Não o suficiente de uma coisa boa: liberando todo o potencial da mediação globalmente

Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor, traduzido por Celso Moredo Garcia

NÃO O SUFICIENTE DE UMA COISA BOA: LIBERANDO TODO O POTENCIAL DA MEDIAÇÃO GLOBALMENTE[1]

NOT ENOUGH OF A GOOD THING: UNLEASHING THE FULL POWER OF MEDIATION GLOBALLY

Giuseppe De Palo[2]
Mary B. Trevor[3]
Traduzido por Celso Moredo Garcia[4]

Resumo: O presente artigo é uma tradução livre, devidamente autorizada pelos autores, do artigo publicado por Giuseppe de Palo e Mary B. Trevor, de forma interpretativa, sem o uso de inteligência artificial, sobre o uso da mediação ao redor e a necessidade de estímulo à sua adoção como método alternativo de resolução de disputas, inclusive de forma obrigatória como etapa pré-judicial.

Palavras-Chave: mediação. facultativa. compulsória. desconhecimento. ordem de mediação.

Abstract: *This article is a free translation, expressly authorized by its authors, of an essay written by iuseppe de Palo e Mary B. Trevor, in an interpretative way and without using artificial intelligence, about the use of mediation around the globe; the need to encourage its adoption an an alternative method of dispute resolution, including its compulsory use before litigation.*

Keywords: *mediation. Voluntary. Compulsory. Unfamiliarity. mediation mandate.*

Sumário: 1 Por que aumentar o uso da mediação? 2 Mediação é maior do que disputas individuais. 3 Por que a resistência e como superá-la? 4 Em direção dos compromissos e mandatos de mediação. 5 Mandatos de mediação em vigor. 6 Mediação

1 DE PALO, Giuseppe; TREVOR, Mary B. NOT ENOUGH OF A GOOD THING: UNLEASHING THE FULL POWER OF MEDIATION GLOBALLY; Cardozo Journal of Conflict Resolution — Issue 3, Volume 26.

2 Atua como mediador e árbitro na JAMS e é o Presidente da Dialogue Through Conflict (DTC) Foundation, uma organização de caridade dedicada a capacitar pessoas e organizações para terem interações mais eficazes.

3 É Emerita Professor of Law (Professora Emérita de Direito) na Mitchell Hamline School of Law e atua como Scientific Advisor (Conselheira Científica) para a DTC Foundation.

4 Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, pelo Centro Universitário IESB – DF.

presumida/opção de desistência. 7 O que determina a "quantidade certa" de mediação?

Apesar de anos de esforços, séculos de tradição em muitas culturas e reconhecimento quase universal do seu potencial para aproximar as partes em conflito, a mediação continua subutilizada ao redor do mundo como um mecanismo de resolução de disputas. Até mesmo o esforço em grande escala de uma organização internacional, a União Européia, não consegui alterar esta situação. Em sua Diretiva de Mediação, o artigo 1º declarou o objetivo de "facilitar o acesso à resolução alternativa de disputa e promover a solução amigável dos litígios, incentivando o uso da mediação e garantindo uma relação equilibrada entre mediação e processos judiciais"[1] Contudo, a Diretiva ficou aquém de sua meta, resultando apenas em pequenos aumentos no uso da mediação entre a maioria dos Estados Membros da UE.[2] Dez anos após sua adoção pela Diretiva, a mediação estava sendo "usada em menos de 1% dos litígios cíveis e comerciais na UE."[3]

A consequência desta situação paradoxal é a perda – em recursos financeiros, tempo valioso, acesso à Justiça e do potencial para relações produtivas – em escala global. Não se contestam todas estas consequências, o que se discute é a melhor forma de resolver o paradoxo. Os autores sustentam, de forma simples, que mais e mais fortes políticas pró-mediação são necessárias. Este artigo tratará dos benefícios de uma maior aceitação e uso de mandatos de mediação, bem como de um maior engajamento institucional com compromissos de mediação. Mandatos de mediação[5] (mediation mandates) podem facilitar um maior uso da mediação e, portanto, maior acesso à justiça e apoio à sustentabilidade em todo o mundo. O reconhecimento internacional da *Sustainable Conflict Global Initiative (SCGI)*, proposta pela *Dialogue Through Conflict (DTC) Foundation*, pode ajudar a orientar esse processo.

