva o reconhecimento do litígio, sem, contudo, negá-lo. A busca pela transformação do conflito vai além de sua resolução, podendo-se afirmar que a mediação é mais que meio alternativo "de" resolução de conflitos, é meio alternativo "à" resolução dos conflitos, os quais são abordados para serem desconstituídos, de forma a resgatar a relação social existente entre as partes" (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.95).

Com base nessa posição, a finalidade da mediação não é a constituição de um termo de acordo, mas o reconhecimento da relação conflituosa, com o auxílio do mediador, de modo que as partes possam desenvolver o diálogo, com respeito e confiança no procedimento, assumindo responsabilidades e cooperando para que seja produzido o melhor resultado para os envolvidos.

Isso gera "a restauração da comunicação e desenvolvimento do diálogo, aproximando as partes intersubjetivamente por meio de uma conversa honesta e flexível, possibilitando soluções criativas, com ganhos mútuos (não exclusivamente patrimoniais), buscando sempre o máximo benefício aos envolvidos" (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.95-96).

Em sequência, após ter sido feito o estudo do contexto em que surgiu a mediação e do conceito da mesma, cabe avançar para analisar a definição de mediação incidental para que seja viável entender a escolha do mediador judicial nas mediações incidentais.

2.3. O que é Mediação Incidental?

A despeito de existirem na doutrina diferentes classificações e nomenclaturas, de modo geral, com base nos diplomas normativos que regulam a mediação - Lei de Mediação, Novo Código de Processo Civil e a Resolução n° 125/ 2010 do CNJ - os estudiosos sobre o tema classificam o referido instituto em duas espécies: extrajudicial e judicial.

A primeira espécie, a mediação extrajudicial, por vezes tratada de mediação voluntária, por ser iniciada em decorrência do mútuo consentimento e vontade das partes ou privada, por ser feita sem o auxílio de componentes dos quadros jurisdicionais, pode ser entendida como sendo realizada “por um mediador extrajudicial, que não está vinculado a nenhum tribunal e atua autonomamente”, de acordo com o artigo 9º da Lei de Mediação. (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.168).

Desta maneira, a mediação extrajudicial é caracterizada por ser uma atividade privada, ou seja, é realizada aquela realizada fora do âmbito do Judiciário, sem se submeter a qualquer ingerência ou coordenação deste.

Cabe observar que a resolução nº 125 do CNJ e o Novo Código de Processo Civil, apesar de não vedarem essa modalidade de mediação, não a regulam, ficando a cargo da Lei de Mediação prever tal espécie. Nesse sentido, a mesma está prevista no artigo 21.

Já a segunda espécie, a mediação judicial, também denominada de mandatária ou paraprocessual, é aquela realizada no ambiente do Poder Judiciário “por mediadores judiciais, os quais estão inscritos em cadastro nacional e em cadastro do tribunal perante o qual pretendem atuar” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.168-169).

Essa categoria foi regulada pela Resolução nº 125 do CNJ, que buscou atender ao princípio constitucional de acesso à justiça, expresso no artigo 5º, XXXV, Constituição Federal, de modo a torná-lo efetivo. Assim sendo, foi instituída a Política Judiciária Nacional, prevista no artigo 1º da supracitada resolução garantindo à todos meios de solução de conflitos mais adequados as circunstâncias de cada caso.

Nesse esteio, o artigo 4º consagra o incentivo à autocomposição de litígios e a pacificação social através da mediação e conciliação. Em sequência, o artigo 7º prevê a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que terão, dentre outras atribuições, instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) para a realização das sessões de conciliação e mediação (inciso IV).

Nessa linha, também a Lei de Mediação, em seu artigo 24, prevê a criação de Centros Judiciários de Solução de Consensual de Conflitos para que sejam feitas as audiências de mediação e conciliação processuais e pré processuais.

O Novo Código de Processo Civil, como não poderia deixar de ser, maior enfoque e tratamento à mediação judicial. Tal fato não significa que a mediação extrajudicial seja vedada, mas apenas deixa claro que os interessados podem fazer uso dessa modalidade recorrendo aos profissionais liberais disponíveis no mercado. Inclusive o próprio artigo 175, Novo Código de Processo Civil preceitua que a regulamentação da mediação extrajudicial se dará por lei específica.

Corroborando essa posição:

“O NCPC, por sua natureza, trata, em sua maior parte, da mediação judicial, ou seja, daquela que poderá se desenvolver dentro do sistema Judiciário. Cria, assim: Centros judiciários para solução de conflitos: Cadastro para mediadores, conciliadores e câmaras privadas de mediação e conciliação; Requisito de capacitação por entidade credenciada; Impedimento de que conciliadores e mediadores credenciados exerçam advocacia no mesmo juízo; Remuneração prevista em tabela; Impedimento de que conciliadores e mediadores assessorem uma das partes do processo pelo prazo mínimo de um ano” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Assim, cabe frisar que a mediação judicial é buscada comumente nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUCS). Avançando, com relação ao momento em que é instaurada, a mediação judicial pode ser prévia ou incidental.

A mediação prévia consiste na opção das partes pela eleição da mediação como meio de resolução do litígio, desde que seja realizada antes do início do processo.

Em outras palavras, as partes tem liberdade para eleger a mediação, com base no princípio da autonomia de vontade, fundamentado no artigo 166, § 4.º, do Novo Código de Processo Civil, que dispõe “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

Logo, segundo ensina Adolfo Braga Neto: “A mediação prévia é aquela realizada quando inexistente processo judicial. Poderá ser judicial ou extrajudicial, dependendo da qualidade do mediador que coordenará os trabalhos” (NETO, 2010).

Em contrapartida, a mediação incidental consiste na atuação do magistrado, no início do processo e no decorrer do mesmo, no sentido de encaminhar a questão para ser tratada pelo procedimento de mediação, consoante prevê o artigo 334 do Novo Código de Processo Civil e o artigo 27 da Lei de Mediação.

Dessa maneira, “um caso, judicializado em primeira instância, pode ser encaminhado ao programa de mediação por solicitação das partes ou de seus advogados. O juiz da causa pode ainda, de ofício, encaminhar a disputa à mediação quando constatada a adequação ao caso” (MOTTA JR, 2014).

De mesma sorte, “se a disputa já chegou ao Tribunal, em qualquer via recursal, ela poderá ser encaminhada à mediação, desde que o relator ou a turma julgadora entenda que seja cabível” (MOTTA JR, 2014).

Logo, se for o caso de mediação incidental, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual) (PINHO, 2011, p.229).

Assim, nas palavras de Adolfo Braga Neto: “este tipo de mediação ocorrerá obrigatoriamente após a protocolização da petição inicial junto ao juízo, devendo ser distribuído ao mediador antes mesmo do juiz da causa, para a tentativa de composição amigável “(NETO, 2010)”.

2.4. A Importância da Escolha do Mediador Judicial

Após apreciar as bases do tema, conceitos e conjunturas, cabe dissecar o objeto de estudo do presente trabalho examinando, primeiramente, o significado da escolha do mediador judicial. Isto porque, é preciso entender

a importância dessa escolha para que se possa compreender as discussões e controvérsias acerca da questão.

Algumas são as razões para que haja uma preocupação com relação a quem cabe essa escolha. Isto posto, um primeiro motivo é bastante lógico e dedutível, visto que a mediação é pautada, basicamente, em três elementos:

“(i) o protagonismo e autonomia dos interessados na busca de uma solução que satisfaça a ambos; (ii) o papel do mediador como condutor do diálogo, o que demanda a sua capacitação em técnicas específicas para essa função; e (iii) o duplo escopo do procedimento, direcionado não somente à resolução da controvérsia que gerou a instituição do processo, mas também à restauração da comunicação entre os litigantes, hábil à prevenção de novos litígios” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Desta forma, o mediador aparece como um dos principais elementos do processo de mediação. Por isso, seu papel é essencial no procedimento e não há como realizá-lo sem sua atuação, mesmo porque sua atividade é intermediar as relações entre as partes envolvidas, facilitando o diálogo, para que as mesmas consigam alcançar a melhor solução possível para o conflito de forma não competitiva. Assim, a sua escolha é fundamental para que o processo ocorra e atinja o resultado esperado.

Outra razão consiste no peso do papel do mediador. Isto porque sua função é ajudar as partes envolvidas naquele litígio, por meio do diálogo, a resgatarem a comunicação que foi rompida e buscar uma solução que seja ponderada, satisfatória e eficaz para todos. Cabe frisar que o mediador apenas auxilia as partes, mas a tomada de decisão é feita por elas mesmas.

Logo, o mediador deve se preocupar em:

“entender as questões e interesses que estão por trás das posições assumidas externamente, assim como reconhece a subjetividade subjacente trazida por ambos, objetivando o restabelecimento do diálogo e o apontamento de soluções consensuais que possam gerar satisfação mútua” (MOTTA JR, 2014).

