



Sétimo parecer, datado de 3 de julho de 2019, da Comissão Ibero-Americana de Ética Judicial sobre os princípios éticos aplicáveis ao processo de mediação.*

Palestrante: Rosa María MAGGI DUCOMMUN.

Introdução.

1. O Supremo Tribunal de Justiça da Província de La Pampa, República da Argentina, na sessão que teve lugar no dia 13 de março de 2019, concordou em solicitar à Comissão de Ética Judicial Ibero-Americana (CIEJ) um parecer sobre os seguintes temas: **“Quais os requisitos éticos aplicáveis aos processos de mediação e, quando apropriado, como garantir esses requisitos (especialmente ao ter em conta as diversas variáveis típicas dos processos de mediação)?”**
2. Tais questões são formuladas no contexto próprio da Província de La Pampa, onde, por meio da Lei 2699 sobre Mediação Integral, se implementou a Mediação Judicial obrigatória, estabelecendo que o Supremo Tribunal de Justiça será a autoridade responsável pela execução e dispendo que se decretassem os regulamentos pertinentes, de acordo com o artigo 38 da mesma Lei, encontrando-se já aprovado pelo Supremo Tribunal de Justiça da Província de La Pampa, através do Acórdão 3277, o regulamento da Mediação Judicial Obrigatória a que se refere o Título IV da referida Lei 2699.
3. A consulta está relacionada com questões éticas relativas ao mediador e ao seu trabalho, aspectos que apresentariam pouco desenvolvimento diante dos desafios abundantes que o processo apresenta, principalmente quando se trata de intervenções orais e num quadro de confidencialidade, onde o princípio controlador seria relativamente menor. Pergunta-se especificamente

* Tradução livre elaborada pelo Ponto de Contacto da IberRede de Portugal. Tradução: Marisa Martins; Revisão: Carla Governo e Juiz Desembargadora Paula Pott



sobre quais são os requisitos éticos dentro do processo de mediação e como garantir uma prática ética quando há várias variáveis envolvidas, dando exemplos problemáticos, como os ligados à confidencialidade, advogados que ao mesmo tempo são mediadores, honorários que dependem do montante do acordo em que o mediador trabalha, autodeterminação das partes, possibilidade de tratamento subjetivo, legalidade com informalidade autorizada, rapidez e adaptabilidade a várias idiosincrasias e pessoas, etc.

4. O Supremo Tribunal de Justiça salienta que, pelo Acórdão 3408, de 9 de março de 2016, aderiu aos Princípios de Ética Judicial declarados na Parte I do Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial, que servem de guia para a orientação e tema que o juiz pode invocar para o cumprimento das suas funções, dada a importante contribuição que os mediadores trazem à justiça, a sua crescente participação e a ausência de um conjunto de regras específicas vinculadas à ética nos processos de mediação, o que resultou no encaminhamento desta consulta a esta Comissão de Ética Judicial, nos termos do estabelecido no artigo 83 do aludido Código Modelo.

Análise do assunto objecto de consulta.

5. A garantia de acesso à justiça - concebida como um direito fundamental que impõe ao Estado colocar à disposição dos cidadãos os mecanismos adequados para a resolução de litígios que dificultem o pleno exercício dos seus direitos - supõe que a administração da justiça conceda respostas oportunas que têm como ponto de partida a própria natureza do conflito e permita uma solução efetiva, de maneira total e definitiva. Este objetivo dificilmente pode ser alcançado com sucesso sem considerar - pelo menos na área dos direitos e interesses disponíveis - um sistema que favoreça métodos adequados para a resolução de conflitos.
6. Neste contexto, é relevante sensibilizar os funcionários e o público em geral para a natureza dos métodos alternativos de solução de conflitos (MASC) como uma forma complementar que garanta a proteção judicial através da aplicação de princípios que ofereçam equidade, imparcialidade, neutralidade e eficácia, além de garantir o acesso de todos os cidadãos à justiça. Sem prejuízo do regulamento existente, destinado a definir as acções, poderes e



obrigações dos mediadores, é necessário fortalecer constante e persistentemente a ética do mediador para incentivar o comportamento social e o desempenho profissional adequado.