1 Por que aumentar o uso da mediação?

Sobre a existência do paradoxo da mediação, não há controvérsia quanto aos benefícios da mediação. Uma simples

5 Como não um termo correspondente em nosso país, o mandato de mediação é a autorização dada pelas partes em um litígio a um mediator ou a um processo de mediação.

consulta nos mecanismos de busca sobre as vantagens da mediação produzirá inúmeros resultados vindos de fontes que, por óbvio, incluem organizações que oferecem serviços de mediação, mas também escritórios de advocacia, instituições acadêmicas, organizações governamentais, departamentos de recursos humanos, entre outros – em vários países. Os benefícios citados por estas organizações incluem a economia de tempo para todas as partes envolvidas, bem como para o sistema judicial local; assegura confidencialidade aos envolvidos; permite às partes ter voz ativa; concede-lhes um significativo controle sobre o resultado do litígio; melhora potencialmente a relação entre as partes e sua habilidade para comunicar mais efetivamente; aumenta a probabilidade de que toda ou parte da disputa será solucionada; fornece um ambiente mais acessível e informal às partes que não desejam ou são incapazes de usar o Judiciário local; aumenta a satisfação do litigante com o resultado da demanda. A mediação pode ser eficaz em todos os níveis da sociedade humana, desde conflitos dentro de uma comunidade até disputas internacionais entre grandes corporações ou negociações de paz entre nações e facções em guerra.

Mediação pode ser eficaz em vários tipos diferentes de litígios. Apenas no nível local, a Ordem Americana dos Advogados aponta sete categorias de disputas nas quais a mediação pode ser usada, incluindo negócios, relações comunitárias, pequenas causas, divórcio e guarda de criança, questões escolares e universitárias, além da criminal, com vários tipos específicos citados em cada categoria. Mediação está desempenhando um papel importante em resolver conflitos no ambiente de trabalho e externo para inúmeras organizações privadas e não governamentais. De uma perspectiva de negócios internacionais, a influente Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Internacionais de Solução Resultantes de Mediação (também conhecida como Convenção de Singapura sobre Mediação), adotada em 2018 e com 57 países signatários em 2025, aborda disputas transfronteiriças e estabelece um meio uniforme de reconhecer e executar acordos de mediação alcançados para resolvê-las. Sob uma perspectiva global, a ONU incita o uso da mediação em todos os níveis, declarando que "mediação é um dos meios mais eficazes de prevenir, gerenciar e resolver conflitos.

Além disso, mediação está se tornando mais amplamente acessível. O uso de ODR (Resolução de Disputa Online) tem aumentado, tanto no contexto judicial como em outros, devido em parte à pandemia e, em parte, à redução de custos. Vários sites na web oferecendo ferramentas e suporte para mediadores online ou programas de mediação estão agora disponíveis. Treinamento online, como o oferecido pela Fundação DTC, está possibilitando que os princípios as técnicas de mediação estejam largamente disponíveis para qualquer pessoa com acesso à internet. Aplicativos ensinando o público sobre mediação, como o *"Your Portable Personal Ombuds", YPPO*, (Seu Ombudsman Pessoal Portátil) (YPPO), desenvolvido pela Função DTC, estão começando a ajudar pessoas a se voltar para a ideia de usar habilidades da resolução de disputas através da mediação em sua vida cotidiana.

Talvez mais fundamentalmente, na ausência de opções adicionais para litigar tais como um maior uso da mediação, o Poder Judiciário de muitos países é simplesmente incapaz de lidar com a velocidade do influxo de casos com que se deparam. Nos tribunais federais americanos, para as ações cíveis ajuizadas nas cortes distritais, o tempo médio de duração do ajuizamento até o julgamento, calculado com base nos casos encerrados no período de 12 meses até 20 de setembro de 2024, foi de 31,6 meses – mais de 2 anos e meio – com tempos médios para os tribunais de apelação (circuit courts) alcançando até 43 meses (7th Circuit) e 51,5 meses (D.C. Circuit). Estas estatísticas revelam aumento da média que era de 26,9 meses para o período terminando em 30 de junho de 2020, quando os autores verificaram esta estatística para chegar ao mesmo ponto em um artigo anterior. Para os casos cíveis que tiveram recurso de apelação, o tempo médio de duração entre os tribunais desde o protocolo do recurso no 1º grau até a decisão final nas cortes de apelação no período de 12 meses, findado em 30 de setembro de 2023, foi de 33,5 meses – se aproximando dos três anos.

