

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO?

ANDRÉA SERRA BAVARESCO

PORTO ALEGRE

2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO?

ANDRÉA SERRA BAVARESCO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, para fins de obtenção do título de Mestre em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

PORTO ALEGRE

2006

“Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso.”
GIUSEPPE CHIOVENDA

Ao Sérgio,
minha outra metade.

AGRADECIMENTOS

Ao estimado Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por todos os ensinamentos (desde o tempo da graduação!), bem como pela amizade, gentileza e compreensão.

Aos meus pais, João e Rosa Maria, pelo exemplo e dedicação.

Ao Sérgio, por tudo.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de aplicação ao processo civil brasileiro de princípios e formas próprios dos meios alternativos de resolução de controvérsias, em especial da mediação, não como métodos substitutivos ao processo judicial, mas sim como métodos auxiliares, complementares do modelo tradicional, que não é mais capaz de, satisfatoriamente, oferecer soluções justas e efetivas ao grande número de casos que lhe são submetidos.

RESUMÉ

Le présent travail a pour objet d'analyser la possibilité de l'application au processus civil brésilien des principes et des façons propres sur les moyens alternatifs de résolution de controverses, notamment de la médiation, pas comme des méthodes suppléants au processus judiciaire, mais oui comme des méthodes auxiliaires, complémentaires de la méthode traditionnelle, que n'est pas capable de satisfaisamment, d'offrir des solutions justes et effectives au grand nombre de cas qui lui sont soumis.

SUMÁRIO

Introdução	01
Parte I – Os contornos dogmáticos da mediação e a experiência jurídica estrangeira	04
1. A explosão de conflitos e a crise do Poder Judiciário na sociedade contemporânea	04
2. A mediação	14
2.1 Conceituação e classificação	14
2.2. Objetivo	20
2.3. Métodos correlatos à mediação: negociação, conciliação e arbitragem	23
2.4. Princípios	30
2.5. Contexto de aplicação	35
3. Direito estrangeiro	38
3.1. Argentina	38
3.2. França	46
3.3. Estados Unidos	52
3.4. Outras experiências estrangeiras	58
Parte II - Mediação no Direito Brasileiro	63
1. Exame crítico do ordenamento jurídico brasileiro	63
1.1. Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho	65
1.2. Código de Processo Civil de 1973 e Novo Código Civil	71
1.3. Juizados Especiais Estaduais e Federais	85
2. Exame crítico do Projeto de Lei que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil	93
2.1. O processo de mediação	102
2.1.1 Generalidades	102
2.1.2 Da mediação prévia e da mediação incidental	108
2.2. O mediador	120
2.3. Vantagens e desvantagens	128
Conclusões	136
Bibliografia	142
Anexo	152

INTRODUÇÃO

O sistema judiciário está em crise. E com ele a própria cidadania, pois em risco a efetividade do processo. E não se fala apenas em segurança e celeridade da prestação jurisdicional. Fala-se, também, da forma como é vista e trabalhada a justiça. Fala-se do resgate da ética e do bom relacionamento entre as partes. É preciso repensar o sistema, tendo em vista o querer um processo de resultados¹, não um processo de conceitos.

Surgem, neste contexto, os meios alternativos de solução de conflitos na tentativa de resgatar a cooperação e a boa-fé entre as partes, a garantia ao sigilo, o respeito e a manutenção dos demais relacionamentos que possam existir entre os litigantes.

Estruturado em duas grandes partes – os contornos dogmáticos da mediação e a experiência jurídica estrangeira e a mediação no direito brasileiro – o presente trabalho objetiva analisar a possibilidade de aplicação ao processo civil, de princípios e formas adotados por estes meios alternativos, em especial pela mediação, valendo-se, para tanto, de levantamento bibliográfico de âmbito nacional e internacional.

Do exame da explosão de conflitos e da crise do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, passa-se ao enfrentamento da *inflação contenciosa* vivida

¹ Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, consiste o postulado do processo civil de resultados na “consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo”. E segue: “Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 108).

desde o final do século XX, pela busca de soluções consensuais para a mais vasta gama de litígios que impregnam a vida cotidiana.

Esquadrinha-se, então, no segundo capítulo, o instituto da mediação, conceituando-o, classificando-o, reconhecendo seu objetivo, princípios e contexto de aplicação, além de verificar as distinções existentes em relação a métodos correlatos de solução de controvérsias, em especial, a negociação, a conciliação e a arbitragem.

Em um terceiro momento, passa-se à análise do direito estrangeiro, descrevendo como a mediação tem sido aplicada e quais os resultados que tem obtido em países como Argentina, França e Estados Unidos, entre outros.

No capítulo seguinte, intitulado exame crítico do ordenamento jurídico brasileiro, investiga-se a aplicação de soluções consensuais de conflitos no direito brasileiro. Analisa-se, no âmbito trabalhista, a utilização da mediação e, nas esferas do Código de Processo Civil de 1973, do Novo Código Civil, bem como dos Juizados Especiais, a aplicação da conciliação e da transação. Registra-se, ainda, a experiência de alguns tribunais nacionais, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, a título experimental, instituiu o Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição.

Por fim, submete-se à crítica o projeto de lei que pretende “institucionalizar a mediação extrajudicial voltada, ou trazida, ao processo civil de modo a potencializar a possibilidade de resolução de controvérsias para a regularização dos serviços judiciários, com substancial diminuição do tempo de espera gerado pela sobrecarga de trabalho dos magistrados e, ao mesmo tempo, estimular a participação popular na administração da justiça e pacificar os litigantes”.²

² Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 4.827/98, que institui e disciplina a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de solução de conflitos no processo civil.

Na conclusão questiona-se a utilidade e a viabilidade da utilização dos métodos não adversariais, notadamente da mediação, pelo sistema judiciário brasileiro na medida em que tais métodos complementares vêm ao encontro de um dos escopos da jurisdição, qual seja, o “de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça”³, sob a égide da instrumentalidade, consagrada diretriz do processo moderno.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*, p. 27.

PARTE I – OS CONTORNOS DOGMÁTICOS DA MEDIAÇÃO E A EXPERIÊNCIA JURÍDICA ESTRANGEIRA

1. A explosão de conflitos e a crise do Poder Judiciário na sociedade contemporânea

A discussão acerca das alternativas à jurisdição está intimamente ligada ao tema da crise jurisdicional, considerado este “no interior da questão relativa às crises do próprio Estado e às tentativas de sua reestruturação (...) seja no âmbito interno dos Estados-Nação, seja, hoje em dia, na discussão acerca da construção de um espaço supranacional para a solução de controvérsias”⁴.

Sempre foi tarefa do Poder Judiciário distribuir justiça⁵, reservando-se ao Estado o poder de solucionar as situações de conflito que naturalmente surgem na vida em sociedade, em virtude da inata escassez dos bens que estão nela disponíveis⁶. O processo, portanto, não surge do processo, senão de uma situação extra e meta processual, que ele está chamado a canalizar e resolver. Essa situação geradora do

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*, p.19.

⁵ Jose Luis Bolzan de Moraes verifica “que as idéias de conflito e de jurisdição possuem um liame bastante forte. Afinal, a jurisdição dirige-se, essencialmente, à eliminação (ou neutralização) do conflito de interesses existente (ou virtual) entre as partes” (MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*, p. 73). Neste mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 297: “Como função a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios.”

⁶ Cândido Rangel Dinamarco critica a tradicional conceituação de conflito argumentando que “o conceito de conflito não é muito claro em doutrina. A mais abalizada tentativa de defini-lo foi a que o envolveu na idéia de lide, apontada como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti). O conflito, elemento substancial da lide, seria representado pela incidência de interesses de dois ou mais sujeitos sobre o mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfazer a ambos, ou a todos esses interesses. A exteriorização do conflito, ou seu elemento formal, seria a tensão entre a exigência externada por um sujeito (pretensão) e a resistência oposta pelo outro. Essa construção, além de exageradamente ligada a relações de direito privado, dá destaque a algo que socialmente é quase indiferente, ou seja, ao conflito conforme definido pelo seu autor. Na vida social o que incomoda e aflige não é a teórica incidência de interesses sobre o bem, mas justamente as exigências não satisfeitas. Aí estão os conflitos que o processo visa a dirimir” (*Ibid.* p. 116-117).

processo é o litígio, entendido este como o conflito juridicamente transcendente que constitui o ponto de partida ou causa determinante de um processo, de uma autocomposição⁷ ou de uma autodefesa⁸. Produzido o litígio ou conflito, a solução ficará a cabo dos próprios litigantes ou da decisão imperativa de um terceiro.

Processo, autocomposição e autodefesa são, por conseguinte, os três possíveis desfechos de um litígio⁹. Contudo, isso não quer dizer que tais hipóteses estejam no mesmo plano, nem que apresentem as mesmas vantagens, nem que necessariamente se repilam¹⁰. No dizer de Eduardo Borges de Mattos Medina¹¹:

“(...) ao lançarmos luz sobre o direito processual, utilizando uma perspectiva histórica, percebemos que este se divide em quatro períodos, assim compreendidos: autodefesa, autocomposição, arbitragem e

⁷ Cândido Rangel Dinamarco classifica a autocomposição em unilateral e bilateral. Aquela dá-se nas modalidades de renúncia (CPC, art. 269, V e art. 794, III) ou submissão (reconhecimento do pedido, CPC, art. 269, II e art. 794, I). Esta fica evidente na transação (CC, art. 1025), já que caracterizada por concessões mútuas. Ordena-a, ainda, como espontânea ou induzida. “Autocomposição induzida é aquela a que se chega mediante a intercessão de uma terceira pessoa, dita conciliador ou mediador”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 119-123).

⁸ Para Cândido Rangel Dinamarco, a autotutela é vedada, em regra, por lei, não podendo, nem mesmo o Estado, valer-se dela, não obstante a auto-executoriedade dos atos administrativos, salvo casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, como, por exemplo, o exercício do direito de retenção (CC, art. 1219), o desforço imediato a uma moléstia possessória (CC, art. 1210, §1º) e, em geral, os atos de preservação de direitos (*Ibid.*, p. 120).