Para tal o mediador deve ter uma formação transdisciplinar, já que várias habilidades são exigidas do mesmo para que a mediação seja bem sucedida, tais como: sensibilidade, saber utilizar ferramentas de comunicação e negociação, ter perfil de liderança, flexível, imparcial, se

guiar por princípios éticos característico do instituto, íntegro, claro, dentre outras.

Mais além, cabe ao mediador:

“não exercer juízos valorativos sobre o que é bom ou não para as partes ou para aquele determinado contexto, pode, por meio de ferramentas, auxiliar os mediados a refletirem sobre o que estão fazendo e estimulá-los a pensarem e criarem novas alternativas, bem como avaliarem a viabilidade de cada uma das, ou seja, se seria possível aplicá-las concretamente na vida real” (MOTTA JR, 2014).

Nessa perspectiva, não somente não é possível haver o processo de mediação sem o mediador, como tampouco o mesmo dará resultados positivos caso a escolha do mediador não seja feita da forma devida.

Por esse motivo, estabelecer a quem cabe à escolha do mediador se mostra primordial, pois tal fato influencia diretamente o desenvolvimento do procedimento, visto que as partes devem se sentir à vontade com tal escolha, de modo que o mediador consiga abrir portas para um diálogo, diminuindo a hostilidade e dando espaço para que seja possível encontrar uma solução satisfatória, pelas próprias partes, fazendo com que as mesmas desenvolvam uma comunicação e, conseqüentemente, superarem aquele conflito.

Desse modo, o objetivo da mediação não será alcançado. Uma vez não restabelecida a comunicação e laços entre as partes, será extremamente complicado os envolvidos entenderem o problema e, de fato, buscarem rever posicionamentos e opiniões para que haja uma convivência pacífica. Ainda, cumpre ressaltar que mesmo chegando-se a uma solução, provavelmente as partes não cumpriram o que ficou acordado.

Por fim, mais uma razão reside na constatação de que a mediação tem como princípio vital a autonomia da vontade, ou seja, as próprias partes tem o controle sobre a eleição do melhor método para solucionar a controvérsia, bem como sobre o processo de mediação em si, seus procedimentos, dentre eles, a escolha do mediador. Desta forma, a escolha do mediador é um direito da parte, assim como a escolha do meio de solução do litígio a ser adotado e seus procedimentos.

À vista disso, em atenção ao fato dos diplomas normativos que regulam a mediação não preverem da mesma maneira a quem cabe à escolha do mediador e como forma de valorizar o princípio da autonomia de vontade, pilar central desse processo, se faz pertinente à discussão acerca da escolha do mediador.

A escolha do mediador judicial nas mediações incidentais, tema do presente estudo, vem sendo palco de grande debate e controvérsia, que são perfeitamente justificáveis, posto que não há uma uniformização quanto a regulamentação dessa escolha. Nesse esteio, cabe frisar que a análise quanto a referida discussão será feita com base na Lei de Mediação (Lei n° 13.140/2015) e no Novo Código de Processo Civil (13.105/2015).

Portanto, segundo o artigo 168 do Novo Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015), as partes de comum acordo escolheram o mediador, que poderá ou não estar cadastrado no Tribunal, a seguir:

“Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.”

Por sua vez, o artigo 4º da Lei de Mediação prevê que o mediador será eleito pelas partes ou designado pelo Tribunal, *verbis*:

“Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação“.

Ao passo que, o artigo 25 do mesmo diploma normativo afirma:

“Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei. “

Assim, é visível a contradição existente entre os dispositivos normativos, gerando grande dificuldade na interpretação e aplicação dos mesmos.

Vale salientar que, mesmo não sendo o foco do presente trabalho, quanto à escolha do mediador extrajudicial não há tanta discussão, já que se encontra regulada apenas na Lei n° 13.140/2015, que dispõe, em seu artigo 9°, que qualquer pessoa poderá funcionar como mediador extrajudicial, desde que tenha confiança das partes e esteja capacitada para tal.

Logo, como o artigo supracitado não exige qualquer capacitação específica, curso de formação ou vinculação a algum conselho ou afim, percebe-se que sua escolha está baseada no elemento confiança, no qual as partes irão admitir determinado sujeito como mediador, pois reconhecem que aquela pessoa tem capacidade de auxiliá-los a chegarem a uma solução. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. O marco legal da mediação no Brasil, pág. 116).

2.5. Os Métodos Clássicos de Interpretação de Normas

Conforme citado anteriormente, as normas que tratam da escolha do mediador judicial, presentes na Lei de Mediação e no Novo Código de Processo Civil, apresentam previsões distintas acerca de a quem cabe a escolha do mediador, existindo dúvida se caberia às partes, ao próprio Tribunal ou a ambos. Diante desse quadro, se faz necessário recorrer aos métodos clássicos de interpretação de normas a fim de se chegar ao melhor entendimento a respeito de a quem cabe à escolha do mediador.

A interpretação jurídica consiste na tarefa de revelar o sentido dos textos ou outros elementos normativos com propósito de resolver problemas práticos, quando a simples leitura não permitir de imediato entender seu significado e alcance.

Desta maneira, os métodos tradicionais na sistemática de interpretação jurídica adotados no Brasil e nos países de Direito codificado remontam à contribuição de Savigny, que distinguiu os componentes gramatical, histórico, sistemático e teleológico de atribuição de sentido aos textos normativos (BARROSO, 2009, p. 290).

Vale destacar que, por vezes, é possível compreender a norma jurídica utilizando apenas um ou dois elementos, porém, em outros casos, devido a complexidade normativa é necessário que haja um esgotamento dos elementos que estão a disposição (NADER, 2014, p.275).

Corroborando essa visão, ensina Ferrara: “ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlam-se reciprocamente, e assim todos contribuem para a averiguação do sentido legislativo” (NADER, 2014 apud FERRARA).

O elemento gramatical consiste na possibilidade de interpretações semânticas das palavras do texto normativo. Nessa linha, afirmar Paulo Nader que esse elemento “compõe-se da análise do valor semântico das palavras empregadas no texto, da sintaxe, pontuação etc” (NADER, 2014, p.276).

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., “parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma” (FERRAZ JR., 2008, p. 252 - 253).

Importante ressaltar a crítica que se faz a esse elemento, não com o objetivo de deixar de utilizá-lo, mas buscando corrigir os excessos que podem advir de sua aplicação de modo a evitar abusos daqueles que se apegam à literalidade do texto, com prejuízo ao objetivo, a intenção daquela norma, a *mens legis*.

Nesse caminho, afirma Ferraz Jr.:

“No fundo, pois, a chamada interpretação gramatical tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica” (FERRAZ JR., 2008, p.253).

Daí percebe-se a necessidade do elemento histórico. Nesse esteio, entende Paulo Nader que “como a força viva que acompanha as mudanças sociais, o Direito se renova, ora aperfeiçoando os institutos vigentes, ora criando outros, para atender o desafio dos novos tempos”(NADER, 2014, p. 279).

Assim, a interpretação histórica se preocupa com o significado das palavras no momento em que o legislador as criou. É inegável que o Direito está atrelado ao momento histórico e para se conhecer a real intenção da norma jurídica é preciso pesquisar as raízes históricas da elaboração da mesma. Ressalta Nader, “a evolução da ciência jurídica nunca se fez mediante saltos, mas através de conquistas graduais, que acompanharam a evolução cultural registrada em cada época”.

O elemento sistemático é extremamente relevante, já que se assenta na ideia de unidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o intérprete leva em consideração o contexto geral, estabelecendo relação com as instituições e normas jurídica no momento da interpretação.

Leciona Paulo Nader:

“Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. A norma jurídica somente pode ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas pertinentes a determinada matéria” (NADER, 2014, p.278).

Desse modo, não cabem contradições entre as diferentes fontes normativas, do mesmo modo que deve existir completa harmonia entre os dispositivos de uma lei, garantindo a unicidade do ordenamento jurídico. Logo, se os dispositivos de uma mesma lei se interdependem e se as diferentes fontes formais possuem uma ligação entre si, é necessária uma interpretação sistemática e não com base em dispositivos e textos isolados.

De acordo com Nader, “o elemento sistemático, consiste na pesquisa do sentido e alcance das expressões normativas, considerando-as em relação a outras expressões contidas na ordem jurídica, mediante comparações”.

Reforçando esse entendimento, na visão de Miguel Reale, a interpretação lógico-sistemática consiste:

“são antes aspectos de um mesmo trabalho de ordem lógica, visto como as regras de direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de um nexo que a *ratio juris* explica e determina” (REALE, 2001, p. 262-263).

Já o elemento teleológico, bastante utilizado e basilar, consiste em analisar os fins que a lei visa atingir. De outro modo, uma vez que o

legislador elabora uma lei, ela contém uma ideia, um fim a ser atingido que motivaram a criação daquela lei e sendo identificada essa finalidade, chega-se a *mens legis* (“espírito da lei”).