7. Como garantia ao cidadão, o acesso à justiça deve ser plenamente compreendido, em todos os seus aspectos, por isso é da maior importância que os órgãos do Estado ofereçam uma ampla gama de alternativas. No entanto, existem razões válidas que as partes podem ter em consideração para recorrer a métodos alternativos ao processo, seja com base na natureza do conflito ou nas suas características subjetivas, deve ficar claro que não parece aceitável que os cidadãos recorram a estes métodos alternativos como única opção viável, perante o fracasso da administração da justiça. Por outras palavras, a importância e a relevância do mecanismo de resolução alternativa não podem vir da falta de financiamento da justiça pelo sistema público. Isto porque um dos atributos essenciais e inconfundíveis destes mecanismos alternativos é a sua voluntariedade, ou seja, cabe às partes em desacordo utilizarem-nos livre e voluntariamente, desde que se baseiem na autonomia da vontade.
8. Como se observou, as perguntas e exemplos fornecidos pelo Supremo Tribunal de Justiça têm origem no contexto local da Província de La Pampa, Argentina, que implementou um regime de mediação prévio e obrigatório, que é realizado por advogados.
9. O acima exposto determina substancialmente o âmbito em que deve ser enquadrada a resposta a entregar e, a partir dos seus atributos básicos, assinala a necessidade de uma análise mais profunda e extensiva que visa estabelecer os aspectos deontológicos da mediação, reconhecendo-a como uma atividade que possui uma função própria, distinta de outros mecanismos de resolução de conflitos.
10. Então, antes de responder às exigências do Supremo Tribunal de Justiça de La Pampa, parece útil delinear uma definição conceptual da mediação que sirva de contexto teórico para orientar a questão, e assim definir os parâmetros que a distinguem dos outros mecanismos alternativos de solução de conflitos (MASC).



Mediação. Definição conceptual.

11. O tema em questão, a mediação e a sua estreita relação com a conciliação, tem vindo a adquirir especial importância e destaque nos últimos anos como resposta aos problemas da jurisdição. Muitas vezes esta última subestima a capacidade de composição que as partes podem ter e submete-as indiscriminadamente às suas diretrizes, como se não existissem outras formas institucionais de fazer justiça.

12. A Directiva 2008/52 / CE do Parlamento Europeu, que visa “ facilitar” o acesso à resolução alternativa de litígios e em promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial.”¹, no seu artigo 3º) define a mediação extrajudicial nos seguintes termos:

Art. 3. “«Mediação», um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

Abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão. Não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão. ”

13. Embora o juiz que tem conhecimento de um processo judicial não possa atuar como mediador, nos termos regulados pela Diretiva Europeia, o juiz deve ter a iniciativa para encetar uma mediação extrajudicial. Portanto, é estabelecido um compromisso do juiz com a mediação nos termos que resultam do Art. 5.1 sobre a promoção da mediação pelo juiz:

¹ DOUE nº L 136, de 24 de mayo de 2008, p.3.



Art. 5.1. “O tribunal perante o qual é proposta uma acção pode, quando tal se revelar adequado e tendo em conta todas as circunstâncias do caso, convidar as partes a recorrerem à mediação para resolverem o litígio. O tribunal pode também convidar as partes a assistir a uma sessão de informação sobre a utilização da mediação, se tais sessões se realizarem e forem facilmente acessíveis.”

14. Igualmente, a Diretiva Europeia refere-se a um princípio jurídico que para os mediadores também se traduz num dever ético de sigilo e confidencialidade, como resulta do Art. 7:

Art. 7. “Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, excepto:

a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a protecção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou

b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo.”

Uma distinção necessária: mediação e conciliação

15. Em primeiro lugar, deve assinalar-se que “a distinção entre conciliação e mediação não é evidente: ambas figurais são confundidas em diferentes leis e doutrinas: em diferentes países e mesmo no mesmo país, em diferentes áreas jurídicas, a natureza da mediação e da conciliação não é claramente distinguidas, havendo, por vezes, troca dos seus nomes”².

16. Existem, no entanto, diferenças conceptuais entre conciliação e mediação. A primeira admite dois significados: um amplo, que a concebe como qualquer acordo ou aceitação entre duas ou mais pessoas que defendem posições diferentes, que podem ser alcançadas por meio judicial ou extrajudicial, e

² Centro de Estudios de Justicia de las Américas, “Manual de Mediación Civil”, Santiago de Chile (2017), p. 47.



outro técnico ou processual, que a definem como o resultado de um processo judicial em curso que termina precisamente por esta forma anormal quando a lei assim o permite, com ou sem a aprovação do juiz responsável pelo processo.

17. Diferente é o caso da mediação, que não requer a intervenção do juiz ou a existência de litígio, nem a homologação judicial do acordo, a menos que verse sobre interesses não disponíveis para as partes, apresentando como elemento específico a intervenção de um terceiro mediador no conflito.