⁹ André Gomma de Azevedo escreve sobre o tema: “O direito processual, na sua vocação preponderante de servir como instrumento para a efetiva realização de direitos materiais, organiza-se, segundo a processualística atual, em torno de três formas de resolução de conflitos: autotutela (ou autodefesa), autocomposição e heterocomposição. (...) As formas acima descritas são os instrumentos por intermédio dos quais o ordenamento jurídico processual se mostra efetivo. Naturalmente, aplicam-se a essas formas de resolução de disputas todos os princípios processuais constitucionais (e.g. o princípio do devido processo legal, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões, do duplo grau de jurisdição e proibição da prova ilícita) que compõe nosso ordenamento jurídico processual. Isto porque princípios são, por definição, mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico – é o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Assim, definindo princípios como enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber pode-se afirmar que estes princípios, juntos, formam o conteúdo axiológico do ordenamento jurídico processual, sendo aplicáveis, portanto, a todas as formas de composição de disputas acima examinadas” (AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, p. 151-154).

¹⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 13.

¹¹ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*, p. 17.

processo¹². Não obstante cada uma dessas fases do direito processual haver ocupado etapas nítidas e distintas no tempo, seria ilusório acreditar que a passagem de um período ao outro deu-se de forma linear e contínua, como se fossem compartimentos estanques. (...). Isso significa que, em determinados momentos, coexistiram traços peculiares a um ou mais períodos diferentes, assim como características de etapas anteriores podiam ser encontradas em fases posteriores. Sendo assim, resta impreciso quando e em que medida cada período deixou de vigor, cedendo passo ao subsequente”.

A solução parcializada do litígio oferece duas perspectivas: ou os litigantes consentem o sacrifício de seu próprio interesse ou impõe o sacrifício do interesse alheio¹³. Na primeira hipótese, teremos a figura da autocomposição; no segundo caso, da autodefesa.

A solução dada por um terceiro - no caso das clássicas formas contenciosas, o Estado - virá, por seu turno, na figura de um processo contencioso, cuja finalidade será tipicamente repressiva. Contudo, fazer com que cesse a contenda processual não significa fazer com que cesse o conflito que lhe é imanente, senão compor-lhe mediante o direito¹⁴.

Neste cenário, o *conflito social* tido como “uma situação de concorrência, onde as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e

¹² Entre a arbitragem e a autocomposição está a mediação, que a primeira vista apresenta a estrutura daquela, mas que possui, na realidade, o conteúdo da segunda (e mais concretamente, de uma transação) já que, enquanto o árbitro resolve o litígio (está acima das partes), o mediador se limita a propor uma solução, que os litigantes podem aceitar, rejeitar ou modificar (está infra partes) (Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 75). Ademais, estas três figuras não são compartimentos estanques, nem tampouco territórios perfeitamente delimitados. Ao contrário: razões históricas ligadas ao fato de que a autocomposição e o processo sejam substitutivos da primitiva autodefesa, fazem com que subsistam neles reminiscências autodefensivas e que, a sua vez, ao ir paulatinamente limitando aquela, ou substituindo-a ou repercutindo entre si, tenham motivado entre todos uma vasta rede de entrecruzamentos. De mais a mais, a legítima defesa a cargo de um terceiro e a mediação oferecem semelhanças com o processo na medida em que há intervenção de partes e de um terceiro (Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 163)

¹³ *Ibid.*, p. 12, 13 e 18.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, p. 27.

na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra”¹⁵ permanecerá sem solução.

Se a finalidade do processo apóia-se em obter a justa composição do litígio¹⁶, a composição realizada pelo juiz - ou mesmo aquela realizada pelos próprios litigantes - não deve, simplesmente, consistir em estabelecer normas que disciplinem o conflito de interesses, mas sim em “produzir resultados práticos socialmente úteis, representados pela concreta atribuição de bens ou definição de condutas permitidas ou vedadas – ou seja, a eliminação do conflito e pacificação dos litigantes¹⁷”.

Ocorre que as estruturas tradicionais não mais se mostram capazes de solucionar o enorme número – e diversidade – de conflitos¹⁸ hoje existentes. Frente a uma sociedade de alta rotatividade, a morosidade decorrente da estrutura estatal é obstáculo inquestionável ao atual sistema jurisdicional: o excesso de causas, os custos dos pleitos, a demora nas decisões, o excesso de formalismos¹⁹ cultuados pelos códigos,

¹⁵ VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*, p. 19.

¹⁶ Ressalte-se, aqui, a menção feita por Francesco Carnelutti aos equivalentes jurisdicionais, ou seja, meios mediante os quais se pode atingir a composição da lide, por obra dos próprios litigantes ou de um particular desprovido de poder jurisdicional, exemplificativamente, a transação, a conciliação, a mediação e o processo arbitral. Veja-se, também, José Eduardo Carneira Alvim: “além do método estatal de resolução das lides, através do processo existem outras possíveis desembocaduras do litígio (Alcalá-Zamora y Castillo) dentre os quais a autocomposição (renúncia, reconhecimento, transação), a conciliação e a arbitragem. Algumas dessas formas de composição das lides (Carnelutti) podem ter lugar por ocasião do processo (intraprocessuais), quando adquirem colorido jurisdicional, que lhe é passado pela sentença de homologação. É o caso da transação e da conciliação. Outras são, verdadeiramente, extraprocessuais, afastando, em princípio, a jurisdição estatal. É o caso da arbitragem brasileira que, depois da Lei nº 9307/96, dispensa a homologação da sentença arbitral, dando-lhe força própria.” (ALVIM, José Eduardo Carneira. *Teoria Geral do Processo*, p. 55).

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 121-122.

¹⁸ Conforme Schnitman: "Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas" (SCHNITMAN, Dora Fried et al. *Novos Paradigmas em Mediação*, p. 170).

¹⁹ Sobre o tema, leia-se: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo. n. 137, p. 07-31.

entre outros tantos fatores, levam o Poder Judiciário à tão questionada ausência de efetividade.

Michele Taruffo,²⁰ examinando o desgaste que afeta muitas legislações processuais, aponta alguns fenômenos da crise de funcionalidade²¹ da lei processual e da crise de efetividade da tutela jurisdicional²² e discorre acerca dos métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR - *Alternative Dispute Resolution*), bem como inclui, entre eles, além da figura tradicional da arbitragem, uma série de instrumentos de mediação e conciliação.

Nas palavras do processualista italiano, o fenômeno é tão evidente e tão grave que em muitos casos é o próprio legislador estatal quem prevê estas alternativas, com a esperança de que muitas controvérsias se resolverão *fora* do processo, reduzindo em alguma medida as dimensões da crise de funcionalidade da justiça ordinária. Contudo, muito embora admita ser impossível prescindir dos instrumentos das ADR, adverte: 1) o crescente uso das ADR não é um fator positivo, senão um sinal evidente da crise da justiça ordinária, é um sinal de patologia, não de saúde do sistema processual; e 2) nem tudo é bom no âmbito das ADR, pois há inconvenientes, injustiças, degenerações e desigualdades no funcionamento de muitos instrumentos alternativos, sendo absurdo depositar neles uma confiança indiscriminada²³.

Frise-se que não só houve um desenvolvimento quantitativo, mas também qualitativo da litigiosidade. A população, hoje, é mais bem informada de seus

²⁰ TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*". p. 311-320.

²¹ Michele Taruffo, ao lado da crise de funcionalidade, traz à baila questões relativas à crise de coerência da lei processual, como a escassa possibilidade de assegurar a ordem e a unidade da lei processual, sua crescente incompletude, bem como a crescente complexidade da legislação. (*Ibid.* p.311-320).

²² Derivada essencialmente dos atrasos cada vez maiores da justiça, frente a crescente necessidade de soluções rápidas e eficazes das controvérsias.

²³ *Ibid.* p. 316.

direitos que no século passado e não hesita em buscar soluções perante o Poder Judiciário. Além do mais, em nossos dias, a grande maioria dos processos envolve questões que impregnam nossa vida cotidiana – ao contrário do que ocorria no século XIX, quando as demandas versavam sobre questões patrimoniais que não exigiam solução imediata – ou seja, “sociologicamente, o processo deslocou-se na direção de camadas populacionais de condições mais modestas, que vivem de seus ganhos e são comumente designadas por ‘classes médias’”²⁴.

Sob outra ótica, para Nicola Picardi²⁵ com a passagem do Estado liberal clássico para o Estado social de direito, os deveres dos Poderes Legislativo e Executivo multiplicaram-se levando, entretanto, a um incremento do poder dos juízes em razão de uma inflação legislativa não consistente apenas na multiplicação das leis, mas também em sua desvalorização, o que, ao final, acabou por provocar a diminuição da efetividade dessas próprias leis: quanto maior o número de regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas no ordenamento jurídico. Nesta moldura, crescente é a atividade integrativa da jurisprudência (de fato, atribui-se ao juiz um poder criativo, verificando-se uma função de colaboração entre o legislador e o juiz na produção do direito), a qual alcança conotação política e social, bem como papel de suma importância na democracia contemporânea.

De todo modo, frente ao crescente número de demandas direcionadas ao Poder Judiciário e ao estrangulamento do sistema, críticas não faltam à morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais e suas nefastas conseqüências, que

²⁴ PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, p. 204-205.

²⁵ PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione*, p. 44-45, 53.

acabam por gerar “na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos”²⁶.

À vista desta *inflação contenciosa*, têm os processualistas dado ênfase, de um lado, às tentativas de descomplicação do próprio processo (*deformalização do processo*), tornando-o mais ágil, mais rápido, mais direto, mais acessível, e de outro lado, às tentativas de busca da *deformalização das controvérsias*, por meio dos equivalentes jurisdicionais²⁷. Assim, cada vez maior é o número daqueles que defendem a aplicação de soluções alternativas aos litígios, em especial a conciliação e a mediação. Entre eles, Ada Pellegrini Grinover traz a idéia de *racionalização na distribuição da Justiça* pela “atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados de mediação, ainda que facultativos.”²⁸

A problemática ora exposta não é um privilégio brasileiro. Formou-se, há certo tempo, em todo o mundo, uma forte onda a favor da revitalização dos sistemas de autocomposição (como a mediação²⁹ e a conciliação) ou de heterocomposição (como a arbitragem) de conflitos, surgindo um movimento universal de acesso à Justiça, na

²⁶ BASSO, Maristela. *A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente*, p. 17.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, p. 93-95.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Participação e Processo*, p. 282.