Em pelo menos seis países da União Européia, o tempo estimado como necessário para solucionar uma demanda cível ou comercial em 2022 (ano em que as estatísticas mais recentes estão disponíveis) no primeiro grau de jurisdição superou ou

foi próximo a um ano. Em 2022, para vários Estados Membros, o tempo de solução ultrapassou bem mais de um ano se os recursos (submetidos às cortes de segunda e terceira instância) estivessem envolvidos. Mediação - flexível e conduzida de forma mais acessível online - que a judicialização - pode oferecer uma alternativa crítica e produtiva.

2 Mediação é maior do que disputas individuais

Em consideração aos pontos fortes da mediação e à necessidade urgente de melhorar o acesso à justiça, é necessário um maior comprometimento com a mediação, tanto de cima para baixo (ação governamental) como de baixo para cima (adoção por organizações privadas). Olhando para o setor público, sem se envolver em hipérboles, o aumento no uso da mediação é melhor para os povos do mundo. A ONU desenvolveu um conjunto de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para ser alcançado em 2030. De acordo com a ONU, "os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são o modelo para alcançar um futuro melhor e mais sustentável para todos. Eles abordam os desafios globais que enfrentamos, incluindo aqueles relacionados à pobreza, desigualdade, mudança climática, degradação ambiental, paz e justiça". O objetivo 15 aborda "Paz, Justiça e Instituições Fortes." Mais especificamente, "Objetivo 16 é sobre promover sociedades pacíficas e inclusivas, fornecendo acesso à justiça para todos e construindo instituições eficientes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Considerando os desenvolvimentos globais, aumentar o incentivo global para a mediação, aumentando os meios de torná-la disponível, promovendo a mediação, seja através de ação governamental ou de compromissos organizacionais, é um caminho poderoso para atingir este objetivo. Como expressou um comentarista brasileiro:

Quando olhamos para frente, fica claro que a mediação tem um papel crucial para promover a paz social no Brasil e em todos lugares. Para atingir os propósitos definidos no Objetivo 16, é essencial que promovamos a mediação como um meio de resolver conflitos, melhorar a inclusão social e celebrar a diversidade.

Expandindo o uso da mediação, seja em ações judiciais ou disputas comunitárias, nós contribuímos para uma sociedade mais justa e pacífica. Mediação empodera indivíduos, fortalece instituições e, mais importante, ajuda a construir um mundo onde os conflitos são solucionados pelo diálogo, compreensão e cooperação.

No setor privado, aumentar o uso da mediação ajuda a capacitar empresas e suas partes interessadas a minimizar possível dano que resulte de suas operações. O mundo empresarial está, em reconhecimento, reconhecendo cada vez mais a importância dos critérios ESG (Ambiental, Social e Governança). "Os critérios ESG consideram quão bem as empresas públicas garantem o ambiente de trabalho e as comunidades onde trabalham, assim como de que forma asseguram que a governança gerencial e empresarial atinjam padrões elevados". Apoiadores ESG encorajam os investidores a adotar governança corporativa levando em consideração os critérios ESG ao tomar decisões de investimento.

O critério Social analisa as relações de uma empresa com as partes interessadas internas e externas. Este critério pode ser o mais diretamente aplicável ao uso da mediação, seja para resolver litígios internos na empresa ou com outras empresas e entidades. Globalmente, contudo, analistas reconheceram que o valor da mediação não é tão restrito: mediação pode ajudar uma empresa a atingir mais efetivamente todos os três critérios e, assim, promover sustentabilidade. Como um analista comentou, mediação visa implementar e desenvolver um processo eficiente de prevenção e gerenciamento de conflitos comerciais que contemplem uma resolução rápida, com um mínimo de tempo e recursos, resultando na redução da judicialização dos litígios e o reforço de relacionamentos contínuos.

A crescente disponibilidade da mediação às pessoas com deficiência serve tanto aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, que se referem inúmeras vezes às pessoas com deficiência, como ao compromisso ESG empresarial de servir várias comunidades. Com sua crescente disponibilidade e aperfeiçoamento da sua praticidade online, poderá se tornar mais prontamente acessível às pessoas com deficiência do que o processo judicial ou outros métodos de resolução de disputas.