Como bem observa Paulo Nader:

“o fim não é aquele pensado pelo legislador é o fim que está implícito na mensagem da lei. Como esta deve acompanhar as necessidades sociais, cumpre ao intérprete revelar os novos fins que a lei tem por missão garantir” (NADER, 2014, p.280).

Luís Roberto Barroso também ensina que o elemento teleológico “procura revelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito” (BARROSO, 1996, p. 129-130).

Cabe enfatizar que esses métodos clássicos de interpretação das normas não devem ser vistos como métodos autônomos, isolados, mas, na verdade, como complementares que se reforçam revelando a alta complexidade do trabalho hermenêutico.

Portanto, ao examinar os métodos clássicos de interpretação de normas, esses possibilitam interpretar os dispositivos normativos contraditórios que tratam da escolha do mediador e assim chegar a conclusões relativas a quem cabe à escolha do mediador judicial. Contudo, existem outros recursos que também podem e devem ser utilizados para a realização de tal tarefa.

2.6. O Diálogo das Fontes

Na busca por estabelecer e interpretar a quem cabe a escolha do mediador, uma vez que os dispositivos legais que tratam do tema são divergentes, outra ferramenta, mais eficaz, que deve ser utilizada é o diálogo das fontes.

Diante do referido conflito entre previsões do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, pode-se dizer que se está perante um antinomia. Segundo Cláudia Lima Marques, antinomia “indica a

contradição, aparente ou real, entre duas leis ou dois princípios no momento da aplicação prática a um caso concreto” (MARQUES, 2011, p.262).

“Como ensina Hans Kelsen, para haver conflito normativo as duas normas devem ser válidas, pois se uma delas não o for não haverá qualquer antinomia, já que uma das duas não existiria juridicamente, jamais se poderá afirmar que apenas uma é válida” (DINIZ, 2013, p.33).

A antinomia pode ser real ou aparente. No presente caso, o conflito tratado pode ser tido como aparente. Assim sendo, a antinomia aparente é aquela que nega a coerência interna do sistema, forçando o intérprete a compatibilizar os dispositivos legais, ao passo que, a real, leva o aplicador da lei, em face do impasse, escolher uma, afastando a aplicação da outra (MARQUES, 2011, p.267).

De acordo com Maria Helena Diniz, “a ciência jurídica, por essa razão e ante o postulado da coerência do sistema, aponta critérios a que o aplicador deverá recorrer para sair dessa situação anormal” (DINIZ, 2013, p.33).

Logo, temos os seguintes critérios destacados pela doutrina e jurisprudência: cronológico, hierárquico e da especialidade.

O critério cronológico consiste, basicamente, em presumir que a lei posterior seja prevalecente em relação à lei cronologicamente anterior, já que aquela estaria representando o pensamento e a orientação atual que o legislador quer impor ao sistema. Todavia, vale frisar que esse critério só resolverá a contradição se estiver diante de normas hierarquicamente iguais e ambas forem leis especiais ou leis gerais (MARQUES, 2011, p.630).

Em sequência, o critério hierárquico significa que “em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá preferência em relação à de nível mais baixo” (MARQUES, 2011, p.634).

Desta forma, segundo esse critério, a norma hierarquicamente superior deve prevalecer em face da norma inferior, mesmo essa sendo posterior, visto que o legislador também deve estar atento à hierarquia do sistema legal no momento de elaboração das leis.

O critério da especialidade se traduz na maior força que as leis especiais possuem em detrimento das leis gerais. No entanto, Cláudia Lima Marques chama atenção para a evolução e a relativização desse critério ao longo do tempo. Hoje, segundo a autora, reconhece-se que a especialização é uma característica tanto material como subjetiva, pois cada vez mais se introduzem no sistema de direito leis destinadas à proteção de grupos sociais. Desse modo, a identificação de uma lei como especial ou geral apresenta, atualmente, aspectos mais casuísticos (MARQUES, 2011, p.640).

Fernanda Tartuce, em seu artigo “Interação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação: Primeiras Reflexões”, à título de exemplo, supõe um conflito entre normas do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação propondo como o mesmo poderia ser resolvido à luz dos supracitados critérios clássicos. Tal suposição pode perfeitamente ser aplicada e utilizada no caso em tela, no que tange à regulamentação aparentemente contraditória da escolha do mediador.

Assim, o Novo Código de Processo Civil é norma mais recente, em relação ao vigor e de índole geral, enquanto a Lei de Mediação é norma mais antiga, ou seja, lei anterior e mais específica. Com relação ao critério hierárquico, esse não interfere, uma vez que nesse quesito ambos ocupam o mesmo patamar. Vale frisar que como há diferenças entre a publicação da norma e sua entrada em vigor: a depender do referencial tanto um como o outro poderá ser reputado como lei posterior (TARTUCE, 2015).

Cabe ainda verificar o critério da especialidade, pois ele prevalece em detrimento do critério cronológico em razão do princípio constitucional da isonomia, já que conforme foi dito anteriormente, as situações peculiares deverão ser tratadas de maneira diferenciada.

Nesse esteio, afirma Maria Helena Diniz:

“essa transição da norma geral à especial seria o percurso de adaptação progressiva da regra de justiça às articulações da realidade social até o limite ideal de um tratamento diferente para cada indivíduo, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas da mesma forma e as de outra, de modo diverso” (DINIZ, 2013, p.39-40).

Logo, a Lei de Mediação, de acordo com a professora Fernanda Tartuce, pode ser considerada especial, pois regula o processo de mediação trazendo os procedimentos e princípios em que o mesmo se pauta. No que concerne o artigo 1046, parágrafo 2º, do Novo Código de Processo Civil, permaneceram em vigor as disposições dos procedimentos regulados em leis especiais, aos quais o Novo Código de Processo Civil será aplicado supletivamente no que tange às regras da mediação judicial (TARTUCE, 2015).

Ocorre que, apesar do rigor adotado pelos métodos clássicos, muitas vezes eles não proporcionavam as soluções jurídicas mais adequadas, inclusive quando analisadas a partir das premissas constitucionais.

Desta forma, foi desenvolvida na Alemanha, por Erik Jaime, e trazida ao Brasil pela jurista Cláudia Lima Marques, a teoria contemporânea do diálogo das fontes, promovendo a substituição da análise estrita dos critérios clássicos. A referida teoria vem sendo bem aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência (TARTUCE, 2013, p.64).

Nessa linha de raciocínio, ensina o professor Flávio Tartuce:

“A Teoria do Diálogo das Fontes nasceu para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas, retromencionados, sendo que, certamente, esse será o seu papel no futuro, já que não há sombra de dúvida que essa tese tenha sido aceita pelo ordenamento jurídico pátrio.” (TARTUCE, 2013, p.66).

Tal teoria foi pensada em razão “da explosão de leis (um “Big Bang Legislativo”, na feliz expressão de Ricardo Lorenzetti), nesse mundo pós-moderno, globalizado e complexo com abundante quantidade de normas jurídicas, deixando o aplicador do direito desorientado” (TARTUCE, 2015 apud TARTUCE, 2015, p. 59).

Nesse sentido, explica Cláudia Lima Marques:

“Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (...). Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico; há um ‘diálogo das fontes’ especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto” (MARQUES, 2004, p.14-15).

Por conseguinte, a teoria se pauta na ideia de que as normas jurídicas não se excluem, mas, ao contrário, se complementam, traduzindo a ótica unitária do sistema jurídico.

Assim, a jurista Cláudia Lima Marques define o diálogo das fontes como sendo “a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácias (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado. O “brilho” maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrentemente” (MARQUES, 2011, p.628).

Vale lembrar que a teoria alemã começou a ser utilizada no Brasil, especialmente, para solucionar as antinomias que existiam entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Porém, hoje, tal teoria já é aplicada as mais diversas fontes normativas.

Sendo assim, segundo Fernanda Tartuce:

“por força do diálogo das fontes é viável a possibilidade de subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação; afinal, os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns, sendo seus pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade” (TARTUCE, 2015).

Portanto, no que tange a escolha do mediador, é possível a compatibilização das normas conflitantes, dos dois instrumentos normativos supracitados, de modo a viabilizar a coexistência delas chegando-se a uma solução que mais atenda aos princípios da mediação, sempre com amparo nos mandamentos constitucionais.

Não cabe mais, segundo essa lógica, diante de normas contrárias, a exclusão de uma em prol da outra. O ministro Joaquim Barbosa, brilhantemente, reconheceu a necessidade de se utilizar o diálogo das fontes, em seu voto na ADIn 2.591, que conclui pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas as atividades bancárias, afirmando que: “não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas,

mas, sim, em influências recíprocas”, em “aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalecente” (MARQUES, 2011, p.645).