²⁹ Discute-se a inclusão da mediação entre os meios autocompositivos ou entre os meios heterocompositivos de resolução de conflitos, “visto que pelo primeiro modo de ver o mediador tão-só aproximaria as partes em direção a uma negociação eficiente, sem nada suggestionar ou decidir, ao passo que pelo segundo ponto de vista, o mediador seria um terceiro suprapartes, elaborador de propostas idôneas à solução do litígio” (PIRES, Amom Albernaz. *Mediação e Conciliação – Breves reflexões para uma conceituação adequada*, p. 138). Maurício Godinho Delgado coloca como modalidades de autocomposição a renúncia, a aceitação e a transação e como modalidades de heterocomposição, a jurisdição, a arbitragem, a conciliação e, também, de certo modo, a mediação ao argumento de que “na autocomposição, apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma *sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes*. Já na heterocomposição, ao contrário, dá-se a intervenção de uma *agente exterior* aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo, como já exposto, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica” (DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*, p. 665).

tentativa de superar a crise, por meio da adoção do sentido de que a normatividade do direito deixasse de ser o componente mais importante, cedendo espaço ao “povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos”³⁰.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³¹ salienta, neste ponto, a consciência da dimensão social do processo, que foi denominada por Mauro Cappelletti de *revolução copérnica*, porque rompe com a impositação tradicional, deixando o processualista de concentrar sua atenção sobre o direito como norma, para atentar para sua efetividade no mundo real e passar a examiná-lo pelo ângulo visual dos usuários dos serviços processuais³².

Ressalta o mestre italiano a existência de três obstáculos que necessitam ser superados no âmbito do processo civil: 1) o obstáculo econômico, entendido como a pobreza de muitas pessoas que, por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso têm à informação e à representação adequada; 2) o obstáculo organizacional, eis que necessários expedientes destinados a proporcionar tutela efetiva aos chamados novos direitos: direitos e interesses difusos e coletivos; e 3) o obstáculo processual, representado pelo “fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos”³³.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro de movimento universal de acesso à justiça*, p.83.

³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Mauro Cappelletti e o direito processual brasileiro*, p.47-48.

³² Eugenio Raúl Zaffaroni atenta, ainda, para o caráter político do Poder Judiciário: “O limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado moderno. A justiça moderna não pode ser ‘apolítica’ nesse sentido, e hoje mais do que nunca deve-se reconhecer que o poder judiciário é ‘governo’.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*, p. 24).

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro de movimento universal de acesso à justiça*, p. 87.

E é justamente aqui, como forma de superação deste terceiro obstáculo, que (re)surge³⁴ a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, notadamente da mediação, como formas conciliatórias, não contenciosas - denominadas de justiça coexistencial ou justiça conciliatória – que buscam soluções mais efetivas para os litígios sociais, na medida em que almejam preservar a relação por visualizar o conflito como algo temporário e não como causa de ruptura definitiva das relações sociais.³⁵

Ainda sobre o movimento testemunhado na generalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos, caracterizado como universalização da jurisdição na busca de assistência jurídica integral aos necessitados, na abrangência de conflitos antes excluídos de qualquer tutela judicial e no aperfeiçoamento técnico dos mecanismos internos do processo, afirma Cândido Rangel Dinamarco:

“universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não-jurisdicionalizáveis. Que o universo das situações litigiosas aflitivas dos membros da população possa, na maior medida aconselhada pela visão realista e racional do contexto, ser canalizado ao processo para a efetividade das promessas de tutela jurisdicional solenemente celebradas na Constituição”³⁶.

Em suma, o mito da exclusividade do Estado e da sua jurisdição como meio de solução de conflitos³⁷, baseado no modelo conflitual (em oposição ao modelo

³⁴ Ângela Hara Buonomo Mendonça leciona que “a história nos revela que as soluções de conflitos entre grupos humanos se efetivaram, de forma constante e variável, através da mediação. Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas têm longa e efetiva tradição em seu uso. É uma prática antiga, identificada já no Velho Testamento, embora seja comum ser rerepresentada como um novo paradigma, uma inovadora metodologia de resolução de conflitos” (MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*, p. 142-153).

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro de movimento universal de acesso à justiça*, p. 90.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 113.

³⁷ Sobre o tema, ainda com Cândido Rangel Dinamarco: “A absorção estatal do poder de solucionar conflitos interindividuais deu-se mediante a instauração das *cognitiones extra ordinem*, que ingressaram

consensual, no qual é permitido o debate direto entre as partes na busca da melhor solução para o conflito) não mais se sustenta. Muito embora a jurisdição caracterize-se pelo escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios, as vantagens das soluções ditas alternativas (arbitragem, conciliação, mediação, entre outras) “consistem principalmente em evitar as dificuldades que empecem e dificultam a tutela jurisdicional, a saber: a) o custo financeiro do processo (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias, etc.); b) a excessiva duração dos trâmites processuais, que muitas vezes causa a diluição da utilidade do resultado final; e c) o necessário cumprimento das formas processuais, com a irracional tendência de muitos a favorecer o formalismo”.³⁸

Por óbvio, na busca da solução consensual todos tiram proveito: “primeiro o jurisdicionado que economizará as despesas de um processo, e em seguida a Justiça, que se espera fique liberada de certo número de causas”.³⁹

no sistema processual romano por volta do séc. III DC. Passou-se do sistema conhecido por *ordo judiciorum privatorum*, em que o julgamento era feito pelo *judex*, cidadão privado e verdadeiro árbitro, para um sistema em que o próprio *proetor* passou a instruir o processo e julgar a causa. Esse movimento, que correspondia à afirmação do poder estatal antes insuficiente para impor-se aos particulares com a marca da inevitabilidade (o processo era um contrato entre as partes), foi o grande responsável pelo mito da exclusividade do Estado e da sua jurisdição como meio de solução de conflitos” (*Ibid.* p. 118).

³⁸ *Ibid.*, p. 124. Veja-se, também, a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o processo não se presta tão-somente para a elaboração de uma decisão, e nem esta se legitima só por ter sido imposta segundo os cânones do rito, mas também por ter feito justiça” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. p. 187).

³⁹ PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, p. 208-209.

2. A mediação

2.1 Conceituação e classificação

Quando as partes não conseguem resolver sua disputa por meio do debate e da negociação, o próximo passo é procurar a ajuda de um terceiro que facilite a comunicação e a busca da solução. “Mediação” é justamente o termo genérico utilizado para descrever a intervenção de terceiros no processo de resolução de controvérsias⁴⁰.

Trata-se de método de resolução de conflitos no qual um terceiro, imparcial, dá assistência às pessoas em litígio com a finalidade de que possam manter uma comunicação produtiva à procura de um acordo possível para elas.

Distingue-se, todavia, de outros métodos de solução de conflitos, especialmente da arbitragem, pela ausência de poder de resolução nas mãos deste terceiro: são as partes que tomam as decisões. O mediador não é mais do que um conselheiro imparcial e de confiança das partes. Cabe-lhe a tarefa de conduzir os interessados à solução do litígio, através da descoberta de seus reais interesses, mantendo – na medida do possível – intocado o relacionamento que as une.

É que, em matéria de mediação, a tônica está mais na busca de um consenso sobre as relações ou comportamentos futuros do que na procura de responsáveis pelos acontecimentos do passado. De fato, a preocupação, aqui, reside na manutenção de relacionamentos que estão por vir, porque a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito, ao invés daquela dominante no processo judicial, que corresponde a uma solução imediatista do problema apresentado, limitada

⁴⁰ MURRAY, John S. *Processes of dispute resolution: the role of lawyers*, p. 293 (tradução livre).

ao objeto do processo. Neste sentido, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt esclarece não se limitar a mediação simplesmente à gestão dos conflitos, ela se inscreve por mais, em uma visão maior de recomposição dos relacionamentos sociais, de novas relações entre os indivíduos⁴¹.

José Luis Bolzan de Moraes, classificando-a como espécie do gênero justiça consensual, define mediação como um mecanismo para solução de conflitos através da gestão dos mesmos pelas próprias partes⁴², para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos⁴³. Trata-se, portanto, de um processo pelo qual um terceiro neutro tenta por meio da organização de trocas entre as partes permitir que elas confrontem seus pontos de vista e encontrem com sua ajuda uma solução para o conflito que as rivaliza⁴⁴.

Para John W. Cooley, “a mediação pode ser definida como um processo em que um terceiro desinteressado (ou parte neutra) ajuda os contendores na consecução de um acerto voluntário quanto a suas diferenças por meio de um acordo que pauta seu comportamento futuro.”⁴⁵

Roberto Portugal Bacellar conceitua-a como “arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro – mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que as vinculam”. Para ele, “a mediação pode ser definida como técnica ‘lato senso’ que se destina a aproximar

⁴¹ Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre. *La médiation: une justice douce*. p. 197 (tradução livre).

⁴² Para Juan Carlos Vezzulla, “a Mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem” (VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*, p. 16).

⁴³ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*, p.145.

⁴⁴ BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La médiation: une justice douce*, p. 16-17 (tradução livre).

⁴⁵ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, p. 24.

peessoas interessadas na resolução de um conflito e induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”.⁴⁶

Em essência, mediação é uma fórmula não adversarial de solução de conflitos na qual um terceiro, imparcial, auxilia as partes, por elas próprias, a chegarem a um acordo entre si, através de um processo estruturado⁴⁷.

Sua classificação, contudo, difere em razão do objeto e das inúmeras espécies de processo que pode adotar.