3 Por que a resistência e como superá-la?

Apesar de todos os benefícios que a mediação oferece, das várias maneiras com que está sendo (e pode ser) usada mundialmente, ainda há uma significativa resistência a ela – tanto em nível individual como em nível organizacional. As razões são várias; mencionamos algumas aqui. Com frequência, as pessoas não compreendem o que é a mediação ou como seu processo funcional. Por exemplo, quantas vezes você já ouviu as pessoas confundirem mediação, arbitragem e processo judicial? Quantas vezes você já encontrou pessoas que confundem o papel do mediador, acreditando que mediador é um tomador de decisão? Com que frequência as pessoas resistem a um caminho lógico, ainda que potencialmente benéfico, devido a reações emocionais ou defensivas? Indo além, como ocorreu uma vez na Itália, advogados podem - indevidamente – acreditar que a mediação ameaça suas práticas e podem, desta forma, evitar esforços para promover legislação sobre a mediação ou adotar políticas pró-mediação. Políticos e legisladores podem temer a "imposição" do desconhecido sobre seus eleitores. Talvez o fundamento mais comum de oposição aos esforços para seguir em frente seja o medo do desconhecido.

Após a Diretiva de Mediação de 2008 da União Européia, em 2014, uma pesquisa de mediadores na UE foi feita para ajudar a determinar porque a Diretiva da UE teve sucesso tão limitado em aumentar o uso da mediação e o que poderia ajudar para torná-la mais exitosa nesse aspecto. Os entrevistados responderam, entre outras coisas, que, essencialmente, a Diretiva não foi suficientemente "diretiva" - ela não colocou exigências aos Estados da UE para adotar medidas legislativas ou números de mediações a serem alcançados a fim de atingir os objetivos da Diretiva. Ela aceitou que cada um dos Estados da UE determinasse a melhor maneira de aumentar o uso da mediação. Os consultados pela pesquisa também identificaram várias mudanças na proposta da Diretiva que poderia aumentar o uso da mediação. As escolhas mais populares envolvem algum nível de mandato.

Desde esse estudo, líderes ao redor do mundo começaram a reconhecer que o único modo efetivo de aumentar o uso da mediação é incorporar algum aspecto de um mandato em seus

sistemas. Alguns políticos, legisladores e analistas imediatamente evitaram associar a palavra "mandato" com mediação, justificando que a mediação é fundamentalmente, e deve ser, um processo voluntário. No entanto, como a própria resistência à mediação, a resistência a algum tipo de mandato é baseada frequentemente pela má compreensão. Mandatos de mediação nunca significam que o conflito deva ser solucionado amigavelmente. Eles não só podem ser consistentes com os objetivos subjacentes da mediação, incluindo o aspecto voluntário, mas também pode ser o único caminho viável para aumentar seu uso, em benefício de todos que se encontrem envolvidos na disputa. Por fim, mandatos tem sido bem-sucedidos em outras áreas para encorajar comportamentos positivos. Estudos tem repetidamente demonstrado que quando as pessoas são apresentadas a uma ação benéfica tida como voluntária – elas são permitidas a optar por ingressar – elas frequentemente não optam, pelo menos não tanto quanto é esperado ou necessário. As pessoas precisam de um empurrão para tentar algo novo.

4 Em direção dos compromissos e mandatos de mediação

As abordagens governamentais com a mediação, como os mandatos ou desenvolvendo incentivos significativos para encorajá-la, não são mais transgressões de política como já se pensou. Artigo 5(2) da Diretiva da UE, de fato, declara, esta Diretiva é sem prejuízo da legislação nacional que torne o uso da mediação compulsório ou sujeito a incentivos ou sanções, seja antes ou após o começo de procedimentos judiciais, desde que tal legislação não impeça as partes de exercer seu direito de acesso ao sistema judicial. Posteriormente, o Tribunal de Justiça Europeu julgou, em um caso referente a um tribunal italiano, que a Diretiva da UE em relação ao uso de RAD para questões de consumidores também permitia a possibilidade de mandatos legislativos de mediação da Itália, muito embora a Diretiva tenha incluído a frase "de uma forma voluntária". A advertência do Tribunal foi o conhecido: "desde que tal legislação não impeça as partes de exercer seu direito de acesso ao sistema judicial". O Tribunal havia previamente considerado que uma exigência de buscar um acordo extrajudicial antes de

perseguir o caminho judicial na área de comunicações elétricas não estava impedida por uma diretiva diferente.