Desse modo, a escolha do mediador judicial deverá ser norteadada pela Teoria do Diálogo das Fontes, buscando uma interação e harmonização das normas que tratam do tema presentes no Novo Código de Processo Civil e na Lei de Mediação, sempre à luz do ordenamento jurídico como um todo, inclusive levando em consideração os ditames constitucionais.

3. Base Principiológica da Mediação

3.1 - Princípios Estruturais da Mediação

A base principiológica da Mediação é uma ferramenta de suma importância na análise da problemática da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais e, por essa razão, é imprescindível o estudo da mesma.

À vista disso, cuida-se, primeiramente, entender o que são princípios e qual o seu papel. Logo, segundo Marinoni, princípios são “constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas” (MARINONI, 2007, p. 47).

Mais além, ensina Humberto Dalla que os princípios são normas finalísticas, e não prescritas, como as demais constantes da lei. Ou seja, eles estabelecem um fim a ser atingido, seguido, devendo guiar a interpretação das demais normas (função hermenêutica) e complementá-las no que forem omissas (função norteadora ou complementar) (ÁVILA, 2012, p.85).

Um dos ganhos decorrentes do Estado de Direito Contemporâneo é o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação da lei.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso bem explica que:

“o reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios” (BARROSO, 2007).

Ademais, Luís Guilherme Marioni, ao citar Alexy, alerta para o fato de que não se deve entender que a função dos princípios:

“é meramente complementar ou acessória - destinando-se simplesmente a auxiliar na atuação das regras -, ou mesmo pensar que os princípios são apenas “válvulas de escape” do ordenamento jurídico, que entram em ação quando as regras não são capazes de regular os casos concretos” (MARINONI, 2007 apud ROBERT).

Nessa linha, Marioni segue esclarecendo que:

“os princípios não tem tal limitação, pois eles são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos do dever ser. Os princípios recortam certas parcelas da realidade e colocam-na sob seu âmbito de proteção. Consequentemente, a partir do momento em que se projetam sobre a realidade, eles servem de fundamento para normas específicas que orientam concretamente a ação, seja num sentido positivo (prestação fática ou jurídica), seja num sentido negativo (omissão)” (MARINONI, 2007 apud ROBERT).

Logo, os princípios vão atuar no maior espectro possível, sempre dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, vão incidir na realidade servindo de parâmetro de interpretação para as normas que embasam as ações.

No que tange a mediação, em virtude da mesma ter regras próprias e métodos específicos, bastante peculiares se comparado ao processo judicial (meio tradicional de resolução de conflitos), existe uma necessidade ainda maior de examinar seus princípios fundamentais afim de, à luz deles, interpretar os dispositivos legais acerca do referido procedimento buscando dar coerência e sistematicidade ao instituto. (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.51).

Desse modo, a Lei de Mediação, em seu artigo 2º, se preocupou em elencar alguns princípios basilares, ou “mandamentos nucleares” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.51), tais como: o princípio da autonomia da vontade, isonomia entre as partes, oralidade, busca pelo consenso, dentre outros, previstos nos incisos do artigo supracitado. Todavia, existem outros princípios, que embora não estejam expressos na lei de mediação, também são vitais para o desenvolvimento da mesma.

Portanto, a seguir será feita uma análise separada de alguns princípios considerados essenciais para o processo de mediação e que devem ser empregados na discussão a respeito da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais.

3.1.1. Princípio da Autonomia da Vontade

A mediação foi estruturada e pensada com objetivo de devolver às partes o papel de atores principais em suas vidas no que se refere à solução de seus litígios. Desse modo, afasta-se do modelo paternalista em que existe a figura de um terceiro, com maior conhecimento e autoridade, encarregado de solucionar as desavenças entre aqueles que não conseguiram fazê-lo por conta própria, buscando prestigiar a capacidade das partes na solução de seus conflitos (ALMEIDA, 1999).

Desta forma, “o princípio da autonomia da vontade, também conhecido como “autoridade dos mediados” ou princípio da autodeterminação consagra o poder concedido às partes de definir todos os pontos a serem tratados no processo, desde o seu início até o final” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Nessa linha, para que seja melhor estudado o referido princípio, é preciso que o mesmo seja subdividido em dois subprincípios, quais sejam: voluntariedade e autodeterminação (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

A voluntariedade está implicitamente associada a autonomia da vontade, uma vez que ninguém é obrigado a participar do procedimento. Mais além, cabe um alerta para o fato de que a mediação é um dos instrumentos colocados à disposição das pessoas para solucionar os conflitos, mas não é sempre e a todo litígio que ela deve ser utilizada, mas sim, deve se recorrer a ela quando for o método mais adequado para a resolução daquela contenda. Logo, “a obrigatoriedade pode prejudicar sua efetivação” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Por outro lado, esse princípio representa também “a assunção da responsabilidade das pessoas pela gestão de seu conflito”. Nesse esteio, as próprias partes vão ter o poder de autodeterminação fazendo com que elas desenvolvam habilidades e competências para realizar a autocomposição de seus conflitos. (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Destarte, tal princípio, previsto no artigo 2º, V, da Lei nº 13.140/2015, é medular, crucial, a chave mestra do processo de mediação, devendo ser entendido de forma mais ampla, em seu sentido *lato*, englobando:

“(i) aceitação livre e voluntária da mediação (e a possibilidade de interrompê-la a qualquer momento); (ii) a indicação do mediador (ou a possibilidade de oposição àquele que tenha sido eleito por distribuição, em caso da mediação judicial); (iii) a participação direta e espontânea no procedimento; e, finalmente, (iv) a autodeterminação para, ao final, celebrar ou não um acordo” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.61).

Assim, na visão de Tânia Almeida, o objetivo da mediação é a “autoria das partes para a solução construída, elemento essencial da satisfação mútua e da disponibilidade para o cumprimento do acordo dela advindo” que apenas pode ser alcançado em razão da presença do princípio da autonomia da vontade das partes, sendo esse último, portanto, elementar (ALMEIDA, 1999).

3.1.2 - Princípio da Busca pelo Consenso

O princípio da busca pelo consenso é decorrência lógica do procedimento de mediação. Isto porque, a mediação, em síntese, visa construir soluções mutuamente aceitáveis, estando de acordo com as conveniências e expectativas dos envolvidos (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.61-62).

A despeito de não ser uma tarefa fácil buscar o consenso por meio da mediação, tendo em vista que a existência de um conflito, por si só, já supõe a presença de divergência entre as pretensões individuais, “a persecução do consenso, pressupõe, portanto, a superação dessa contraposição e a necessária cooperação entre os mediados, que devem desenvolver, sob o auxílio do terceiro imparcial, um trabalho em conjunto voltado à construção de resultado benéfico e durável” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.62).

Cabe salientar que o ato de cooperação mútuo das partes não implica no distanciamento de seus interesses ou pontos de vista, ao contrário, gera um resultado proveitoso e favorável às partes, já que ambos vão estar satisfeitos.

Tânia Almeida, em seu artigo *“Mediação e Conciliação: Duas práticas distintas, dois paradigmas diversos”*, faz uma comparação entre os institutos da conciliação e da mediação, afirmando que ambos têm por objetivo auxiliar as partes a construírem um consenso sobre determinada desavença. Contudo, a mediação, diferentemente da conciliação, “não tem na construção de acordos a sua vocação maior e, de maneira alguma, seu único objetivo. A mediação privilegia a desconstrução do conflito e a consequente restauração da convivência pacífica entre pessoas” (ALMEIDA, 1999).

Desta forma, a busca pelo consenso é muito mais ampla do que a simples realização de um acordo, visto que o mesmo não garante a resolução do conflito entre as partes, e, por vezes, o acirra. Consequentemente, a permanência do conflito abre portas para novos desentendimentos e novos litígios desgastando a relação social entre as partes envolvidas.

Por conseguinte, a mediação, atendendo ao referido princípio, busca o consenso que se pauta na elaboração de soluções que sejam adequadas para as partes “dedicando-se ao restauro da relação social e à desconstrução do conflito” (ALMEIDA, 1999).

3.1.3. Princípio da Validação

Os princípios analisados anteriormente, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade e o da busca pelo consenso, bem como os princípios da validação e do empoderamento são característicos do processo de mediação. Todavia, cabe salientar que os dois últimos são princípios que regem a atuação dos mediadores e conciliadores judiciais sendo, portanto, ligados diretamente à pessoa do mediador conforme o artigo 1º do Anexo III

da Resolução n° 125/2010 (redação dada pela emenda n° 2, de 08/03/2016).

Sendo assim, o papel do princípio da validação, expresso no artigo 1°, VIII, do anexo III da Resolução n°125/2010, é extremamente importante, ainda que, por vezes, o mesmo seja esquecido. Isto porque, o referido princípio confere maior humanização ao processo de resolução de disputas na medida em que realça a necessidade de reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando uma aproximação real das partes, humanizando o conflito decorrente de maior empatia e compreensão (AZEVEDO, 2013).