Nos Estados Unidos, além da mediação comunitária – “iniciada como projeto das comunidades que intencionavam encontrar meios de solução de conflitos para aperfeiçoar e auxiliar o sistema legal vigente”⁴⁸ - , há a mediação judicial e a mediação extrajudicial, “sendo a primeira realizada dentro do processo judicial, nas Cortes americanas, e a segunda, extrajudicial, realizada por centros especializados em mediação de conflitos”⁴⁹.

Na França, a mediação é institucional ou cidadã. “Na primeira, os mediadores são escolhidos pelas instituições (como o Poder Judiciário ou as empresas) e

⁴⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – A nova mediação paraprocessual*, p. 173-174.

⁴⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*, p. 35.

⁴⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p.126. Ademais, a autora, professora da Universidade de Fortaleza, leciona que “grande parte dos conflitos levados à mediação comunitária versa sobre problemas entre vizinhos e problemas comunitários, dada à proximidade das pessoas. Conflitos familiares também são comuns e em boa parte os mediadores comunitários são especializados em mediação familiar. A mediação comunitária também oferece o ensino da mediação em escolas, evitando violência juvenil, por acreditar que quanto mais cedo for desenvolvida a habilidade de comunicação e de resolução de conflito, mais cedo os indivíduos poderão solucionar seus problemas, aperfeiçoando os relacionamentos. Os programas de mediação comunitária têm oferecido também a mediação entre vítima e criminoso (victim offender), possibilitando o diálogo”. Ressaltando realizar-se a mediação comunitária dentro dos bairros periféricos, prossegue a autora: “A mediação comunitária em países como os Estados Unidos da América tem a conotação um pouco diferenciada da mediação comunitária no Brasil, visto que as condições de vida naquele país são melhores. Em face disto, a mediação comunitária é caracterizada muito mais por sua localização do que em função do *status quo* de seu público-alvo. Evidentemente que a essência da mediação é a mesma – buscar a solução do conflito por meio do diálogo e da colaboração das partes envolvidas.” (*Ibid.*, p. 135)

⁴⁹ *Ibid.* p. 126.

na segunda os mediadores são formados dentro da sociedade, propostos por associações livres, por cidadãos a outros cidadãos”⁵⁰.

Na Argentina, fala-se, ainda, em mediação prévia ao juízo: por tal procedimento, retarda-se o acesso à jurisdição para promover a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia. Trata-se de evitar o ingresso na via judicial pela autocomposição do litígio⁵¹.

No Brasil, até o momento, há legislação específica sobre o tema apenas no âmbito do Direito do Trabalho, que prevê hipóteses de mediação pública e privada, assim classificadas em razão do profissional que presta o serviço de mediação: público (servidor do Ministério do Trabalho) ou privado (escolha das partes). Para os demais ramos do Direito, o Projeto de Lei n. 4.827/1998⁵² prevê duas hipóteses de mediação: a

⁵⁰ *Ibid.* p. 116.

⁵¹ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación Y Conciliación*, p 74-75.

⁵² Adolfo Braga Neto, presidente do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (Imab), em artigo intitulado *Mediação de conflitos e legislação brasileira* relata: “Desde 1998, tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 4.827 que trata da mediação como um todo. Constitui-se na primeira tentativa de defini-la como método de resolução de conflito em qualquer matéria "que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para os fins que consiste a lei civil ou penal". Este projeto, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça daquela casa e posteriormente pelo plenário da Câmara de Deputados, e hoje se encontra na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal sob a relatoria do senador Pedro Simon. Seu conteúdo reflete a simplicidade inerente à atividade. Traz sua definição e permite ser utilizada a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele. Cria a figura do mediador judicial, com qualificações semelhantes ao perito judicial, e possibilita ao juiz togado "convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação judicial ou extrajudicial". Além disso, estabelece um código de ética para o mediador, que se constitui em qualquer pessoa capaz, que possua formação técnica, não esclarecendo, no entanto, em como consistiria esta formação técnica, o que demandaria uma regulamentação específica. Em setembro de 2003, o Ministério da Justiça, através da Secretaria Especial da Reforma do Judiciário, realizou uma audiência pública que reuniu as instituições e profissionais atuantes na área, membros da comissão que elaborou o projeto de lei acima citado e membros da comissão encabeçada pela Associação Brasileira de Direito Processual, que haviam elaborado outro texto tornado público em São Paulo em novembro de 2000. Este último, até então, vinha recebendo sugestões para seu aperfeiçoamento. Na referida audiência pública, surgiu a idéia de construir um texto único, denominado **versão consensuada, que cria dois tipos de mediação, a saber: a extrajudicial e a paraprocessual** (mediação realizada no âmbito judicial). A primeira seria aquela realizada por instituições e mediadores independentes, que não recebem qualquer regramento por parte do referido projeto, e o acordo nela originado recebe o caráter de título executivo extrajudicial. **Já a segunda, realizada somente por advogados no âmbito do processo judicial, se subdivide em outros dois tipos: a mediação prévia e a mediação incidental.** A primeira poderá ocorrer a pedido de uma parte antes de iniciar um processo judicial. É voluntária e poderá utilizar mediador judicial ou extrajudicial incluído na lista daqueles registrados junto ao Tribunal de Justiça. A segunda é obrigatória e deverá ser realizada após a distribuição da petição inicial. Nela se dá a

extrajudicial e a paraprocessual, subdividindo-se esta em mediação prévia e mediação incidental. Neste sentido, eis o conteúdo da exposição de motivos do anteprojeto de lei que trata da mediação paraprocessual no processo civil brasileiro:

“ (...) O projeto investe em duas modalidades de mediação: a primeira, denominada mediação prévia (que será sempre facultativa), permite ao litigante, antes mesmo de ajuizar demanda, procurar o auxílio de um mediador para resolver o conflito de interesses; a segunda, incidental (e cuja tentativa é obrigatória), terá lugar sempre que for distribuída demanda (excepcionadas as causas arroladas no art. 5º da lei) sem prévia tentativa de mediação, de sorte que, obtido o acordo, se extinguirá o processo sem a necessidade de intervenção do juiz estatal.”⁵³

Por fim, necessário ainda referir a classificação apresentada por Michèle Guillaume-Hofnung,⁵⁴ na obra “La Médiation” publicada em Paris, no ano de 1995, na qual são identificadas duas grandes formas de mediação: a mediação conflitual e a mediação não conflitual (“mediação de desavenças” e “mediação de diferenças”).

A “mediação de diferenças”, na classificação apresentada por Guillaume-Hofnung, é a mediação que ocorre no dia-a-dia, fruto das diferenças que compõem a base de toda construção social. Esta mediação se produz quotidianamente sem que seja percebida - uma vez que a vida social não descarta o conflito – criando novos laços entre pessoas ou grupos (“mediação criadora”) ou fortalecendo laços já existentes (“mediação renovadora”). De outro lado, a “mediação de desavenças” surge sob o domínio do conflito na tentativa de evitá-lo (“mediação preventiva”) ou solucioná-lo (“mediação reparadora”).

prerrogativa do juiz togado para indicação do mediador da questão e obriga à co-mediação com psiquiatra, psicólogo ou assistente social quando o conflito versar sobre direito de família". (grifos nossos).

⁵³ Cadernos IBDP – Série Propostas Legislativas, v. 3, agosto de 2003.

⁵⁴ GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *La médiation*, p. 71-74.

Em razão disso, o autor francês define mediação como um modo de construção e de gestão da vida social por meio da intromissão de um terceiro, neutro e independente, cuja missão fundamental é restabelecer a comunicação entre as partes.

2.2. Objetivo

O objetivo da mediação é a solução do conflito buscando satisfazer as necessidades das partes em litígio e de terceiros envolvidos direta ou indiretamente por meio de uma resolução conjunta dos problemas (solução integradora ou solução ganha-ganha).⁵⁵

Para tanto, procura-se resolver o conflito existente de forma integral: não apenas o conflito *processual*, mas também aquele *social*. Contrariamente ao modelo adversarial (judicial), a mediação permite resolver o litígio pela análise das verdadeiras causas que o originaram⁵⁶, sem as limitações impostas pelas regras que regem o processo e, em especial, limitam seu objeto.

⁵⁵ HOROWITZ, Sara. *Conflicto y negociación*, p. 132-133.

⁵⁶ John W. Cooley esclarece que “nos termos das regras do jogo da mediação, as posições jurídicas das partes participantes são secundárias e, às vezes, irrelevantes. Se chegarem a ser tratadas, as posições jurídicas das partes participantes são discutidas em termos de sua validade potencial, normalmente sujeita a ampla especulação. Contrariamente ao jogo do julgamento, no jogo da mediação as partes participantes estão preocupadas com suas posições negociadoras, e não com suas posições jurídicas. As posições negociadoras são definidas pelas questões de negociação das partes participantes que, por sua vez, são formadas a partir das necessidades e dos interesses básicos dos participantes ou por suas esperanças e seus receios conscientes ou inconscientes ligados à proteção daquelas necessidades e daqueles interesses. Enquanto as posições jurídicas raramente mudam, as posições negociadoras podem mudar a qualquer momento. Seu objetivo geral no jogo da mediação não é, como no jogo do julgamento, ver as posições jurídicas de seu participante declaradas válidas ou inválidas por um participante desinteressado. Antes, seu objetivo geral é chegar a um acordo que ratifique tantas das posições negociadoras finais de seu participante quanto possível – para satisfazer a tantas das necessidades e a tantos dos interesses daquele participante quanto possível. Para fazer isso, muitas vezes você também tem de descobrir maneiras de satisfazer às necessidades e aos interesses do participante oposto. Assim, na preparação para o jogo da mediação, você deve ter o entendimento mais claro possível das necessidades e dos interesses específicos de todas as partes participantes, que são as origens potenciais de suas posições negociadoras. Você também precisa entender que recursos podem estar disponíveis para satisfazer às necessidades e aos interesses específicos das partes. A pergunta óbvia passa a ser, então, quais são as necessidades e os interesses? As necessidades básicas são os interesses humanos mais fortes e geralmente se enquadram em cinco categorias: econômicas, emocionais, psicológicas, físicas e sociais. As necessidades básicas são interesses subjacentes, alguns compatíveis, alguns justapostos, alguns conflitantes. Mesmo quando as partes percebem que suas necessidades são puramente econômicas e procuram uma solução totalmente monetária (distributiva), muitas vezes seus interesses subjacentes são compatíveis e justapostos quando são identificados e expressos em termos de valor em vez de em moeda. Esses interesses refletem desejos ou preocupações das partes e formam a base de suas posições negociadoras. Mesmo em casos de dano, que normalmente se considera terem apenas soluções puramente monetárias, as partes podem compartilhar interesses compatíveis ou justapostos: o montante em discussão, o custo da recuperação, o tempo para pagamento, a taxa de câmbio, o método de pagamento (anuidade, etc), a identidade dos