18. Um elemento importante marca a diferença entre os dois mecanismos, ao conciliador é permitido uma grande intervenção para facilitar o acordo, inclusive tem a possibilidade de apresentar propostas para chegar a um acordo, o papel do mediador visa auxiliar e aproximar as partes para que estas autonomamente consigam a resolução do conflito, sem intervir de nenhuma maneira no acordo.

19. Para maior clareza, esses mecanismos podem ser definidos da seguinte maneira:

“A conciliação é um processo no qual um terceiro intervém num conflito para concretizar um contexto justo do mesmo. Este trabalho pode ser feito extrajudicialmente ou judicialmente. A maioria dos códigos processuais civis dos países de tradição continental regulam-na como sendo uma faculdade do juiz ou magistrado designado para o caso. O objetivo da conciliação visa tentar resolver o caso antes da audiência ou julgamento”³.

“A mediação é um processo privado, no qual uma terceira pessoa neutra chamada mediador, sem autoridade para impor uma solução, ajuda as partes em conflito promovendo o diálogo, para que estas alcancem uma solução válida para todos os envolvidos. As partes têm a oportunidade de descrever os problemas e discutir os seus interesses, emoções e possíveis soluções. Em alguns países, os tribunais podem ordenar que certos casos sejam encaminhados para mediação, ou convidar as partes a tentar a mediação, de

³ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, “Manual de Mediación Civil”, Santiago de Chile (2017), p. 41.



qualquer modo, o processo permanece voluntário, uma vez que as partes não são obrigadas a chegar a um acordo”⁴.

20. Esta análise não será estendida a outros mecanismos de resolução alternativa de conflitos que apresentem uma clara diferenciação conceptual e não podem gerar equívocos, como a arbitragem, na qual as partes em conflito concordam em submeter a controvérsia ao conhecimento de um ou mais árbitros responsáveis por decidi-la de acordo com o direito ou equidade; a facilitação, processo em que um especialista aconselha um grupo de pessoas na análise e discussão de questões que o mesmo grupo deve resolver, ou a negociação, na qual são as próprias partes em disputa que, através do diálogo, chegam a um acordo que satisfaça os respectivos interesses.

Enquadramento legal aplicável à mediação.

21. Conforme avançado, a mediação traduz-se numa negociação assistida cujo objetivo é garantir que as partes interessadas resolvam um conflito em termos mutuamente aceitáveis, com a intervenção de um terceiro neutro que os auxilie durante o processo de acordo.

22. Os benefícios que a mediação proporciona, ao gerar uma relação de confiança entre as partes no enquadramento de um processo flexível que lhes permite chegar a acordos, explicam o notável crescimento que experimentou nos últimos anos, levando alguma legislação a impô-la como procedimento obrigatório antes de se iniciar um processo. É o caso, por exemplo, do Chile, no âmbito de matérias de família e de saúde.⁵

23. No entanto, a ascensão da mediação é especialmente observada em conflitos de natureza patrimonial, nos quais se apresentam assuntos inteiramente disponíveis às partes. No direito comparado, esta tendência é notória logo que a mediação comercial foi incorporada nas legislações internas, o que se

⁴ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, “Manual de Mediación Civil”, Santiago de Chile (2017), p. 42.

⁵ Artigo 106 da Lei N° 19.698 e 43 e seguintes da Lei N° 19.966).



observa na esfera latino-americana, por exemplo, na Colômbia, Peru, Equador, México, Argentina, em certos casos até como um pré-requisito para o acesso à jurisdição. Também alguns países europeus, como a Itália, Alemanha e Inglaterra, optaram por incorporar um sistema de mediação ou conciliação prévia obrigatória nos assuntos civis e comerciais. A Espanha não o considera obrigatório, mas vê na mediação comercial um mecanismo importante para resolver conflitos comerciais.

*“Neste sentido, os caminhos escolhidos no campo comparativo vão desde a mediação inteiramente voluntária (sistema espanhol) até a obrigatoriedade prévia para todos os assuntos de natureza patrimonial (sistema argentino), passando por casos intermedios em que o juiz tem o poder de submeter as partes a tal procedimento, antes ou durante o julgamento, o ofício ou a petição fundada de alguns deles (sistema anglosajón del court annexed mediation/sistema anglosaxónico do Tribunal anexo á mediação), com sanções pecuniárias que visam desincentivar a falta de colaboração leal durante o procedimento (exoneração de custos à contraparte, imposição do pagamento das despesas da mediação, honorários, etc.)”.*⁶

24. Os diferentes caminhos escolhidos nesta área - mediação obrigatória por um mediador profissional, no caso da Argentina e mediação voluntária por um juiz, no caso da Espanha – favorecem a uma breve referência à lei espanhola.