Ou seja, tal princípio exige que o mediador estimule “os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito, independente das suas diferenças” (MOTTA, JR., 2014).

“(...) a participação de um terceiro neutro ao conflito no decorrer do processo direciona cada parte para que tome consciência dos seus interesses, sentimentos, necessidades, desejos e valores, e para que cada uma venha a entender como e porque algumas das soluções ventiladas satisfazem ou não as suas necessidades” (AZEVEDO, 2013).

Nesse sentido, tal conscientização é fundamental na medida em que estando ausente as partes estarão menos dispostas e aptas a criar ou sugerir propostas de solução.

Assim, é possível perceber que o mediador ao guiar e orientar as partes sobre a melhor maneira de se comunicar, lidar com as questões controvertidas e negociar com a outra parte, o terceiro imparcial está, de fato, capacitando (ou empoderando) as partes, preparando-as para lidar não somente com o litígio em questão, mas também com futuras controvérsias (AZEVEDO, 2013).

3.1.4 - Princípio do Empoderamento

O princípio do empoderamento, previsto no artigo 1°, VII, do anexo III da Resolução n°125/2010, tem um papel educativo dado que cabe ao mediador facilitar a tomada de consciência das partes ou mediandos para o fato de que eles estão mais habilitados a solucionar seus conflitos

presentes e futuras em razão da experiência de justiça vivenciada na autocomposição (MOTTA, JR., 2014).

“Nesse contexto, o princípio do empoderamento estabelece a necessidade de haver um componente educativo no desenvolvimento do processo autocompositivo que possa ser utilizado pelas partes em suas relações futuras” (AZEVEDO, 2013).

Desse modo, admitindo que o mediador estabeleça uma relação com as partes de modo a estimular a comunicação a fim de possibilitar um diálogo e uma tomada de solução conjunta pelas mesmas, espera-se que em virtude do princípio do empoderamento, após uma frutífera autocomposição, as partes tenham aprendido, “ainda que parcialmente, algum conjunto de técnicas de negociação e tenha aperfeiçoado as suas formas de comunicação tornando-a mais eficiente, inclusive em outros contextos” (AZEVEDO, 2013).

Por conseguinte, o referido princípio busca capacitar, empoderar as partes para que a partir das técnicas aprendidas na resolução de seus próprios conflitos, elas possam por si mesmas, compor futuros litígios.

Logo, o princípio do empoderamento está relacionado à escolha do mediador. Isto porque, ao capacitar as partes para, a partir da experiência adquirida com a resolução do litígio, conseguirem solucionar conflitos futuros, resta claro que não apenas a escolha do mediador é fundamental, já que as partes devem se identificar com o mesmo para que possam, de fato, aprender com a experiência vivenciada, como demonstra uma maior autonomia concedida as mesmas que ficarão habilitadas para compor futuros litígios.

Portanto, com base nos princípios expostos, é possível perceber que a mediação privilegia a autonomia das partes, se pauta na busca pelo consenso e na construção mútua da solução para o litígio. Nesse caminho, o papel do mediador, como terceiro imparcial que auxilia as partes, se faz imprescindível, visto que é necessário o trabalho do mediador no sentido de conscientizar as partes das necessidades, interesses e desejos dos

mediandos, bem como empoderar as mesmas para que elas possam por si próprias, utilizar o aprendizado adquirido na autocomposição e aplicar nos conflitos futuros, até mesmo os de natureza diversa.

Por tal razão, a escolha do mediador, além de obrigatória como pressuposto de existência do processo de mediação, deve ser vista com muita cautela e ponderação dada sua relevância e influência no decurso do procedimento e no seu resultado.

4. O Papel da Escolha do Mediador Judicial

4.1. Procedimento da Mediação Judicial Incidental

Após a análise das bases teóricas que servem como ferramentas para o estudo a respeito da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais, parte-se para o exame da referida controvérsia, foco do presente trabalho, a fim de obter uma solução ou um melhor entendimento acerca de a quem cabe tal escolha. Para tal, é preciso entender como se dá o procedimento de escolha do mediador judicial nas mediações incidentais à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação.

De acordo com as novas regras do procedimento comum, trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, o autor ao ajuizar uma petição inicial deve informar se tem interesse nos métodos autocompositivos e, em caso positivo, a sua preferência pela mediação ou conciliação, conforme o artigo 319, VII, CPC/2015.

“Portanto, incumbe primeiramente aos advogados, antes mesmo do ingresso em juízo, cogitar da possibilidade de utilização de um dos meios consensuais e identificar, a partir do exame da natureza da relação entre as partes e dos elementos do conflito, o que melhor se ajusta, *a priori*, à sua resolução” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Tendo sido proposta a ação, a inicial será remetida ao juiz para que se certifique se foram cumpridas as exigências expressas no artigo 334, CPC/2015, quais sejam: se foram preenchidos os requisitos essenciais e se não é caso de improcedência liminar do pedido. Ainda, deve apreciar eventual requerimento de tutela de urgência (arts. 300 e ss., CPC/2015) ou de evidência (art. 311, CPC/2015).

Em ato contínuo, se pelo menos uma das partes tiver manifestado interesse com relação à autocomposição ou se ficarem ambas inertes, sendo admissível a autocomposição quanto ao objeto da lide (art. 334, § 4.º, CPC/2015), o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, conforme o método eleito pelo autor, com antecedência mínima de trinta

dias conforme o artigo 334, *caput*, CPC/2015 (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Cabe ressaltar que na hipótese da parte autora não ter apontado um mecanismo específico, surge à dúvida quanto a quem cabe fazer a triagem com o propósito de determinar o método mais apropriado. Ao analisar a legislação pertinente, é possível perceber que o Novo Código de Processo Civil apenas se limita a prever que o juiz designará a audiência de conciliação ou mediação, ao passo que a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 8.º, § 2.º, exige que no centro judiciário atue um servidor capacitado para a triagem e o direcionamento dos casos (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Desse modo, é o entendimento de alguns estudiosos, dentre eles, os professores Diogo Almeida e Fernanda Pantoja:

“A melhor interpretação da legislação, contudo, é a de que essa função deve caber primordialmente ao juiz, no exercício de seu dever gerencial do processo (art. 139, CPC/2015), máxime porque ele já examinará a inicial, de qualquer forma, para recebê-la (ou indeferi-la). Pode-se admitir, no máximo, que o magistrado delegue essa atribuição a um assessor devidamente capacitado” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Isto porque, na visão dos professores, não faz sentido a triagem ser feita por um servidor do centro de solução consensual, já que isso significaria criar mais uma etapa no trâmite processual (consistente na remessa do processo à análise por um órgão diverso), antes mesmo da citação do réu e, segundo os mesmos, “o processo não deve ser remetido, em nenhuma hipótese, ao centro judiciário: apenas as partes comparecerão naquele local para a realização da conciliação ou mediação” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

No que concerne à Lei de Mediação, o artigo 27 expressamente repetiu a redação adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 exigindo o preenchimento dos requisitos essenciais da petição inicial e não ser hipótese de improcedência liminar do pedido.

Com relação ao dispositivo supracitado, vale trazer a crítica defendida por Flávia Hill, Gabriela Asmar, Vitor Lopes, Vivian Gama e outros, no

sentido de que o legislador claramente optou por interpretar a mediação judicial como apenas uma etapa do processo judicial quando, na verdade, deveria de fato ter privilegiado a tentativa de solução consensual em detrimento da adjudicativa (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.175-176).

Isto porque, procurou-se encerrar a demanda, já que assim não haveria razão para despender tempo e recursos na tentativa da mediação. Logo, a pretensão autoral vai se extinguir com ou sem resolução do mérito a depender se for caso de improcedência liminar ou vícios da petição inicial respectivamente (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.176).

“A mediação está assentada em fundamentos próprios, que não se confundem com a adjudicação. Regulamentar a mediação seja ela judicial ou extrajudicial, sob a ótica adjudicativa, acaba por deturpá-la e empobrecê-la, minando a sua essência e comprometendo a sua utilidade e efetividade” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.176).

Desta forma, mesmo que um dos interessados tenha submetido o conflito ao Poder Judiciário, se o magistrado entender que é cabível a mediação, deve ele reunir esforços para que as partes alcancem uma solução consensual que preserve o seu relacionamento profissional e pessoal. Nessa linha, ainda que a inicial apresente defeitos quanto aos requisitos da inicial e mesmo se for o caso de improcedência liminar do pedido, se o autor e o réu ainda assim comparecerem a sessão de mediação é possível que eles conversem e cheguem a um consenso com relação a utilização da mediação para dirimir aquele litígio em prol da manutenção de seu relacionamento (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.177).

Logo, a sugestão dos referidos estudiosos consiste na designação, ao menos, da audiência de mediação, se for cabível a mediação. Isso não impede os interessados de ao comparecerem a audiência, decidirem que não estão dispostos a dialogar retomando-se imediatamente o processo judicial com prazo para o autor emendar a inicial sob pena de indeferimento, ou, em se tratando de caso de improcedência liminar, a prolação da sentença de improcedência do pedido autoral (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.177).