É que o juiz deve ajustar sua decisão a um conjunto determinado de ações normativas e, por isso, uma parte será ganhadora ao passo que a outra será perdedora - algumas vezes ambas serão parcialmente ganhadoras e perdedoras -, mas nunca ambas serão ganhadoras (este resultado tem sido denominado de *jogos de soma zero*).⁵⁷

A mediação – como mecanismo de resolução alternativa de conflitos – permite às partes, mediante técnicas de negociação cooperativa, obter uma solução denominada *ganha-ganha*, devido à possibilidade de satisfação de ambos os interesses. A menos que as partes assumam uma forma cooperativa de encarar o conflito, é impossível obter este tipo de solução⁵⁸, a qual por ser alcançada por meio da identificação das necessidades e dos interesses de todos os envolvidos é particularmente apropriada à resolução de conflitos entre partes que mantenham relações continuadas sejam estas familiares, comerciais ou meramente sociais (como nos casos que envolvem direito de vizinhança).

Na lição de Roberto Portugal Bacellar, “a mediação procura valorizar os laços fundamentais de relacionamento, incentivar o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução da lide, para ao final, extrair, como consequência natural do processo, os verdadeiros interesses em conflito”⁵⁹.

Como já ressaltado, a decisão provém das próprias partes. Não há vencedores nem vencidos e isso facilita a continuidade das relações sem deteriorá-las,

recipiendários dos pagamentos, o pagamento em espécie, o pagamento em serviços, o pagamento em imóveis e considerações tributárias ou tarifárias” (COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, p. 82-84).

⁵⁷ ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*, p. 36.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – A nova mediação paraprocessual*, p. 186.

sejam estas familiares, laborais, comerciais ou empresariais. Também facilita seu cumprimento, pois as partes sentem-se inclinadas a efetivar o que elas mesmas pactuaram⁶⁰.

Para Dora Fried Schitman, nossa cultura, equivocadamente, privilegia “o paradigma ganhar-perder, que funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ‘ganhadora’, e outra, ‘perdedora’. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais”⁶¹. De outro lado, os métodos não adversariais de solução de controvérsias - em oposição ao modelo ganhar-perder – conduzem à “co-participação responsável, admitem a consideração e o reconhecimento da singularidade de cada participante no conflito, consideram a possibilidade de ganhar conjuntamente, de construir o comum e assentar as bases de soluções efetivas que legitimem a participação de todos os setores envolvidos”⁶².

⁶⁰ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 41-42.

⁶¹ SCHNITAMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas na resolução de conflitos*, p. 17.

⁶² *Ibid.* p. 17-18.

2.3. Métodos correlatos à mediação: negociação, conciliação e arbitragem

Negociação é a denominação genérica das mais variadas formas não-adversariais de solução de controvérsias provenientes de acordo firmado entre as partes envolvidas. Pode se dar de forma direta – aquela que é realizada diretamente pelas partes – ou de forma indireta, quando um terceiro intervém no processo negocial.

Em razão destas diferenças, tem-se dividido a negociação em dois grandes grupos: judicial – quando formalizada dentro de um processo - e extrajudicial. A negociação judicial, em regra, é denominada conciliação⁶³ - muito embora nossa legislação utilize, também, o termo transação⁶⁴ - ao passo que a negociação extrajudicial, quando direta, chama-se transação⁶⁵. A negociação extrajudicial assistida é a mediação – ressalva feita aos sistemas jurídicos que adotam a mediação judicial, como, por exemplo, o francês, o americano e o argentino.

Neste panorama, necessária uma breve abordagem sobre cada um dos atos e métodos compositivos acima referidos.

De modo genérico, *conciliação* é toda forma de ajuste entre demandantes para pôr fim à sua demanda. Para Roberto Portugal Bacellar, “a conciliação é o acordo de vontades, em que as pessoas fazem concessões mútuas a fim de solucionar o conflito. (...) trata superficialmente da questão trazida pelos interessados e enfoca os aspectos objetivos e limitados da controvérsia. O conciliador, na conciliação, tem atuação mais

⁶³ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación Y Conciliación*, p. 24.

⁶⁴ Vide o Código Civil nos arts. 840 a 853 e o Código de Processo Civil nos arts. 26, § 2º; 53; 269, III; 475-N, III, 485, VIII; 741, VI; 746; 794, II; 820, III; e 992, II.

⁶⁵ Para Juan Carlos G. Dupuis, transação é o ato jurídico bilateral mediante o qual as partes, fazendo concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas, sem que para isso ocorra a intervenção de um terceiro neutral. (DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación Y Conciliación*, p. 25-26). Neste mesmo sentido, dispõe o art. 840 do Código Civil Brasileiro: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

ativa no mérito da questão, facilitando, sugerindo soluções, orientando os interessados, até mesmo sobre enfoques jurídicos.”⁶⁶

José Maria Rossani Garcez esclarece que “no Brasil, a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial⁶⁷, sendo exercida por juizes⁶⁸, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente”⁶⁹.

Nesta esteira, Jose Luis Bolzan de Moraes afirma perceber-se, na conciliação, “igualmente a figura de um terceiro interlocutor que proporcionará o debate entre as partes, só que, no entanto, este conciliador se limitará a receber as propostas de

⁶⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – A nova mediação paraprocessual*, p. 175.

⁶⁷ Anote-se, no tocante à conciliação e à jurisdição, a lição de Athos Gusmão Carneiro: “A conciliação, é certo, tem em comum com a jurisdição quer o ponto de partida como o de chegada: a existência de uma lide e, pois, de *partes* em conflito (...); e, como resultado comum, visam a composição do litígio, o que é o mesmo fim, nem mais nem menos, visando pela sentença de mérito. (...) Conciliação e sentença apresentam, assim, este dado fundamental comum, de que agem simultânea e imediatamente ‘sulla lite e sul processo’ (...) Assinalam alguns, como ponto distintivo fundamental, que na conciliação o conteúdo do ato resolutório da lide não provém, em última análise, da vontade do Estado mas sim da vontade das partes: seria, destarte, a conciliação uma ‘zona extrema, o di confine, della giurisdizione contenziosa’ (...) em suma, um ‘equivalente jurisdicional’, na classificação carnelutiana (...)”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *A Conciliação no novo Código de Processo Civil*, p. 90).

⁶⁸ Roger Perrot critica, neste ponto, o sistema judicial francês, no qual também integra a missão do juiz conciliar as partes, aduzindo ser a realização desse voto infinitamente mais difícil. “Prova, com efeito, a experiência, que o juiz muito raramente consegue cumprir tal missão, que exige de sua parte grande disponibilidade, para a qual com freqüência lhe falta tempo; de outro lado, nem sempre o juiz é a pessoa mais bem situada para sugerir uma solução de compromisso que se arriscaria a ser interpretada, no espírito dos litigantes, como uma sorte de julgamento antecipado. Daí a idéia de que talvez seja preferível recorrer a personalidades externas, que não são juízes, mas que dispõem da confiança das partes e procurarão com elas um terreno de entendimento possível, seja antes do processo (conciliação), seja no respectivo curso (mediação)”. (PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, p. 209).

⁶⁹ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*, p. 49.

uma e de outra das partes, tentando, para fazer jus ao nome do instituto, conciliar os envolvidos na relação de atrito”⁷⁰.

Cândido Rangel Dinamarco define *conciliação* como “atividade do juiz destinada a aproximar as partes, aconselhando-as e mostrando-lhes os males de pendência do processo, com vista a obter autocomposição. É também o resultado desta atividade, pelo qual o litígio é eliminado, os litigantes pacificados e o objetivo social da jurisdição, cumprido”⁷¹. Ainda com o professor da Universidade de São Paulo:

“O vocábulo conciliação não tem sentido unívoco em direito processual. As partes estão conciliadas quando realizam a transação ou quando o réu reconhece o pedido ou o autor renuncia ao direito afirmado – e nesses casos extingue-se o processo, segundo a lei, com julgamento do mérito (art. 269, incs. II, III e V). Conciliam-se também mediante a simples desistência da ação, que causa a extinção do processo e não impede a repropositura da demanda (arts. 28 e 268) ou até mesmo pelo acordo feito para o fim de suspender o processo por algum tempo, à espera de uma possível negociação (art. 265, inc. I) etc.”⁷².

No Brasil, ao contrário da mediação, a conciliação é objeto de ampla regulamentação, constando no atual Código de Processo Civil, do qual pode-se citar os artigos 125, 277, 331, 447, 448, 449 e 475-N, além de figurar como princípio norteador da legislação que regulamenta os Juizados Especiais, seja no âmbito estadual, seja no âmbito federal. De fato, ela foi tida como uma das primeiras alternativas para solucionar o acúmulo de feitos que assolava o Poder Judiciário, em especial, no primeiro grau de jurisdição⁷³.

⁷⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*, p. 118.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 560.

⁷² *Ibid*, p 560-561.

⁷³ Registre-se a identificação, na sociedade pós-industrial e nos países em desenvolvimento, do surgimento de uma *cultura de conciliação* indicativa da “institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados”(GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*, p. 277-278).