Mediação em Espanha

25. Em Espanha, a Código de Processo Civil (Ley de Enjuiciamiento Civil LEC), ao regulamentar o processo civil ordinário espanhol, dispõe que, uma vez contestado o pedido e, quando se aplica, a reconvenção, as partes devem ser convocadas para uma audiência que tem três funções fundamentais nas quais o juiz assume um papel ativo: promover uma conciliação entre as

⁶ Eduardo Jequier Lehedé, La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación, Rev. derecho (Valdivia) vol.29 no.1 Valdivia jun. 2016. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100005>

partes, limpar o processo de defeitos ou obstáculos de natureza processual e delimitar o objeto do julgamento. A função de conciliação que é a que interessa ao objetivo deste estudo, visa fomentar a busca de soluções auto-compatíveis e para favorecer essa possibilidade, a menos que o objeto do processo seja indisponível, estabelece o procedimento como obrigatório e exige que as partes assistam à audiência, preparadas para qualquer eventualidade, exigindo que pelo menos o autor assista ou envie um procurador com poder suficiente para esse fim.⁷

26. A lei ao dar ao juiz o poder de instar as partes a chegarem a um acordo, fez com que surgissem algumas dúvidas sobre como essa função deve ser exercida sem afetar os princípios da ética judicial, especialmente a imparcialidade, tentando definir se o juiz deve assumir um papel mais ou menos ativo na negociação ou se deve manter-se distante, como mero espectador. Para esclarecer estas dúvidas e definir a melhor forma para exercer a função conciliadora que a lei entrega ao juiz, consultou-se a Comissão de Ética Judicial, a qual, mediante o parecer (Consulta 11/ 2018), de 23 de fevereiro de 2019, analisou a questão colocada à luz do princípio da imparcialidade que rege a ética judicial como princípio do julgamento justo y deber ético essencial para o juiz, parecer que lança novas luzes sobre o quadro ético da mediação

27. Na sua análise o parecer afirma que o princípio da imparcialidade “não é afetado de forma negativa pelo facto de o juiz, de acordo com as regras que regem o processo, inste ou convidar as partes a chegarem a um acordo "Mas afirma que esse convite ou encorajamento/exortação" não pode, sob nenhuma circunstância, tornar-se uma imposição direta ou indireta e o juiz deve esforçar-se para impedir que qualquer das partes o perceba como coacção”.

28. Mais à frente alerta: “A imparcialidade impede que o juiz participe nas negociações que as partes podem realizar com o objetivo de obter um

⁷ Juan Damián Moreno, Estructura y principios del proceso ordinario en la ley española de enjuiciamiento civil, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia N° 2, Marzo-Abril 2000.



acordo, uma vez que facilmente implicará uma tomada de posição”.... “Se o juiz participar na negociação das partes, corre o risco de ver a sua imparcialidade afectada. O juiz não é mediador e não pode agir como tal, pois não é um terceiro imparcial sem poder de decisão, mas, pelo contrário, é quem decidirá em caso de falta de acordo entre as partes.”.⁸

29. Assim se faz a diferença entre “mediação, na qual as partes em conflito se encontram com uma terceira parte imparcial, que facilita a comunicação entre elas para ajudar a encontrar uma solução, sem formular uma proposta de acordo; a conciliação, na qual a terceira parte imparcial facilita a comunicação das partes no conflito, propondo uma solução; e a arbitragem, modalidade na qual o terceiro imparcial, que não faz parte do sistema de justiça pública e que foi nomeado e aceite pelas partes, resolve o conflito mediante uma decisão vinculativa”⁹

O regime de mediação na Província de La Pampa, Argentina.

A.- Sistema de Justiça Federal e Provincial

30. Antes de descrever o regime de mediação na província de La Pampa, deve levar-se em conta que o sistema judicial da República Argentina está sujeito à estrutura política daquela nação.

31. O regime federal adotado dá origem à existência de uma dupla ordem judicial, constituída pelo Poder Judicial de la Nación e pelos Poderes Judiciais das Províncias e da Cidade Autónoma de Buenos Aires. Assim, há uma distribuição de competências entre os tribunais federais (da Nação) e os ordinários (das províncias), que determinam o desempenho de uns ou outros.