Mais além, importante frisar que mesmo após a designação da audiência de mediação, nenhuma das partes é obrigada a mediar, conforme prevê o artigo 2º, § 2.º, da Lei de Mediação. Entretanto, para os supracitados professores “as partes deverão apenas comparecer a primeira sessão de mediação, ainda que seja com intuito de rechaçar a utilização da via consensual” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.178).

O artigo 27 da Lei de Mediação procurou estimular as partes a comparecerem pelo menos a primeira sessão de mediação com objetivo de dialogar e conhecer o meio de solução de conflitos e, somente ao final, decidir se desejam ou não seguir com o procedimento. Já o Novo Código de Processo Civil, no artigo 334, § 4.º, § 5.º § 6.º, dispõe que cabe ao autor externar seu desinteresse pela audiência de mediação, bem como ao réu que pode fazê-lo por meio de petição avulsa, com antecedência mínima de dez dias antes da audiência (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.179).

Considerando que, após iniciado o processo, realizada a audiência de mediação, as partes concordaram em utilizar esse método para dirimir aquela lide, o passo seguinte envolve a escolha do mediador para guiar aquele procedimento.

Desta forma, poderá ser eleito um mediador ou câmara privada, devidamente capacitados para exercer tal função, de acordo o artigo 167, 1.º, do CPC/2015 e artigo 11 da Lei nº 13.140/2015, e ainda regularmente cadastrados perante o cadastro nacional e cadastro do Tribunal com jurisdição aonde pretende atuar, segundo o artigo 167, *caput*, do CPC/2015 e artigo 12 da Lei nº 13.140/2015, conforme se observa a seguir os referidos dispositivos legais:

“Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.”

“Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.”

“Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.”

4.2. A controvérsia acerca da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais

A escolha do mediador judicial nas mediações incidentais, como foi explicado anteriormente, vem sendo tema recorrente na pauta de discussões dos grupos e estudiosos à respeito da mediação em virtude da aparente contradição presente nos dispositivos legais que tratam da questão e da sua importância.

Por essa razão, vem surgindo debates e visões distintas sobre o tema ainda que, devido a contemporaneidade tanto dos diplomas normativos (Lei de Mediação e Novo Código de Processo Civil), como do próprio instituto da mediação e, conseqüentemente, a questão da escolha do mediador, não haja, por enquanto, farta doutrina à respeito da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais.

Não obstante, a respeito da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais, são aplicados os seguintes dispositivos legais: artigo 4º e 25 da Lei de Mediação; artigo 168 do Código de Processo Civil de 2015, a seguir:

“Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.”

“Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.”

“Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.”

Logo, diante das disposições contrárias, surge a dúvida: a escolha cabe às partes, ao Tribunal ou, eventualmente, a ambos?

Uma hipótese de entendimento é a de que a escolha do mediador judicial cabe ao próprio Tribunal. Tal visão se pauta na ideia de que o artigo 4º da Lei de Mediação afirma, expressamente, que a escolha pode caber ao Tribunal ou as partes. Nessa linha, a redação do artigo 25, também da referida Lei, deixa claro que a escolha do mediador não estará sujeita a prévia aceitação das partes. Desse modo, com base na literalidade dos dispositivos apontados, poderia haver o entendimento de que a escolha deve caber ao Tribunal, sem haver manifestação das partes.

Vale ressaltar que apesar de tal interpretação, a partir dos dispositivos supracitados, ser possível, não parece ser razoável tal entendimento pelo fato do próprio instituto da mediação ter como elemento essencial a autonomia da vontade das partes, o que pressupõe a liberdade para eleger não apenas o procedimento em si, mas as regras do mesmo, inclusive, a eleição do mediador.

Outro método, mais simples, defendido por alguns para a realização da escolha do mediador é a distribuição pura e simples entre os mediadores previamente credenciados (mediante simples rodízio), que consiste no “mecanismo-padrão adotado nos entes públicos para outras tarefas” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Todavia, na visão de alguns estudiosos, inclusive das pesquisadoras Luciane Moessa de Souza e Cristina Ayoub Riche, tal método se perfaz inadequado para o processo de mediação, uma vez que não valoriza a autonomia da vontade das partes e não prestigia a relação de confiança entre estas e o mediador (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Ainda, outro método existente, por vezes adotado em conflitos individuais, é o sorteio dos mediadores previamente credenciados. Porém, alerta as referidas professoras que “tanto um como outro método podem ser úteis em caso de desacordo entre as partes quanto à escolha do(s) mediador(es). O ideal, porém, é que, antes de se recorrer a um desses dois

métodos, se permita a todas as partes envolvidas no conflito opinar sobre a escolha do mediador “ (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Além disso, cabe frisar que tanto a distribuição simples como o sorteio dos mediadores cadastrados são métodos típicos do processo judicial, que, no fundo, deixam a escolha do mediador a cargo do próprio Tribunal, já que são os próprios membros do Tribunal que ficam responsáveis pela realização desses procedimentos.

Professores como Humberto Dalla, Durval Hale, Flávia Pereira Hill e outros, defendem que a escolha do mediador judicial deve ser feita pelas partes. Segundo os mesmos:

“Em versões anteriores do Projeto, já criticávamos o teor do art. 24, o qual previa expressamente que o mediador seria escolhido preferencialmente pelo critério da distribuição (...). Na atual redação, suprimiu-se a referência à distribuição como critério de escolha do mediador e não se especificou, em nenhum momento, qual seria o critério a ser adotado“ (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.170-171).

Porém, a própria Lei de Mediação afirma, em seu artigo 25, que a escolha do mediador judicial não ficará sujeita à prévia concordância das partes o que, no ponto de vista dos referidos doutores é “um grande equívoco constante do texto final promulgado” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.171).

Um dos argumentos apresentados para a defesa da escolha do mediador judicial pelas partes é o fato da mediação se pautar na figura do mediador. Desta forma, para que a mediação seja frutífera é fundamental que haja confiança das partes no mediador.

Em outras palavras:

“É preciso que os interessados, que são partes no processo judicial, confiem precisamente naquele mediador que coordenará os trabalhos. Essa confiança se deve às características pessoais do mediador, seja no tocante ao diferencial de sua formação profissional, ao conhecimento destacado especificamente quanto à matéria em questão, à sua vasta experiência, aos atributos da sua personalidade, como serenidade, paciência, assertividade, proatividade, carisma, objetividade, dentre inúmeros outros“ (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.171).

Nesse sentido, a doutrina italiana se preocupa em distinguir os requisitos formais e substanciais do mediador. Os requisitos formais são as exigências legais a serem cumpridas para que uma pessoa possa estar

regularmente habilitada a exercer a função de mediadora. No caso específico da Lei Brasileira de Mediação, segundo o artigo 11, o mediador judicial deve: ter capacidade civil, ser graduado há pelo menos dois anos em curso superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, ter obtido a capacitação em escola ou entidade de formação de mediadores reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça ou Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, e estar inscrito no cadastro de mediadores judiciais, tendo que ser observadas demais regras que eventualmente sejam estipuladas pelo CNJ (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.172).

Já os requisitos substanciais, consistem nas características particulares da pessoa que vão além das condições exigidas pela lei para o exercício regular da função de mediador. Logo, o mediador deve possuir certas qualidades que os diferenciam dos demais, tais como: a capacidade de gerar empatia, de despertar confiança e autoridade, possuir sensibilidade para adaptar a sua linguagem às particularidades dos interlocutores, para que se faça compreender, dentre outros (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.172).

Diante disso, cumpridos os requisitos formais, é perfeitamente possível que os envolvidos no litígio se sintam mais à vontade com um mediador sereno e objetivo, ao passo que outros interessados podem preferir um mediador mais expansivo e proativo. Sendo assim, os requisitos substanciais podem ser decisivos na escolha pelas partes de um determinado mediador em detrimento de outro.

Portanto, segundo os professores supracitados, “impor a distribuição como critério preferencial para a designação do mediador ignora tais circunstâncias de particular relevo, o mesmo se podendo afirmar acerca da vedação à escolha do mediador judicial pelas partes” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.172).

A escolha do mediador judicial pelas partes é crucial na medida em que apenas é possível estabelecer um canal de franco diálogo se as partes se sentirem à vontade e confiarem no mediador eleito. Isto porque, se a

mediação se desenvolver com um terceiro que não detém a confiança das partes, a chance de sucesso da mesma reduz drasticamente.

Então, para que a solução consensual seja alcançada e por solução não se quer dizer apenas um acordo, mas, principalmente, estabelecer uma relação entre os interessados através do diálogo, amenizar os ânimos e desconstruir o ambiente de conflito, é necessário que os envolvidos se sintam confortáveis com a figura do mediador. Inclusive pelo fato da mediação procurar fazer com que as partes revejam as posições previamente adotadas, indo além dos interesses imediatos externados, característicos do processo judicial, sendo preciso, para tal, que as partes confiem no mediador (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.172).