Contudo, apesar de louváveis tentativas, a conciliação endoprocessual não tem alcançado, de forma plena, os objetivos a que se propôs, pois, no sistema atual, inexistem formas de a máquina estatal atender o excesso de demandas que a sociedade moderna lhe apresenta. Isso, para alguns, implicaria a “desjudicialização do conflito, retirando-o do âmbito da função jurisdicional do Estado e afastando-o, até mesmo, das técnicas judiciárias de conciliação, colocadas à disposição do julgador tradicional, ou seja, a mediação judiciária.”⁷⁴

De outro lado, dentre as formas heterocompositivas de solução de conflitos encontra-se a arbitragem, “que historicamente teria surgido antes mesmo da jurisdição estatal”⁷⁵.

Definida por Carlos Alberto Carmona como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”⁷⁶, é mecanismo privado de solução de litígios, que em muito difere da mediação e da conciliação em razão da “característica impositiva da solução arbitral.”⁷⁷

Outro não é o entendimento de José Maria Rossani Garcez⁷⁸:

“... a arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por

⁷⁴ MORAIS, José Luis Bolzan. *Crise da jurisdição e acesso à justiça - uma questão recorrente*, p. 283-284.

⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição*, p. 33.

⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*, p. 43.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 43-44.

⁷⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*, p. 67.

delegação expressa destas resultante de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado”.

Para John W. Cooley, a principal distinção entre a mediação e a arbitragem residiria em “quem toma a decisão que promove a resolução da disputa para as partes. Na mediação, as partes participam de um processo conjunto de tomada de decisão e tomam elas próprias a decisão. Na arbitragem, as partes abrem mão de seu direito à tomada de decisão em favor da parte neutra, que toma a decisão por elas⁷⁹”.

Assim, enquanto o árbitro tem o papel de determinar o que está certo ou errado, o mediador tenta levar as partes ao consenso, “independentemente de quem ou o que está certo ou errado”⁸⁰.

No Brasil, desde o Decreto n. 737, de 1850, há previsão legal acerca do instituto da arbitragem, muito embora tenha o mesmo restado marginalizado ao longo de todos estes anos até que, em 1996, a Lei n. 9.307 deu-lhe nova roupagem, tentando, com ela, apresentar uma alternativa à crise que assola o Poder Judiciário.

A atual Lei n. 9.307 tem sua gênese na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional UNCITRAL (LM), cujo objetivo foi, ao invés de unificar a matéria através de uma convenção internacional, buscar a harmonização das diversas legislações internas. Por este motivo, a partir de 1996, no Brasil, não se faz mais distinção entre arbitragem interna e internacional, não se exigiu mais, no caso dessa última, a homologação judiciária do laudo arbitral estrangeiro no país onde foi proferido, assim como não se exigiu mais como condição de validade do juízo arbitral nacional a existência do *compromisso arbitral* celebrado pelas partes.

⁷⁹ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, p. 24-25

⁸⁰ *Ibid.*, p. 27.

De outra banda, a maior característica da Lei n. 9.307/96 está na amplitude dada à autonomia da vontade⁸¹, concedendo ao árbitro poderes para escolher a lei aplicável ao caso concreto, poderes para instruir a causa com maior liberdade, poder de escolher o procedimento mais adequado à causa e até mesmo poderes para julgar por equidade. Além disso, foi facultado às partes o poder de escolha das regras de direito que serão aplicadas na decisão do caso apresentado.

Assim é que o art. 2º do diploma legal em apreço determina que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade: a arbitragem de direito é regida por regras de direito, normas do sistema nacional interno ou, se a arbitragem tiver por finalidade a solução de litígio derivado de contrato internacional, o Direito que regerá a conduta do árbitro será aquele aplicável ao caso concreto. Já a arbitragem regida pela equidade equivale à autorização de uma escolha por uma decisão intuitiva e não racionalmente justificada.⁸²

A diferença está em que a arbitragem de Direito, baseada em regras jurídicas, está sujeita à censura do mesmo Direito em todas as etapas de sua produção, enquanto na segunda hipótese, a decisão arbitral estará protegida de toda e qualquer crítica, pois o próprio legislador atribuiu ao árbitro um voto de confiança na sua

⁸¹ O princípio da autonomia da vontade encontra na instituição e auto-regulamentação da arbitragem plena aplicação, uma vez que as partes têm a liberdade de instituí-la ou não; de convencionar livremente com a outra parte as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, lei aplicável, escolha e número de árbitros, local da arbitragem, concessão para resolver por equidade. Enfim, estão limitadas apenas por leis imperativas e preceitos de ordem pública, que devem ser observados para garantir a validade e executoriedade da sentença arbitral, assim para as arbitragens domésticas como para as internacionais.

⁸² Na lição da Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Véra Maria Jacob de Fradera, “admite o legislador que as partes escolham *livremente* as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 2º antes mencionado. Ademais, é facultado às partes convencionar que a arbitragem realize-se com base nos princípios gerais do direito nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, expressões ou noções indeterminadas ou, segundo alguns, noções de conteúdo variável” (FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*, p. 97-118).

capacidade intuitiva. Desta confiança resulta o efeito da inatacabilidade da decisão proferida.

Adotada como técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado⁸³, possui a arbitragem inúmeras vantagens em relação à solução de conflito por meio do Poder Judiciário, podendo, entre elas, ser destacada a celeridade, o menor custo, o sigilo, a facilitação à conciliação, a garantia de tratamento equânime (em especial nos litígios internacionais), a especialização (decorrente da escolha do árbitro), a possibilidade de execução por equidade e a confiança no julgamento (o árbitro é escolhido pelas partes).

⁸³ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição!*, p. 187.

2.4. Princípios

O instituto da mediação, independentemente do processo utilizado, adota uma série de princípios que lhe são definidores, tais como a autodeterminação das partes, a imparcialidade e competência do mediador, a informalidade e a confidencialidade do processo⁸⁴, entre outros que serão a seguir relacionados.

A mediação é um sistema de solução de conflitos no qual as partes não atuam como adversárias, e as controvérsias não são resolvidas por um terceiro, mas sim pela própria vontade comum dos interessados que chegam a um acordo com o auxílio de alguém chamado mediador⁸⁵.

O papel do mediador, então, “não é decidir qual das partes tem razão ou não. Em vez disso, o mediador é um facilitador do processo de tomada conjunta de decisões. O mediador auxilia as partes a identificar suas questões, suas necessidades e seus interesses, a explorar soluções alternativas, a centrar a discussão e a controlar quaisquer arroubos emocionais”⁸⁶.

Em outras palavras, na condição de terceiro neutro, o mediador conduz, sem decidir. “É neutral em tudo o que seja esperado dele como intervenção na decisão. E ele, nesta condição, deve fazer com que as partes envolvidas participem ativamente na busca das melhores soluções que se ajustem a seus interesses, pois ninguém sabe mais do que as próprias partes para decidir sobre si mesmas”⁸⁷.

Isto quer dizer, em última análise, que as partes devem estar livres para decidir e resolver o conflito no processo de mediação. Isto não significa que,

⁸⁴ MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*, p. 142-153.

⁸⁵ BASSO, Maristela. *A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente*, p. 19.

⁸⁶ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, p. 131.

⁸⁷ VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*, p. 44.

necessariamente, estarão livres para escolher a mediação como processo para solucionar os conflitos⁸⁸. É que para que haja mediação não é imprescindível que os litigantes nela ingressem por livre escolha: a lei pode prever como obrigatório o procedimento para determinadas espécies de conflitos⁸⁹, sem que esta circunstância macule o princípio da autodeterminação.⁹⁰

De outro lado, uma vez iniciada a mediação, as partes não podem ser obrigadas a nela permanecer. Qualquer um dos interessados pode pretender extinguir a mediação se verificar a inexistência de possibilidade de acordo, a falta de ética na conduta da outra parte ou se, simplesmente, preferir que um juiz resolva a questão. Esta voluntariedade marca uma notável diferença entre o procedimento judicial e a mediação. É que, no procedimento judicial, depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação proposta (art. 267, § 4º, Código de Processo Civil).

A imparcialidade, por seu turno, “representa a garantia de um processo ético e somente sob sua base o processo de mediação pode representar um instrumento a ser utilizado na condução das partes a um acordo”⁹¹.

É o princípio da imparcialidade que afirma o direito das partes a um processo de mediação que lhes sirva de um modo justo e equitativo, e a contar com

⁸⁸ Em sentido oposto, Lília Maia de Moraes Sales parafraseando Regina Maria Coelho Michelin .(SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 45).

⁸⁹ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación Y Conciliación*, p. 45.

⁹⁰ Michele Guillaume-Hofnung reconhece natureza contratual à mediação. Para o Presidente da Comissão de Direito e Mediação do Centro Nacional de Mediação na França, a mediação, como o contrato, seria um ato que requer o encontro de duas vontades e sua natureza corresponderia bem ao dinamismo do instituto, bem como ao seu caráter inovador (GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *La Médiation*, p. 90-92).

⁹¹ MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*, p. 147-148.

mediadores que se abstenham de qualquer favoritismo.⁹² A imparcialidade é, em última instância, o mínimo que se pode exigir de um mediador⁹³.

Lília Maia de Moraes Sales enfatiza que a imparcialidade deve ser inerente ao mediador, em razão de ser sua função “ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas”⁹⁴. Caso o mediador intervenha no processo manipulando o diálogo em privilégio da parte que lhe interessa, descaracterizada estará a mediação.

Muito embora a imparcialidade seja, talvez, o traço mais característico de um mediador – assim como o é do juiz e do árbitro – não se deve confundi-la com *neutralidade*. “Todo mediador pode se manter imparcial, mas nenhum mediador pode ser neutro, já que a emoção é da natureza do homem, e todo ser humano pauta sua conduta em crenças e convicções íntimas, que se materializam em um ação impulsionada pela emoção, a partir de seu conteúdo cognitivo, desiderativo e valorativo.”⁹⁵

Relacionado diretamente ao princípio da imparcialidade, está o da competência do mediador. Entende-se por competência a “qualificação necessária para satisfazer as expectativas das partes, aí compreendida a capacidade de mediar, em seu sentido técnico (capacitação e experiência) e subjetivo (imparcialidade)”⁹⁶.