⁸ Parecer (Consulta 11/2018), de 23 de janeiro de 2019. Princípio da imparcialidade. Exercício das funções de Juiz na mediação judicial <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Comision-de-Etica-Judicial/Dictamenes/Dictamen--Consulta-11-2018---de-23-de-enero-de-2019--Principio-de-imparcialidad--Ejercicio-de-las-facultades-del-Juez-en-la-mediacion-judicial>

⁹ Cumbre Judicial Ibero-Americana, “Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, Brasilia de Brasil (2008), p.45.



32. O artigo 121 da Constituição da República Argentina estabelece que: “As províncias retêm todo o poder não delegado por esta Constituição ao governo federal, e o que expressamente está reservado através de acordos especiais no momento da sua incorporação”.
33. Como diz o jurista e juiz Mariano Borinsky, “Um dos poderes delegados pelas províncias ao Governo Federal é o judicial, sempre que a objecto em questão verse sobre um assunto relacionado com a defesa de interesses públicos de carácter geral que tutela o poder central”.¹⁰
34. Esses assuntos de competência federal são expressamente atribuídos por normas constitucionais e por leis ditadas pelo Congresso Nacional. O artigo 116 da Constituição e a Lei 48 determinam os assuntos cujo conhecimento corresponde à justiça federal.
35. No âmbito federal, a Lei 26.589, de 15 de abril de 2010, sobre mediação e conciliação, estabelece a mediação prévia de carácter obrigatório, a todos os processos judiciais sujeitos às disposições da dita lei. Este processo de mediação aplica-se ao sistema de justiça federal, mas não ao provincial.
36. No entanto, em virtude de sua autonomia, cada província adoptou diferentes soluções em relação à mediação¹¹, uma das quais é a abordada na seção seguinte, relativamente à província de La Pampa.

B.- Regulamentação Provincial

37. A mediação na província de La Pampa, Argentina, é regulada pela Lei 2699 e aplica-se a toda a província desde o dia 1 de novembro de 2015.¹²

¹⁰ Borinsky, Mariano: “La Justicia Federal Argentina: organización y funcionamiento”.
<https://www.infobae.com/opinion/2016/08/09/la-justicia-federal-argentina-organizacion-y-funcionamiento/>

¹¹ ver <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=ar>

¹² A Lei 2806 prorrogou a implementação do capítulo IV da lei N. 2699 de "Mediación Judicial Obligatoria" até ao 31 de outubro de 2015, para a III e IV Circunscrição Judicial.



38. O art. 2 da referida lei define a mediação como um “método alternativo de resolução de litígios/método de resolução alternativa de conflitos dirigido por um ou mais mediadores com um título habilitante, que promoverá a comunicação direta entre as partes” e o classifica como (i) voluntária extrajudicial, (ii) voluntária escolar e (iii) judicial obrigatória.
39. A lei também especifica certos princípios do processo de mediação - entendidos como garantias que devem ser informadas às partes - que são:
- a) Neutralidade; b) Igualdade; c) Imparcialidade; d) Oralidade; e) Confidencialidade dos atos; f) Comunicação direta entre as partes; g) Celeridade; h) Economia; i) Composição satisfatória de interesses.
40. Dada a sua natureza integral como um método autocompositivo, a mediação está prevista para todos os conflitos, exceto para as exclusões expressamente estabelecidas por lei. O sistema é estruturado com base em Centros Públicos de Mediação e Resolução Alternativa de Conflitos (CPMRAC) que, entre outras funções, concede inscrição e mantém o registo dos mediadores, supervisiona o funcionamento da instância de mediação e recebe as queixas por infrações éticas no exercício da mesma, aplica regras e sanções e controla a sua continuidade, através do Tribunal de Ética e Disciplina
41. A mediação extrajudicial voluntária é realizada perante o CPMRAC ou nos centros privados autorizados de mediação extrajudicial. A mediação escolar voluntária é organizada, coordenada e implementada pelo Ministério da Cultura e Educação, e está a cargo de professores, técnicos e / ou profissionais qualificados inscritos no Registo Público de Mediadores Escolares.
42. A mediação judicial obrigatória - que é aquela em que a consulta recai – está prevista como um requisito para a instauração de um processo, excepto algumas exclusões, e é regulada pelo Supremo Tribunal de Justiça através do Centro Público de Mediação e Resolução Alternativa de Conflitos Judiciais. (CPMRACJ).