Ou seja, a escolha do mediador judicial deve ser realizada pelos interessados, uma vez que tal método está mais de acordo com a essência da mediação. Tanto é assim, que o artigo 9º da Lei de Mediação, ao dispor sobre a mediação extrajudicial, afirma que o mediador deve ser aquele de confiança das partes, “premissa essa que deve permear toda a mediação, seja ela judicial ou extrajudicial” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.173).

Ademais, o artigo 4º da Lei de Mediação, prioriza a escolha do mediador judicial pelas partes e como tal dispositivo legal está na parte das Disposições Comuns, ele se aplica tanto a mediação extrajudicial como a judicial.

Assim, nas palavras dos professores Flávia Hill, Gabriela Asmar, Vitor Lopes e Vivian Gama: “a partir da redação do artigo 4º, conclui-se que o mediador será preferencialmente escolhidos pelas partes. Apenas se estas não tiverem preferência o mediador será indicado por terceiros, devendo, de todo modo, ser aceito por elas” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.173).

Cabe chamar atenção para o fato de que o Projeto de Lei de Mediação nº 4.827/1998 adotava o entendimento acima exposto, qual seja a escolha do mediador pelas partes conforme os artigos 30, § 4.º e 36, parágrafo único.

“A lei de mediação, em sua redação final, exclui os § 1.º e 2.º, que eram voltados a estimular a mediação pré-processual, ou seja, aquela desenvolvida anteriormente à instauração do processo judicial, ao estabelecer que, caso os interessados tenham tentado solucionar o conflito através desse método consensual, mas não tenham chegado a um acordo, redundando, assim, no ajuizamento da ação judicial, esta terá prioridade de tramitação” (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p.173).

À vista disso, o Projeto de Lei de Mediação fornecia um estímulo à realização da mediação judicial prévia, ou seja, previamente ao ajuizamento da ação judicial, o que não se verifica na redação atual da Lei, fazendo com que os dispositivos referentes a mediação judicial sejam interpretados e aplicados tendo por parâmetro a mediação judicial incidental.

A posição apresentada pelo juiz federal Dário Ribeiro Machado Júnior, no artigo “*A Nova Lei de Mediação Brasileira Comentários ao Projeto de Lei n.º 7169/14*”, ainda que com base no projeto do Código de Processo Civil, consiste na constatação de que o artigo 168, § 2º, prevê que a distribuição será feita de maneira “alternada e aleatória”, meio que se assemelha ao procedimento de distribuição de ações judiciais para o juiz competente e julgamento das mesmas (PINHO, 2014).

Assim, em suas palavras, “registre-se que o projeto de Código prevê que as partes podem indicar em conjunto o mediador, que sequer precisa estar cadastrado perante o tribunal. Não havendo consenso, aplica-se a regra da livre distribuição” (PINHO, 2014). Logo, a escolha deve ser feita pelas partes, caso não haja consenso, o mediador será eleito segundo a regra da livre distribuição.

Nessa linha de raciocínio, Ada Pellegrini, no artigo “*Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil*”, afirma que não será utilizado o método de distribuição alternada e aleatória caso as partes, de comum acordo, escolham o mediador ou a câmara privada credenciada para a resolução do conflito, conforme o artigo 168 *caput* e § 2º. Na visão da professora, tal previsão está em consonância com o que está expresso no artigo 4º, ou seja, o mediador poderá ser designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes (GRINOVER, 2015).

Entretanto, a mesma não se manifesta acerca do artigo 25 da Lei de Mediação, apenas se referindo a compatibilização entre os artigos 4º da Lei de Mediação e artigo 168 do Código de Processo Civil de 2015.

Sob outra perspectiva, os professores Diogo Assumpção de Almeida, Fernanda Pantoja, Samantha Pelajo e outros, afirmam que o Código de Processo Civil de 2015 não regula de forma detalhada a escolha do mediador, limitando-se a enunciar o direito de as partes elegerem, em conjunto, a câmara privada de mediação ou o mediador, que pode ou não estar cadastrado no Tribunal, segundo o artigo 168, *caput* e § 1.º, acrescentando que, caso as partes não cheguem a um consenso, a nomeação deve recair sobre um nome constante na lista do Tribunal, de acordo com o artigo 168, § 2.º (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Isto posto, defendem os autores supracitados que ficará a cargo de cada Tribunal desenhar essa sistemática da forma que lhe melhor atender. Porém, segundo os mesmos, “parece oportuno que, quando da designação da data da primeira sessão de mediação, o juiz já proceda à distribuição automática e aleatória a um dos profissionais cadastrados no tribunal” (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Nesse esteio, ao citar as partes, o juiz já irá determinar um prazo para que, se quiserem, indiquem um mediador de sua preferência (podendo haver mudança na data previamente designada, conforme a disponibilidade do profissional). Na hipótese de não haver concordância entre os interessados, ficaram mantidos o mediador e a data inicialmente designados (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2015).

Portanto, acerca das posições apresentadas, é possível perceber que não existe ainda um entendimento pacificado e um procedimento estruturado para a escolha dos mediadores judiciais nas mediações incidentais. Todavia, os doutrinadores convergem com relação à escolha caber às partes e não exclusivamente ao Tribunal, ainda que não haja um consenso sobre como deve ser feita essa escolha pelas partes, se a distribuição entre os mediadores cadastrados deve ser feita somente após a

escolha por elas ou se poderia ser feita antes, e se as partes, após a distribuição, precisam ratificar a escolha do mediador.

4.3. Proposta de solução

Tomando como base os estudos e pesquisas feitos ao longo desse trabalho e as posições defendidas por autores a respeito do tema, acredito que uma proposta, na minha visão, que seria a melhor solução para a controvérsia acerca da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais, é a escolha caber às partes e, em caso de não haver consenso, ser realizada a distribuição entre os mediadores cadastrados no Tribunal aonde irá atuar.

Isto porque, segundo os métodos clássicos de interpretação de normas, os dispositivos legais referentes à mediação, presentes no Novo Código de Processo Civil e na Lei de Mediação, devem ser interpretados conforme o contexto histórico em que vivemos caracterizado pela exigência de soluções rápidas e eficazes, da existência de conflitos mais complexos, da necessidade de “desafogamento” do Poder Judiciário, de maior participação das partes na resolução de seus litígios (método histórico).

Ainda, tais dispositivos devem ser interpretados levando-se em conta não somente a norma em si, na sua literalidade (método gramatical), mas, na verdade, ela inserida dentro de um sistema, um ordenamento jurídico uno e harmônico, no qual os diplomas normativos, tais como a Constituição Federal de 1988, a resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação incentivam a prática da mediação tendo como pilar maior participação das partes e menor ingerência do Estado (método sistemático).

Também deve se buscar a finalidade da norma, que, no caso em análise, demonstram que o fim para o qual os dispositivos foram criados consiste em dar maior autonomia às partes, um papel de maior

protagonismo às mesmas, o que envolve a escolha do mediador (método teleológico).

Além disso, as disposições legais divergentes, inclusive no âmbito da própria Lei de Mediação, devem ser analisadas à luz da teoria do diálogo das fontes. Em outras palavras, deve ser feita uma harmonização desses dispositivos buscando a interpretação que melhor atenda aos interesses e a finalidade do instituto da mediação.

Desta maneira, ainda que pudessem ser levantados questionamentos acerca da aplicação do Novo Código de Processo Civil, no que tange a mediação, em razão dos critérios clássicos para conflito de normas no tempo, visto que o Novo Código de Processo Civil apesar de mais recente, é geral, ao passo que a Lei de Mediação mesmo sendo mais antiga, é especial, ambos com mesma hierarquia, fazendo com que gerasse certo receio na aplicação do primeiro.

Porém, em virtude do diálogo das fontes, os referidos diplomas normativos devem se comunicar. Ou seja, deve ser reconhecida a aplicação concomitante entre Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, inclusive pelo fato de ambos apresentarem princípios em comum, tais como: autonomia da vontade, imparcialidade, confidencialidade, oralidade e a informalidade, e no caso de dúvida com relação ao emprego da norma de um instrumento normativo ou de outro, a solução deve ser a aplicação daquela que mais se coadune com os princípios da mediação.

Logo, com fundamento nos princípios da mediação, como o princípio da autonomia da vontade, da busca pelo consenso, da validação, do empoderamento, dentre outros, resta claro que o conflito das disposições normativas com relação à escolha do mediador judicial nas mediações incidentais deve atender aos princípios da mediação, que apontam a escolha caber às partes, e não ao Tribunal somente. Este último apenas participará da escolha caso não haja consenso entre as partes, fazendo com que deva ser feita a distribuição entre os mediadores cadastrados.