A informalidade é outro traço característico do processo de mediação. Ao contrário do processo judicial, ele é essencialmente informal. E isto é assim em razão de sua essência comunicativa, interativa e pacificadora.

⁹²MNOOKIN, R. *et al. Mediación: una respuesta interdisciplinaria*, p. 131.

⁹³GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *La médiation*, p. 78.

⁹⁴SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 48.

⁹⁵MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*, p. 148.

⁹⁶*Ibid.*, p. 148.

Ângela Hara Buonomo Mendonça entende ser a flexibilidade a “maior aliada desse tipo de procedimento, em um cenário onde os padrões determinados pela sociedade moderno-contemporânea demandam objetividade e interatividade, num processo de negociação entre pares.”⁹⁷

Ainda que a mediação possua uma estrutura na qual se pode reconhecer distintas etapas, as partes não ficam sujeitas a um procedimento estrito, sendo possível suprimir ou retornar a determinadas fases dependendo do andar das negociações. Por possuir exigências processuais mínimas, “a mediação proporciona oportunidade ilimitada para que as partes exerçam flexibilidade ao comunicar suas preocupações e prioridades básicas com relação à disputa”⁹⁸, explorando e atingindo “soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões”⁹⁹.

A confidencialidade é o princípio que afirma que toda a informação recebida das partes será mantida nos estritos contornos do processo de mediação. “É um princípio que as partes podem dispor a seu favor, sendo obrigatória em relação ao mediador, que em nenhuma hipótese pode revelar fatos dos quais tenha sido informado pelas partes, durante a sua atividade”.¹⁰⁰

Por ser um dos princípios mais importantes da mediação - eis que sem ela seria impossível penetrar nos interesses subjacentes da partes com o fim de facilitar a busca da melhor solução -, opera perante terceiros¹⁰¹, perante a contraparte¹⁰² e perante

⁹⁷ *Ibid.*, p. 149.

⁹⁸ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, p. 29.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*, p. 149.

¹⁰¹ O mediador não poderá servir como testemunha perante o Poder Judiciário em processo em cujos pólos ativos e passivo figurem partes que ele tenha anteriormente conduzido em mediação.

¹⁰² Nas sessões privadas – denominada *caucus* – o mediador recebe informações particulares de cada uma das partes e não poderá comunicá-las a outra, senão com autorização expressa, pois não obterá êxito a mediação onde as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo

o próprio mediador, ou seja, nenhum dos envolvidos no processo “poderá revelar a terceiros fatos, propostas, outras informações referentes especificamente ao caso sujeito à mediação”¹⁰³.

José Luis Bolzan de Moraes ressalta, contudo, hipóteses de desconsideração deste princípio, “em casos onde o interesse público sobreponha-se ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou ainda por uma atitude de política pública.”¹⁰⁴

O doutrinador ora citado relaciona, ainda, o princípio da reaproximação das partes como integrante do rol de princípios que norteia a mediação, decorrente da finalidade de restauração das relações entre os envolvidos. Para José Luis Bolzan de Moraes, então, “não se pode considerar exitoso o processo de mediação em que as partes acordarem um simples termo de indenizações, mas que não consigam reatar as relações entre elas.”¹⁰⁵

Complementando a idéia, não se pode olvidar que está a mediação baseada em atos de cooperação e de comunicação, os quais apontam para o encontro de objetivos comuns, não obstante a existência de diferenças, na busca da melhor solução, alcançando-se a harmonia.¹⁰⁶

desenvolvidas, a fim de que reste inabalável a confiança existente no mediador e no processo de mediação.

¹⁰³ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 52.

¹⁰⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*, p. 147.

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 149-150.

¹⁰⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 47.

2.5. Contexto de aplicação

A mediação tem demonstrado ser capaz de solucionar conflitos de diversas naturezas. Em razão de sua flexibilidade – adaptável a processos públicos ou privados – tem importante papel na prevenção do conflito ou para evitar seu incremento, na preservação de informações sigilosas relacionadas a conflitos e na posterior manutenção da comunicação entre as partes, contribuindo, outrossim, para evitar um processo judicial mais custoso e demorado.

As causas consideradas mais apropriadas para mediação¹⁰⁷ incluem questões trabalhistas, disputas entre vizinhos, queixas de consumidores, problemas contratuais, casos de família, litígios cíveis complexos - como conflitos nas organizações¹⁰⁸ - e causas de delitos de menor potencial ofensivo¹⁰⁹. Nesta esteira, José Luis Bolzan de Moraes afirma:

“Problemas relativos às questões do cotidiano, tais como discordâncias entre membros de instituições de ensino ou lazer, discussões familiares e entre vizinhos e conflitos sobre o meio ambiente têm sido as principais

¹⁰⁷ ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*, p. 143.

¹⁰⁸ Adolfo Braga Neto, em artigo intitulado *A mediação de conflitos nas organizações*, destaca “que disputas surgidas nas organizações, entre departamentos, entre funcionários do mesmo departamento ou distintos (desde os menos qualificados até os de mais alto nível), entre diretoria e departamento, entre funcionário ou funcionários e diretoria e seus membros, fusões, incorporações e cisões podem ser objeto de resolução pacífica de seus conflitos. Isso graças à intervenção de um terceiro independente e imparcial, cujo resultado final será sem dúvida a diminuição dos custos diretos e indiretos causados pelos conflitos, aliada aos crescimento da organização”.

¹⁰⁹ Roberto Portugal Bacellar comenta: “A composição dos danos, a conciliação e a transação penal são hoje uma referência de bom aproveitamento do espaço de consenso nos juizados criminais, inclusive com possibilidade de aplicação da ‘mediação criminal’, com verdadeira pacificação dos conflitos. Juiz, promotor, advogado, vítima e autor do fato conversam sobre o conflito, sobre os motivos e razões que o informam, e buscam uma solução, sem imposição de pena. Os princípios devem preponderar sobre as normas, com efetividade e resultados concretos. As palavras, mesmo que escritas na lei, não podem criar pena sem processo, muito menos sem acusação. (...) Assim, como opção de não ser ‘processado’, tudo com a fiscalização ativa do juiz, do advogado e do Ministério Público, os envolvidos em infrações menores têm optado pela composição, sem assunção de culpa, sem processo, sem julgamento e, principalmente, sem pena.”(BACELLAR. Roberto Portugal. *Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual*, p. 90).

matérias levadas à discussão através da mediação, muito embora seja permitido discutir em tal processo praticamente qualquer conflito que venha a interessar às partes sua discussão desta forma.”¹¹⁰

Menção especial deve ser feita à aplicação da mediação na solução de conflitos originados em questões familiares¹¹¹. Não só porque “o conflito familiar deve ser encarado em suas várias facetas, reconhecendo-se a interdisciplinariedade das questões que envolvem em especial a questão emocional e psicológica”, mas também porque “a eficácia das decisões judiciais nesse campo nem sempre atinge seu objetivo”. Independentemente da existência de mecanismos de imposição destas decisões, aqui, corre-se o risco de “levar a um desgaste ainda maior das partes envolvidas, e mesmo de terceiros, em especial os filhos, submetidos a vários constrangimentos desnecessários.”¹¹²

A mediação pode ser aplicada, além disso, no setor público. Na França, a mediação é utilizada em conflitos de cunho aduaneiro e fiscal envolvendo a administração pública e os administrados. Aquele país utiliza o processo de mediação, da mesma forma, na solução de questões entre detentos e a administração das penitenciárias com o objetivo de prevenir eventuais rebeliões.“¹¹³

Por óbvio, o contexto de aplicação da mediação estará sempre dependente da previsão normativa que lhe destina cada nação, ou, ao menos, da inexistência de vedação legal à sua utilização. Desta forma, muito embora possa ser

¹¹⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*, p. 162.

¹¹¹ Jose Luis Bolzan de Morais relata, neste particular, o emprego da mediação nas causas de família, utilizada inicialmente nos Estados Unidos da América e após, na Inglaterra. O processo obteve tamanho êxito que considerável número de Estados norte-americanos já o tornaram obrigatório em questões relativas a divórcios. (*Ibid.*, p.162).

¹¹² THOMÉ, Liane Maria Busnello et al. *Uma experiência em mediação familiar*, p. 171.

¹¹³ BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation: une justice douce*, p. 50-53.

utilizada para a solução de qualquer tipo de controvérsia, deverá observar sempre os parâmetros das regras de Direito do sistema no qual está inserida.

No Brasil, como inexistente legislação específica que regulamente o alcance da mediação de conflitos, observadas serão as normas que versam sobre a conciliação e a transação nos conflitos de natureza cível, notadamente aquelas que possibilitam a composição do litígio nos casos em que os conflitos versarem sobre direitos disponíveis, as que admitem a transação quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado e as que permitem a conciliação nos juizados especiais cíveis quando os conflitos se referem a causas cíveis de menor complexidade.¹¹⁴

Em suma, a regra é que todas as controvérsias são mediáveis, salvo quando princípios de ordem superior as impeçam, seja porque o Estado se reserva com exclusividade o conhecimento da matéria, seja porque leis imperativas a impedem em razão do objeto da demanda¹¹⁵, como por exemplo, aquelas cuja transação é vedada em lei.

De todo modo, o êxito da aplicação da mediação na solução dos litígios das mais variadas naturezas é inquestionável. “Nos países onde a mediação vem funcionando há muito tempo, uma porcentagem superior a setenta por cento dos casos, que antes, recorriam à justiça, são resolvidos pela mediação.”¹¹⁶

¹¹⁴SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p.55.

¹¹⁵DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación Y Conciliación*, p. 92.

¹¹⁶VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*, p. 67-68.