Refletindo a crescente aceitação de mandatos na mediação, em algumas jurisdições onde a mediação obrigatória não vigora, a defesa por tal mediação está ativa e há potencial para uma mudança futura. Na Índia, por exemplo, a versão original do Projeto de Lei da Mediação 2021 incluía uma cláusula de mediação pré-judicial obrigatória. Após a controvérsia, esta cláusula foi removida do que se tornou Lei da Mediação 2023. Analistas, contudo, sugerem que este ocorrido pode não ser o fim dos instrumentos para aumentar o uso da mediação na Índia e em outros lugares. Como observado alhures neste artigo, a Índia tem mandatos de mediação em outros contextos.

Mesmo com poucos "mandados", dentro das organizações privadas ou não governamentais, o conceito de um "compromisso" mediatório está ganhando força. No primeiro quadrimestre de 2021, todas as cinco organizações da ONU servidas pelo Escritório de Ombudsman dos Fundos e Programas das Nações Unidas tinham assinado um compromisso de usar a mediação nos conflitos em local de trabalho da ONU. Especificamente, as organizações concordaram "no caso de um conflito laboral entre a organização e um membro de seu quadro de empregados, a organização está preparada a discutir a possibilidade de resolver o conflito através da Mediação". Junto aos esforços pelo Escritório para aumentar a disponibilidade de serviços de mediação, tal como no Relatório Anual de 2020 do Escritório, "mediação… contou com uma maior proporção – quase o dobro dos anos anteriores – dos casos trazidos ao conhecimento do Escritório".

Em 2009, em Hong Kong, o Departamento de Justiça da Região Administrativa Especial de Hong Kong iniciou a campanha "Medie Primeiro" (*Mediate First Pledge*):

> "Empresas, organizações, associações e indivíduos são incentivados a fazer um compromisso, que é uma declaração de intenção não juridicamente vinculativa, de primeiro explorar o uso da mediação, uma abordagem flexível, amigável e construtiva, para resolver disputas que surjam no curso das suas negociações ou operações... Até o momento, mais de 770 signatários em Hong Kong de diferentes setores assinaram o compromisso, incluindo escritórios de advocacia, empresas de consultoria, bancos, seguradoras e universidades."

Em 2023, o movimento do compromisso "Medie Primeiro" estava ativo em Xangai, Shenzhen Qianhai (China Continental) e na Tailândia.

5 Mandatos de mediação em vigor

O setor público moderno tem se debatido sobre como abordar a mediação por décadas. No geral, as abordagens políticas e legais ao uso da mediação têm variado, incluindo simplesmente deixar que as partes decidam se querem usar um mediador para ajudar a resolver sua disputa; usar incentivos e/ou sanções para encorajar as partes a usarem (aderirem) à mediação; exigir que as partes compareçam a uma sessão inicial com um mediador, com a liberdade de se retirarem (optar por sair) após isso; ou exigir que as partes compareçam (e paguem por) um procedimento de mediação completo. Nenhuma delas exige que um acordo seja alcançado. As duas últimas são as que são chamadas, com maior precisão, de mandatos.

Entre essas abordagens, os mandatos de mediação não são novos; a implementação em várias formas tem sido ativa desde o final do século XX. O uso de mandatos tendeu a se enquadrar, de forma ampla, em três categorias: o encaminhamento automático de casos à mediação, que é frequentemente determinado por legislação ou outro mandato governamental, sendo a "mediação com opção de desistência" (*opt-out mediation*) vista por alguns como uma variante desta abordagem; o encaminhamento judicial (muitas vezes amplamente autorizado) de partes em litígio para mediação; e a mediação que não é diretamente obrigatória, mas é compelida por algum tipo de consequência negativa pela não participação. Nenhum desses esquemas de mandato é, na prática, totalmente abrangente: tipos particulares de disputas serão excluídos do encaminhamento automático, ou isenções estarão disponíveis para certos tipos de disputas, tipicamente onde está envolvida uma ampla autoridade de encaminhamento judicial. Para todos, caso a mediação falhe, o recurso ao tribunal estará disponível. Este artigo abordará a mediação encaminhada pelo tribunal e o encaminhamento automático por promulgação governamental, com ênfase na versão com opção de desistência (*opt-out*) desta última.