43. O processo requer assistência legal obrigatória sob pena de anulação do processo e, em particular, que o acordo tenha força executiva. Quanto aos requisitos do mediador, o mesmo deve ter o título de advogado com antiguidade de três anos; ter frequentado um curso introdutório; ter obtido o registo e matrícula provincial, estar inscrito no CPMRACJ e periodicamente participar em formações. Os fundamentos para a desclassificação e a desqualificação são regulados detalhadamente, aplicando-se os previstos para os juízes pelo Código de processo Civil e Comerciais da província de La Pampa, podendo, também, apenas por uma vez, as partes renunciarem ao mediador sem explicar a razão.
44. Fica estabelecido que não pode ser mediador (de qualquer uma das partes) quem tenha tido uma relação de apoio jurídico ou patrocínio. Isto aplica-se a um lapso temporal de um ano antes do início do litígio e o período de um ano desde o final da sua intervenção no caso, proibição esta que se eleva à qualidade de absoluto em relação à causa em que teve intervenção como mediador.

A Lei de Mediação da Província de La Pampa. Enquadramento ético.

45. A neutralidade no processo constitui uma característica fundamental da função do mediador. A própria lei que regula a mediação para a província de La Pampa, Argentina, ao enumerar os princípios informativos e as garantias oferecidas pela mediação, refere-se expressamente à neutralidade e imparcialidade do mediador, comportamento que se deve manifestar no decorrer do processo, assegurando aos litigante igualdade de armas e oportunidades. Deve também estar presente no momento da assinatura do acordo final que as partes adotem, no qual não deve ter interesse pessoal ou financeiro. A imparcialidade do mediador também exige que este não tenha um conflito de interesses com qualquer uma das partes, o que a lei protege através das invalidações, implicações e desafios que a lei torna aplicável a este respeito.



46. O princípio da confidencialidade mencionado na lei, impede-o de divulgar as informações e os antecedentes recebidos das partes ou de terceiros, bem como as propostas de soluções que foram discutidas durante o processo, protegendo assim a confiança das pessoas no sistema.
47. Finalmente, o apoio e o compromisso do Estado constituem um amparo indispensável na implementação de um sistema eficiente de mediação de assuntos civis e comerciais, que não pode ser entregue exclusivamente à iniciativa privada. Nesse sentido, a lei de mediação que rege a província de La Pampa oferece uma estrutura normativa que tende a assegurar às partes a possibilidade de efetivamente mediar os seus conflitos em condições de igualdade perante mediadores qualificados, cuja idoneidade é certificada, contemplando também medidas de controlo destinadas a garantir a eficiência do sistema.
48. Ao mesmo propósito obedece a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de La Pampa de aderir aos Princípios de Ética Judicial declarados na Parte I do Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial, os quais servem de guia para a orientação da conduta do mediador.
49. Os princípios jurídicos delineados ilustram os inúmeros requisitos aplicáveis aos processos de mediação, os quais - em conjunto com os princípios éticos - devem ser considerados na definição de uma linha de conduta que orienta o papel do mediador.

Código Ibero-Americano de Ética Judicial. - Princípios aplicáveis à mediação.

50. A consulta realizada pelo Supremo Tribunal de Justiça de La Pampa exige esclarecimentos sobre os requisitos éticos aplicáveis aos processos de mediação e como garanti-los, questão que deve ser analisada por esta Comissão à luz dos princípios consagrados no Código de Ética Judicial Ibero-Americano aplicáveis à conduta do mediador, de entre os quais se destacam:



O princípio da imparcialidade.

51. O mediador é independente e neutro e geralmente não tem poder de decisão. Surge, então, claramente, como princípio ético fundamental que deve orientar a conduta do mediador: a imparcialidade, o princípio de que trata o Capítulo III e, em particular, os artigos que são transcritos abaixo.

ART. 9º.- A imparcialidade judicial tem o seu fundamento no direito das partes, que devem ser tratadas com equidade e, portanto, não serem discriminadas no que se refere ao desenvolvimento da função jurisdicional.

ART. 10.- O juiz imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos com objetividade e com fundamento mantendo, ao longo de todo o processo, uma distância equivalente com as partes e com os seus advogados, e evita todo o tipo de comportamento que possa configurar favoritismo, predisposição ou preconceito.

ART. 11.- O juiz tem a obrigação de se abster de intervir nas causas em que veja comprometida a sua imparcialidade ou naquelas que um observador razoável possa entender que existe motivo para pensar assim.

ART. 13.- O juiz deve evitar toda a aparência de tratamento preferencial ou especial com aos advogados e com as partes, proveniente da sua própria conduta ou da de outros integrantes da repartição judicial.

ART. 16.- O juiz deve respeitar o direito das partes de afirmar e contradizer no âmbito do devido processo legal.

52. Ao aplicar este regulamento e em conformidade com este princípio fundamental, o mediador deve permanecer imparcial durante todo o processo de mediação, dando às partes a possibilidade de participar no processo com igualdade de oportunidades, nas mesmas condições, evitando qualquer conduta que dê a aparência de parcialidade ou favoritismo.