Tal visão demonstra a harmonização das normas presentes na Lei de Mediação (artigo 4º) e no Novo Código de Processo Civil (artigo 168, *caput* e § 2.º) que reforçam a escolha do mediador pelas partes. No que tange o artigo 25 da Lei de Mediação, ele não deve ser considerado isoladamente e literalmente, fora da lógica do instituto da mediação, razão pela qual a escolha deve ser mantida como sendo das partes.

Por fim, a partir das ideias e posições adotadas pelos professores e estudiosos, cabe defender que não apenas a escolha do mediador judicial nas mediações incidentais deve ser feita pelas partes, como somente no caso de não haver consenso a respeito do mediador eleito é que se deve proceder à distribuição dentre os mediadores cadastrados, devendo ter atenção ao fato que, mesmo após a referida distribuição, as partes devem ratificar, concordar com tal escolha, sob pena de acarretar prejuízo ao resultado da mediação, além de deturpar a finalidade do próprio instituto.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou analisar a controvérsia acerca da escolha do mediador judicial nas mediações incidentais e construir um melhor entendimento a respeito de a quem cabe e como será feita a referida escolha.

Nesse sentido, procurou-se ressaltar a importância do instituto da mediação, trazendo suas características e classificações, de modo a demonstrar a relevância da escolha do mediador nesse processo como peça chave para que a mesma tenha um resultado positivo, ou seja, seja construído um consenso entre as partes, tendo sido reestabelecida sua relação evitando conflitos futuros.

Desse modo, tomando como base as contradições existentes nas normas legais pertinentes, foram utilizadas ferramentas para que os referidos dispositivos fossem interpretados a fim de se estabelecer a quem cabe a escolha: às partes, ao Tribunal ou ambos, e a forma como se daria a escolha.

Os recursos utilizados foram os métodos clássicos de interpretação de normas, a moderna teoria do diálogo das fontes e a base principiológica da mediação, que fornecem os subsídios que embasam a escolha do mediador judicial nas mediações incidentais como sendo das partes.

Foram colecionadas posições de autores e estudiosos a respeito do presente tema, que apontaram diferentes interpretações e soluções, existindo apenas um consenso: a escolha do mediador judicial nas mediações incidentais deve ser feita pelas partes e não somente pelo Tribunal. Porém, havendo ainda divergência na hipótese das partes não chegarem a um consenso, realizada a distribuição dos mediadores cadastrados, se tal distribuição deveria ocorrer antes da escolha ou após, e caso ocorresse após, se as partes ainda teriam que concordar com essa escolha.

Desta forma, com base nos suportes teóricos e na visão dos estudiosos a respeito do tema, este trabalho aponta como interpretação mais adequada a que realiza a harmonização dos dispositivos legais pertinentes seja no sentido da escolha caber às partes, como forma de honrar o princípio fundamental da mediação, qual seja a autonomia das partes e a voluntariedade, tão característica desse procedimento, permitindo as partes terem autonomia para elegerem não apenas o procedimento, mas o mediador que lhes passar maior segurança e confiança.

Em outras palavras, os dispositivos legais pertinentes a mediação e ao procedimento em si demonstram o protagonismo das partes que envolve a escolha do mediador, cujo papel é fundamental, uma vez que os mediados terão mais chances de dialogar, livremente, entendendo os pontos de vistas uns dos outros, buscando uma solução em conjunto que vá satisfazer a ambos, desconstruindo a cultura do litígio e construindo a da pacificação, evitando futuros conflitos com a reestruturação da relação se os mesmos se sentirem a vontade com o mediador escolhido.

Portanto, não apenas a escolha do mediador judicial nas mediações incidentais deve caber às partes, como em caso de não haver consenso, mesmo após a distribuição dos mediadores cadastrados, as partes devem estar de acordo com tal escolha. O incentivo a adoção dessa forma de escolha do mediador deve vir não apenas de quem pode vir a utilizá-la, mas, especialmente, do próprio Poder Judiciário.

6. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Diogo Assumpção R., PANTOJA, Medina, PELAJO, Samantha. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:Editora Forense, 2015, VitalBook file.

_____. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:Editora Forense, 2015, VitalBook file apud SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 180.

ALMEIDA,Tânia.*Mediação na virada do milênio*.Publicado no veículo virtual Mediare em 31 de maio de 1999. Disponível em http://www.mediare.com.br/08artigos_01vir_milen.htm, acessado em 19 de abril de 2016.

_____. *Mediação de Conflitos:Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade*.Publicado no veículo virtual Mediare.Disponível em http://www.mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html, acessado em 21 de abril de 2016.

_____. *Mediação e Conciliação:Duas práticas distintas, dois paradigmas diversos*. Publicado no veículo virtual Mediare.Disponível em http://www.mediare.com.br/08artigos_11mediacaoconciliacao.html, acessado em 21 de abril de 2016.

_____. *Mediação de Conflitos:Exercício de Cidadania e de Prevenção*. Publicado no veículo virtual Mediare.Disponível em

http://www.mediare.com.br/08artigos_12mediacaodeconflitos.html,
acessado em 24 de abril de 2016.

_____. *Século XXI: A mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias* Publicado no veículo virtual Mediare.Disponível em http://www.mediare.com.br/08artigos_02sec21.htm, acessado em 24 de abril de 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 13° ed. revista e ampliada, 2012.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 4ed. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2013.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalizarão do direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, v.9, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Cartilha de Mediação da OAB-RJ. Disponível em http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_mediacao.pdf, acessado em 20 de abril de 2016.

CUNHA, J. S. Fagundes. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. In: Revista dos Juizados Especiais. São Paulo: Editora Fiuza, v. 4, n. 14, out./dez. 1999. Disponível em <http://www.uepg.br/rj/a1v1at16.htm>, acessado em 23 de março de 2016.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Normas do Direito Brasileiro Interpretada. 18.ed. SP: Saraiva, 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 6° ed., 2008)

GARCEZ, José Maria Rossani. *ADRS: métodos alternativos de solução de conflitos, análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/ internacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2013, 281.p ISBN.

_____. *ADRS: métodos alternativos de solução de conflitos, análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/ internacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2013, 281.p ISBN apud SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.147.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2015 apud ÀLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2003, p.135.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil*. Publicado no veículo virtual Jornal Estado de Direito em 04 de novembro de 2015. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>, acessado em 02 de maio de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev. e atual., 2007.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2º ed. rev. e atual., 2007 apud ROBERT, Alexy. *Teoria de los derechos fundamentasse*, cit., p.86.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos submetidos às regras do Código de Defesa do Consumidor*. 6º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, SE, v. 7, 2004.

MENDONÇA, Ângela; FONKERT, Renata. *A Crise do Judiciário, o Movimento Universal de Acesso à Justiça e os meios alternativos de solução de conflitos*. In: Anais de Palestras proferidas em 2002. Rio de Janeiro: Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul, pp. 13-18.

MEURER, Zuleica Maria. *Mediação: uma proposta de solução de conflitos a ser implantada no Brasil*. Publicado no veículo virtual Âmbito Jurídico em 30 de junho de 2008. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2987, acessado em 15 de abril de 2016.

_____. *uma proposta de solução de conflitos a ser implantada no Brasil*. Publicado no veículo virtual Âmbito Jurídico em 30 de junho de 2008. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2987, acessado em 15 de abril de 2016 apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da Justiça Conciliativa*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.) *Mediação e Gerenciamento no processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007. cap. 1, p.01-05.

MOTTA JR, Aldemar de Miranda. *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados*. Ministério da Justiça, Brasília-DF, 2014.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Gen, 36 edição, revista e atualizada, 2014.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Gen, 36 edição, revista e atualizada, 2014 apud FERRARA, francesco, op.cit., p.131.

NETO, Adolfo Braga. *Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores*. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, n° 11, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O novo CPC e a Mediação, reflexões e ponderações*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, n. 190, abr./jun., 2011, p. 219-235.

_____. (org.). *A Nova Lei de Mediação Brasileira Comentários ao Projeto de Lei n° 7169/14*. Publicado no veículo virtual Revista Eletrônica de Direito Processual, Ano 8. Volume Especial. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em https://www.academia.edu/8676991/Revista_Eletrônica_de_Direito_Processual_REDPA_NOVA_LEI_DE_MEDIACÃO_BRASILEIRA_COMENTÁRIOS_AO_PROJETO_DE_LEI_N_7.16914, acessado em 03 de maio de 2016.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 25° ed., 393 p., 2001.

TARTUCE, Fernanda. *Interação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação: Primeiras Reflexões*. Publicado no veículo virtual Portal Processual em 30 de julho de 2015. Disponível em <http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes/>, acessado em 15 de abril de 2016.

_____. *Interação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação: Primeiras Reflexões*. Publicado no veículo virtual Portal Processual em 30 de julho de 2015. Disponível em <http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes/>, acessado em 15 de abril de 2016 apud TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 3° ed., 2013.