A mediação encaminhada pelo tribunal é o uso comum mais antigo de um mandato envolvido na mediação, e permanece comum hoje. Seja por prática judicial ou como resultado de legislação, os juízes são investidos de poder, a seu critério, para exigir que as partes em litígio perante eles participem da mediação como uma forma possível de resolver o caso. Às vezes, os juízes podem exercer esse poder apenas para certos tipos de casos; em outros, os juízes têm autoridade para qualquer tipo de caso perante eles. Nos Estados Unidos, os tribunais começaram a usar a mediação obrigatória para casos civis nas últimas décadas do século XX como uma forma de "desafogar as pautas dos tribunais e trazer uma resolução mais rápida às disputas." Numerosos estados haviam autorizado a mediação por ordem judicial na virada do século. Nesses primeiros anos, os mandatos eram usados com mais frequência em questões de direito de família e em casos civis, incluindo disputas trabalhistas e disputas relacionadas à falência, embora os encaminhamentos tivessem começado a se expandir mais amplamente no início deste século. Em 2011, muitos tribunais tinham programas de mediação obrigatória, e várias agências federais também tinham começado a usá-los. Em outras partes do mundo também, a mediação encaminhada pelo tribunal foi um tipo inicial de mandato de mediação, e tais mandatos, em geral, continuaram até hoje.

O encaminhamento automático à mediação de certos tipos de casos, frequentemente efetuado por legislação ou outro ato governamental, é geralmente um desenvolvimento mais recente; fornecemos alguns exemplos aqui. Na União Europeia (UE), a Itália tem sido líder nesta área. Introduziu pela primeira vez a mediação obrigatória para certos tipos de disputas em 2011 por decreto governamental. Após considerável protesto e uma decisão judicial que considerou que tinha sido introduzida por um procedimento inadequado, uma versão revista foi promulgada pela legislatura parlamentar da Itália. A Itália utiliza um modelo com opção de desistência (*opt-out*), discutido abaixo, e suas reformas, que abrangem uma gama de disputas comerciais, familiares, de propriedade, imobiliárias e outras, mas ainda não abrangentes, aumentaram significativamente o uso da mediação. Espera-se a expansão da competência do mandato. Os juízes também podem encaminhar matérias litigiosas para mediação.

Turquia, Grécia e Azerbaijão também introduziram modelos com opção de desistência que aumentaram, ou se espera que aumentem, o uso da mediação nesses países.

Países atualmente ou anteriormente ligados ao antigo Império Britânico têm experimentado este tipo de mediação obrigatória em várias formas. Desenvolvimentos significativos ocorreram recentemente no Reino Unido. A partir de 22 de maio de 2024, "as partes em ações com pretensão pecuniária até o valor de £10.000 devem participar de um agendamento gratuito de mediação de uma hora, fornecido pelo Serviço de Mediação de Pequenas Causas do HMCTS." Um requisito de mediação para casos submetidos através das Ações Cíveis Pecuniárias Online (*Online Civil Money Claims - OCMC*) será seguido em uma data posterior. Além disso, no caso *Churchill v Merthyr Tydfil Borough Council*, o Tribunal de Apelação reconheceu que os juízes podem ordenar que as partes negociem em certas situações. No Canadá, o programa de mediação obrigatória de Ontário foi promulgado como uma regra de processo civil. Sob a Regra 24.1, que se aplica em Toronto, Ottawa e Windsor, a maioria das ações judiciais cíveis, exceto questões familiares e outras ações especificadas, devem ir para a mediação obrigatória, um processo que é deixado, inicialmente, para as partes estabelecerem, embora possam usar uma lista de mediadores obrigatórios estabelecida. Em Nova Gales do Sul, na Austrália, o *Farm Debt Recovery Act* de 1994, juntamente com uma série de outros atos, exige que a mediação seja buscada antes do litígio.

Na Índia, embora um requisito de mediação obrigatória não tenha sobrevivido para permanecer na Lei de Mediação de 2023, de ampla aplicação, a Lei de Tribunais Comerciais (Emenda) de 2018 (*Commercial Courts (Amendment) Act of 2018*) tornou "obrigatório para uma parte que inicie uma ação sob tal Lei de esgotar o recurso da mediação antes de instituir a ação."