53. Como foi reiterado, o papel do mediador deve limitar-se a explorar os interesses das partes, adverti-las sobre situações que possam afectá-las, revelando os pontos fortes e fracos dos seus respectivos argumentos e ajudando-as a adoptar uma decisão mutuamente aceitável, sem nunca as forçar a chegar a um acordo por esta via.

54. O mediador deve entender que o serviço que presta destina-se a facilitar a comunicação entre as partes, incluindo, eventualmente, a avaliação das



verdadeiras possibilidades de negociação entre elas. Neste cenário, o mediador deve manter uma mente aberta, absolutamente impessoal, desinteressada e respeitosa, tentando encontrar as ferramentas pessoais e profissionais para moderar o espírito conciliatório das partes, sem afectar a vontade destas.

55. O mediador deve acreditar na capacidade conciliatória das partes, independentemente da sua capacidade conciliatória; Entender que o seu papel visa principalmente servir como intermediário para facilitar a comunicação entre os litigantes e, embora possa fazer uso prudente dos seus conhecimentos e recursos dialécticos persuasivos para fazer recomendações pertinentes com a intenção de evitar mais conflitos, não deve sobrepor a sua avaliação sobre o assunto à das partes.
56. Em conformidade com o princípio da imparcialidade, o mediador deve evitar conflitos de interesses e informar as partes sobre qualquer falha que possa afectar e prejudicar a sua equanimidade. Da mesma forma, deve abster-se de ter qualquer interesse pessoal ou económico no contrato ou transacção que encerre o conflito, tomando o cuidado de não definir os seus honorários com base num contrato de quota litis.
57. Seguindo esta ordem de ideias, parece inconveniente que os honorários do mediador sejam fixados tendo em conta o montante das pretensões económicas dos litigantes, ou que se negoceiem comissões de sucesso, evitando assim que o mediador possa obter um acordo tendo em vista o seu próprio benefício.

O segredo profissional

58. O sigilo exigido ao mediador também torna aplicáveis as regras de sigilo profissional previstas no Capítulo X do Código Ibero-Americano, em particular nos seguintes artigos:

ART. 61.- O segredo profissional tem como fundamento salvaguardar os direitos das partes ou de suas pessoas próximas face ao uso indevido de informações obtidas pelo juiz no desempenho de suas funções.



ART. 62.- Os juízes têm obrigação de guardar absoluta reserva e segredo profissional em relação às causas em trâmite, assim como acerca dos fatos ou dados conhecidos no exercício da sua função ou em razão desta.

ART. 66.- O dever de reserva e segredo profissional que pesa sobre o juiz estende-se não só aos meios de informação institucionalizados, mas também ao âmbito estritamente privado.

ART. 67.- O dever de reserva e segredo profissional diz respeito tanto ao procedimento das causas quanto às decisões nelas proferidas.

59. Relativamente ao princípio ético em análise, o mediador deve manter a confidencialidade de toda a informação, documentação e antecedentes obtidos durante o processo ou por inerência do seu desempenho.
60. O precedente implica que não pode revelar a terceiros o que foi dito durante o curso da mediação, nem pode divulgar o conteúdo das sessões privadas realizadas pelo mediador com qualquer das partes na ausência da outra parte, a menos que tenha autorização expressa para isso.
61. É preciso salientar a grande importância que o princípio ético do sigilo profissional adquire diante da figura do mediador. Só assim as partes podem sentir-se confiantes e livres para expressar todo o tipo de argumentos de negociação e até mesmo aceitar fins adversos aos seus interesses, tudo com a garantia de que, se a conciliação falhar, nenhum dos argumentos usados na negociação terá valor ou será usado para as prejudicar.
62. Este espaço de diálogo pode ser usado pelo mediador seja para consciencializar sobre o peso que o processo implica (pesos sentimentais, temporais, físicos e económicos) como qualquer tipo de conflito latente, seja para encorajar as partes a ajustarem os seus pedidos e assim tornar viável um acordo conciliatório que no final seja o mais favorável possível para todos, tendo em conta o panorama geral de um processo judicial, geralmente lento, caro e de resultado incerto.
63. Se o mediador obtiver informação privilegiada fornecida pelas partes para entender completamente a sua posição, tal conhecimento deve ser absolutamente reservado e nunca usado para qualquer outro propósito. Tal



informação só pode ser usada para entender completamente o caso e avaliar as possibilidades de conciliação entre as partes e a maneira mais equitativa e justa de conseguir um acordo.