Outros países com promulgações de mediação obrigatória são, por vezes, exceções em regiões onde os sistemas jurídicos devem confrontar a desafiadora interação da resolução de disputas tradicional e a moderna. Tipicamente, os outros países nessas regiões se esforçam, nem sempre com sucesso, para promover a mediação de maneiras não obrigatórias. Na América

do Sul, a Lei 26589 da Argentina torna a mediação obrigatória para ações comerciais, com algumas exceções. Entre os países da ASEAN, o Artigo 6º da Lei de Arbitragem e Resolução Alternativa de Disputas da Indonésia torna a mediação obrigatória para "conflitos envolvidos no tribunal" se a negociação não levar a um acordo, e a Lei do Código de Processo Civil (Emenda) de 1999 da Tailândia torna a mediação obrigatória "para todos os casos menores." Na África, os esforços têm se concentrado na mediação conectada ao tribunal, e em Uganda, regras de mediação obrigatória foram promulgadas para o Tribunal Comercial em 2007, após um projeto piloto bem-sucedido.

6 Mediação presumida/opção de desistência

Muitos dos modelos de mandatos de mediação discutidos neste artigo têm sido "bem-sucedidos" no sentido de que ajudaram as partes a alcançar um acordo total ou parcial, ou produziram outros benefícios para os participantes e, assim, reduziram os encargos sobre as partes, os tribunais e vários terceiros intervenientes. Todos foram, por vezes, alvo de críticas por uma variedade de razões.

Embora nenhum modelo de resolução de disputas seja perfeito, o modelo de mandato que parece ser o mais adequado para uso geral é o modelo chamado, de diversas formas, de mediação presumida, mediação com opção de desistência (*opt-out mediation*), ou mediação com fácil opção de desistência (*easy opt-out mediation*). Esta seção usará o termo mediação com fácil opção de desistência. Suas forças residem no equilíbrio entre a minimização da coerção e a maximização das possibilidades de alcançar um acordo, bem como em seu eficiente encaminhamento automático. Outra força, como é geralmente o caso para os esquemas de mediação obrigatória, é que o direito da parte de recorrer ao tribunal é preservado caso a parte acabe por querer ir. O Juiz Adam Noakes escreveu recentemente: "Governos, sistemas judiciais e partes em disputa devem considerar a implementação de mediação obrigatória precoce com uma fácil opção de desistência para todos os casos civis."

Na mediação com fácil opção de desistência, as partes são obrigadas a comparecer a uma sessão "projetada para educá-las

sobre a mediação e demonstrar sua aplicação à sua situação." Na medida em que a desinformação e a confusão sobre o que é a mediação e o que ela faz são fatores na resistência à mediação, esta primeira sessão é projetada, em grande parte, para assegurar que as partes compreendam o processo e como ele funciona. Mas também é projetada para focar a atenção das partes – capacitá-las a visualizar – como a mediação poderia funcionar para sua disputa particular. Conforme descrito em um artigo anterior dos autores, esta primeira sessão:

deve focar na viabilidade da mediação no caso em questão, e ela ocorre com o mediador escolhido pelas partes, em vez de um "conselheiro de mediação" ou um escrivão. Durante a reunião, as partes precisam, entre outras coisas, conversar, até certo ponto, sobre os méritos do caso; ver seu mediador em ação; avaliar a atitude do outro lado; e ouvir o lado da história e os argumentos legais do oponente. "Este processo também garante que o procedimento de mediação esteja formalmente em andamento, protegendo assim totalmente a confidencialidade dessas trocas iniciais, um aspecto chave da mediação."

Qualquer uma das partes pode simplesmente "levantar-se e ir embora" a qualquer momento durante esta primeira sessão ou decidir após a sessão que a mediação não funcionará para elas. Como resultado, o processo em si permanece voluntário, e:

Em vez de rejeitar a mediação de imediato, devido à falta de informação sobre como funciona, à crença de que iniciá-la demonstra fraqueza, ou aos desafios percebidos de aderir a ela, as partes têm uma oportunidade real – estabelecida para elas – de aprender como ela pode funcionar para sua disputa.

Apesar da capacidade de abandonar o processo, as partes frequentemente optam por permanecer. O aspecto "obrigatório" as coloca juntas na sala (presencial ou virtualmente), mas o resto depende delas. Mesmo que não resolvam total ou parcialmente todas as suas questões, elas foram esclarecidas mais detalhadamente sobre suas opções. O processo pode assim servir como um filtro, permitindo que as partes compreendam mais profundamente quais questões podem ou não ser resolúveis. Se acabarem no tribunal, talvez não levem toda a bagagem que estavam carregando originalmente.

7 O que determina a "quantidade certa" de mediação?

A mediação obrigatória, de fato, aumenta o uso da mediação, como demonstrado em vários países e organizações que utilizam diversos modelos. No entanto, uma questão crucial permanece: qual aumento será suficiente? Em que ponto se alcança um equilíbrio apropriado entre a resolução de disputas por meio da mediação e a resolução de disputas por outros meios (especialmente o processo judicial)?

Esta questão surgiu originalmente para os autores no contexto da Diretiva da União Europeia e dos seus resultados. Embora o seu Artigo 1.º tivesse declarado o objetivo de "garantir uma relação equilibrada entre a mediação e os processos judiciais", logo se tornou evidente que tal equilíbrio não tinha sido alcançado, simplesmente devido ao número muito pequeno de mediações adicionais nos anos que se seguiram à Diretiva. O que não estava claro era quantas mediações adicionais eram necessárias para que cada Estado-Membro da UE atingisse a "relação equilibrada".

No seu livro EU *Mediation Law and Practice* (Direito e Prática da Mediação na UE), os autores propuseram uma forma de medir se esse equilíbrio tinha sido alcançado: a determinação de um Número Alvo de Relação Equilibrada ("BRTN" – *Balanced Relationship Target Number*) para cada estado. "[O BRTN] representaria a percentagem mínima de casos a serem mediados em cada país [da UE] para se chegar a uma 'relação equilibrada' ideal com a percentagem de casos judicializados." Conforme explicado no livro, para calcular o BRTN:

> *"[A] UE deveria determinar, ou talvez melhor ainda, solicitar que cada estado-membro determinasse um número alvo. Este número representaria uma percentagem mínima de casos a serem mediados em cada país para se chegar a uma 'relação equilibrada' ideal com a percentagem de casos judicializados. O [BRTN] deve ser determinado com base num conjunto comum de elementos objetivos. Estes elementos podem incluir, além dos indicadores macroeconómicos gerais, dados relacionados com o status atual da administração da justiça cível e com a infraestrutura de mediação de um determinado país."*

Desde então, um conceito mais versátil se desenvolveu: a Iniciativa Global para o Conflito Sustentável (*Sustainable Conflict Global Initiative – SCGI*), desenvolvida pela Fundação DTC (da qual os autores fazem parte).

"A SCGI defende um consenso internacional sobre o princípio jurídico de que esforços de mediação sérios e razoáveis devem ser exigidos em, pelo menos, uma percentagem mínima de todos os casos judiciais adequados. Como uma abordagem de consenso, a SCGI visa fazer o que as melhores mediações fazem: reunir as partes, mesmo as contenciosas, em diálogo para buscar uma resolução que todas possam apoiar."

8 Conclusão

A mediação não é apenas uma ferramenta simples usada para resolver uma disputa entre duas partes. Em um mundo que luta contra a polarização em todos os níveis da sociedade e que procura formas de sustentar o planeta e os seus povos daqui para a frente, a mediação facilita uma cultura em que as pessoas conversam umas com as outras e ouvem o que a outra pessoa tem a dizer. Ela fornece uma estrutura poderosa dentro da qual as disputas podem ser resolvidas, visões concorrentes abordadas e diversos povos capacitados a se comunicar. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU e os critérios ESG (Ambiental, Social e Governança) do mundo dos negócios fornecem grandes visões. A mediação pode ajudar a alcançá-las.

O setor público precisa abraçar totalmente a mediação. Governos e autoridades reguladoras devem superar a hesitação do passado e adotar um método que provou a sua eficácia (em termos de resultados, custos e tempo de utilização) repetidamente. A mediação está a tornar-se mais familiar e mais disponível; o temido "mandato" está a tornar-se cada vez menos uma imposição e cada vez mais uma oportunidade.

Organizações privadas e não governamentais também devem fazer a sua parte para tornar a mediação um primeiro passo natural na resolução de disputas, quer utilizem políticas empresariais, compromissos ou outras ações comunitárias. À medida que as suas ações são mais observadas, recorrer à mediação é do seu maior interesse, bem como do interesse das comunidades que afetam.

A mediação já está se tornando uma força no mundo. Trabalhando de cima para baixo e de baixo para cima, os setores público e privado podem ajudar a mediação a alcançar o seu pleno potencial.