Equidade e justiça

64. Para além da imparcialidade do mediador e da sua obrigação de confidencialidade ou sigilo profissional, deve desempenhar naturalmente a sua função com equidade e justiça, respeitando o disposto no artigo 39.º do Código Ibero-americano, cuja redacção é a seguinte:

ART. 39.- Em todos os processos, o uso da equidade estará especialmente direccionada para se obter uma efectiva igualdade de todos perante a lei.

65. Assim, o respeito à equidade impõe ao mediador a obrigação de realizar o seu trabalho com cuidado, observando durante todo o processo um comportamento equitativo e prudente, evitando qualquer comportamento discriminatório e assegurando que as partes cheguem livremente a uma decisão voluntária, conforme a sua própria determinação, estando devidamente informados e sem qualquer coação.

66. É necessário realçar que o mediador, como facilitador do diálogo, não deve tentar favorecer nenhum dos litigantes, garantindo sempre que estes chegam a uma solução que seja do melhor interesse de todos.

Integridade e honestidade profissional

67. O correto exercício de sua função também requer que o mediador observe um comportamento que proporcione segurança às partes, o que implica respeito aos princípios de integridade e honestidade, como plasmado nos artigos 54 e 79 do Código Ibero-americano de Ética Judicial:

ART. 54.- O juiz íntegro não deve comportar-se de modo que um observador razoável considere gravemente atentatório aos valores e sentimentos predominantes na sociedade na qual exerce a sua função.



ART. 79.- A honestidade da conduta do juiz é necessária para fortalecer a confiança dos cidadãos na justiça e contribui, conseqüentemente, para o seu respectivo prestígio.

68. A importância de desenvolver o trabalho com responsabilidade e honestidade deve ser enfatizada, assegurando que o acordo satisfaz os interesses e necessidades das partes, uma vez que o objectivo da mediação não fica reduzido a um acordo, mas sim a que as partes continuem sozinhas na gestão dos seus conflitos de forma respeitosa e com melhor comunicação.
69. A responsabilidade que o mediador assume ao intervir nos conflitos de terceiros, sobre os quais ele não tem poder de decisão, mas exerce influência para desmembrar o problema e coopera activamente na construção de uma solução, sempre respeitando a autodeterminação das partes, exige traços de qualidades pessoais de excelência como requisito ético para o desempenho da função de mediador.

Controle ético da mediação

70. Uma vez especificados os requisitos éticos exigidos para o exercício do papel do mediador, surge a necessidade de estudar mecanismos de supervisão e controle que assegurem às pessoas uma atenção digna por parte de profissionais íntegros e devidamente habilitados. Para este fim, aponta-se o estabelecimento de requisitos legais para o exercício da profissão, a exigência de formação e melhoria contínua e até mesmo a instituição de tribunais disciplinares.
71. No entanto, o fortalecimento dos valores éticos individuais, que são naturalmente projectados e estendidos aos grupos profissionais, é crucial para garantir a qualidade do processo e garantir às pessoas uma mediação de qualidade.
72. Neste sentido, o controlo que a lei pode impor não é suficiente e a importância da ética do mediador é apresentada como uma ferramenta indispensável para proporcionar às pessoas um serviço de excelência.
73. A regulamentação legal e o estabelecimento de órgãos de controlo não parecem suficientes para assegurar a conduta ética do mediador, o que



sugere ter em mente os princípios contidos no Código Ibero-Americano de Ética Judicial, ao qual o Supremo Tribunal de Justiça de La Pampa aderiu, por ser uma ferramenta eficaz para o desenvolvimento e melhoria da actividade do mediador.

74. Nas palavras do proeminente professor catedrático argentino Armando S Andruet, “embora os mediadores estejam sempre restringidos pelos protocolos básicos da profissão, o controlo psicológico que o nomeado pode ter sobre os sujeitos que participam da mediação pode ser elevado, frondoso e igualmente perigoso e, com isso, afectar inquestionavelmente um dos princípios do mesmo processo de mediação: a autodeterminação das partes”. “Os códigos éticos em qualquer campo profissional produzem melhorias substantivas internas nos recursos morais acima mencionados e, externamente, é a promoção pela geração de uma óbvia confiança pública na instituição em questão”.¹³

75. O fortalecimento da ética da profissão do mediador parece, então, a melhor maneira de alcançar o objectivo do bem comum que se busca.



¹³ Armando S Andruet. A ética profissional na mediação judicial. Comércio e Justiça.

<https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/la-etica-profesional-en-la-practica-de-la-mediacion-judicial/>