3. Direito Estrangeiro

3.1. Argentina

Na Argentina, a primeira norma relativa à mediação foi o Decreto n. 1.480, de 18.09.1992¹¹⁷, o qual declarou de interesse nacional a mediação (art. 1º), caracterizou-a como um processo informal, voluntário e confidencial, especificou sua aplicabilidade a conflitos judiciais e extrajudiciais, excluiu as causas penais e pôs em destaque o fato de que o mediador não decide o conflito, mas auxilia a que as partes o façam. Além disso, criou o Corpo de Mediadores (art. 3º), designou uma Comissão de Mediação (art. 8º), dispôs acerca de Experiência Piloto de Mediação ligada aos juízos cíveis¹¹⁸ (art. 9º) e delegou ao Ministério da Justiça a formulação do Programa Nacional de Mediação e sua implementação¹¹⁹.

O objetivo central deste plano de ação foi o desenvolvimento da mediação não somente relacionada ao tribunal, mas a instalação de centros de mediação comunitária, a criação de centros de mediação institucionais – dentro de organismos não governamentais-, tais como fundações e associações civis, que nesta condição podiam

¹¹⁷ Para Dupuis, a importância deste decreto está em se tratar do primeiro intento de introduzir na Argentina, no nível normativo, o regime da mediação como método alternativo de solução de conflitos. Deste modo, o Estado, que sempre reservou para si a faculdade de resolver as controvérsias, o que era feito através de um de seus poderes, repara na importância do método não adversarial e confia às próprias partes a solução de suas lides. (DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 69). Nas palavras deste professor argentino, o Decreto n. 1.480/92 *no introduce el sistema como derecho positivo, ya que no organiza una regulación del instituto, sino que pretende impulsarlo, propiciando la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas de nivel reglamentario, a cuyo fin encomienda al Ministerio de Justicia ese menester* (art. 2º). (*Ibid.*, p.69).

¹¹⁸ A realidade do projeto piloto mostrou que certos casos não são mediáveis porque existem algumas entidades, tanto públicas quanto privadas, cuja política não inclui a negociação. Logo, de uma adequada seleção dos casos depende o êxito do programa de mediação junto aos Tribunais. (ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*, p. 187).

¹¹⁹ ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*, p. 163-164.

administrar, monitorar e avaliar os programas, a qualidade do serviço e o nível de satisfação dos usuários¹²⁰.

No tocante à experiência Piloto de Mediação ligada aos juízos cíveis - concluída em dezembro de 1995 - foram alcançados altos percentuais de acordo¹²¹, resolvendo-se grande quantidade de conflitos que haviam gerado mais de um processo judicial ou casos em que no futuro desembocariam em mais de uma demanda perante os tribunais. Além da contribuição da mediação para a resolução dos conflitos e para o conseqüente descongestionamento dos tribunais, foram objeto de destaque outros efeitos não menos importantes, tanto para as partes como para os advogados. Assim, na grande maioria dos casos, ainda naqueles em que não se chegou a um acordo, os participantes manifestaram sua surpresa ante a existência do Centro como um canal rápido, pacífico e participativo para dirimir os conflitos dos cidadãos¹²².

O Plano Nacional de Mediação argentino pretendia introduzir o sistema mediacional não somente no âmbito da Capital Federal, mas também no das inúmeras províncias. Desta forma, a província de Corrientes, pelo Decreto n. 470, de 13.03.1995, declarou de interesse provincial a institucionalização e desenvolvimento da mediação como método não adversarial de resolução de conflitos. Na província de Chaco, foi posto em andamento um plano piloto de mediação, tendo, na data de 24.06.1996, o Superior Tribunal dessa província entregado os certificados aos primeiros mediadores provinciais. Além dessas, em outras várias províncias argentinas foi adotado este mesmo sistema alternativo de solução de conflitos¹²³.

¹²⁰ ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*, p. 166.

¹²¹ Segundo as estatísticas do centro de mediação, em torno de 50,746% - dados atualizados em outubro de 1995. (*Ibid.*, p. 194).

¹²² *Ibid.*, p. 190-191.

¹²³ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 72-73.

Posteriormente, a Lei Federal Argentina n. 24.573/95 (LFA), promulgada em 14 de outubro de 1995, tornou a mediação obrigatória¹²⁴ e elevou-a à categoria de condição da ação para todos os processos judiciais propostos na Província de Buenos Aires¹²⁵.

Os defensores do caráter obrigatório do instituto afirmavam ser necessário introduzir no meio social argentino a *cultura de mediação*¹²⁶, ao argumento de que se tornaria letra morta qualquer disposição de lei que, em um primeiro momento, não possuísse esta qualidade, recordando ter sido este o destino da arbitragem naquele país.¹²⁷ Este foi o fundamento que acabou sendo adotado pelos legisladores como justificativa ao caráter obrigatório da mediação, que por fim restou adotado naquele país.

Vale lembrar, contudo, que a Lei n. 24.573/95 excluiu do processo de mediação obrigatória as causas penais (hoje, a mediação penal já pode ser efetivada com

¹²⁴ Sobre a constitucionalidade da mediação como meio alternativo à justiça na Argentina, Juan Carlos Dupuis afirma que uma coisa é o acesso à justiça, entendido como sistema judicial e outra coisa é o acesso à justiça entendido como solução justa. Assim, o esquema tradicional de divisão de poderes, quando alude à função judicial, aponta, precisamente, à primeira das situações, ou seja, à possibilidade de acesso ao sistema judicial, considerado como atributo da soberania do Estado. Mas é evidente que a mediação não objetiva que um juiz defina uma controvérsia, senão que serão as próprias partes quem a definirão, ainda que com o auxílio de um terceiro, que carece de poder jurisdicional. Se as partes não alcançarem um acordo, restará a possibilidade de irem ao Poder Judiciário. E se chegarem a um acordo, a força que este terá está baseada no princípio da autonomia da vontade, que dota de força todo acordo que não viole a ordem pública, os bons costumes e as leis (DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 74). Já quanto à constitucionalidade da mediação obrigatória prévia ao juízo naquele país, Dupuis acrescenta que, apesar de a voluntariedade melhor se adequar à mediação, ser ela obrigatória não veda o acesso à jurisdição, somente o retarda, na busca da autocomposição. O procedimento é rápido e as partes tem a possibilidade de manifestar a vontade, a qualquer momento, de não prosseguir com a mediação, dando-se por terminado o procedimento. Ademais, a breve demora que possa implicar o trâmite da mediação não restringe nem dilata irrazoavelmente o acesso à justiça, ainda mais porque, qualquer das partes, na primeira sessão, tem a faculdade de dar por terminada a mediação, manifestando, simplesmente, sua vontade de não prosseguir. (DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 75).

¹²⁵ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *O moderno conceito de acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador*, p. 134.

¹²⁶ Ellen Cohn e Mae Lynn Neyhart sustentam que, entre os fatores que afetam a aceitação da mediação pelo público está a falta de informação, seja pelo desconhecimento, seja pela adoção de conceitos errôneos em relação a ela. (COHN, Ellen et al. *Factores que influyen en la aceptación pública de la mediación*, p. 209).

¹²⁷ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 86.

base na resolução do Ministério da Justiça argentino n. 397/99¹²⁸), as ações de separação judicial e divórcio, de nulidade de casamento, de adoção, de emancipação de menores, de filiação e pátrio poder, com exceção das questões patrimoniais ou derivadas desta, os processos de declaração de incapacidade e de reabilitação, as causas em que o Estado nacional ou suas entidades descentralizadas sejam parte, os habeas corpus e interditos, as medidas cautelares, as diligências preliminares e prova antecipada, os juízos sucessórios e voluntários, os concursos preventivos e quebras e as causas que tramitam na Justiça do Trabalho (art. 2º).

Em apertada síntese, o processo de mediação argentino pode, então, ser assim descrito:

“O procedimento instaura-se mediante a apresentação de formulário, perante o distribuidor competente, contendo a descrição da pretensão do requerente. O mediador sorteado para atuar no caso deverá, então, no prazo de 10 dias, notificar as partes de data designada para a audiência de mediação. Constará das notificações cópia do formulário que deu início à mediação.

Se a mediação fracassar pelo não-comparecimento de qualquer parte à audiência de mediação, cada parte ausente pagará uma multa, no valor equivalente a duas vezes a retribuição básica a que tenha direito o mediador por sua atuação. O evidente propósito da multa é incentivar o comparecimento à audiência de mediação, na qual o mediador envidará esforços para a celebração de acordo. Pelo sistema argentino, o não-pagamento da multa acarreta a sua inscrição na dívida ativa.

Se as partes chegarem a um acordo durante a audiência de mediação, será lavrada ata, da qual deverão constar os termos da transação. Essa ata será firmada pelo mediador, pelas partes e por seus procuradores, e consubstanciará título executivo equiparado ao judicial. E, se a execução judicial da transação se fizer necessária, o juiz do processo aplicará à parte inadimplente multa processual, correspondente ao dobro do valor dos honorários do mediador.

Realizado o procedimento de mediação, sem a celebração de acordo, a parte interessada proporá a ação judicial cabível, desde que comprove ter cumprido a etapa obrigatória da mediação prévia.”¹²⁹

¹²⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 111-112.

¹²⁹ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*, p. 311.

Juan Carlos Dupuis¹³⁰ elenca três tipos distintos de mediação sob o ponto de vista da mediação como sistema alternativo ao juízo, que é aquela regulada pela Lei argentina n. 24.573. São eles: mediação obrigatória, mediação voluntária e mediação optativa.

Para este doutrinador argentino, a mediação é obrigatória quando existe uma disposição legal que indica essa via como passo necessário para dirimir um conflito, não importando, contudo, que tal caminho seja substitutivo do Poder Judiciário, o que seria inconstitucional por negar ao cidadão o acesso aquele poder.

A mediação obrigatória pode ser originária ou derivada. Diz-se originária no caso em que não se possa ajuizar a ação sem antes haver com ela acedido. É o caso do regime que instaurou a Lei n. 24.573. De outro lado, será derivada quando apesar de existir uma obrigação legal de valer-se da mediação, esta seja causada por determinação de um juiz, a quem é facultado adotar esta solução. Isto é o que ocorre em alguns lugares nos Estados Unidos.

A mediação voluntária também é prevista no ordenamento argentino. Na verdade, ela sempre será viável, salvo na existência de lei que a proíba ou se por razões de ordem pública, de moral ou de bons costumes, seja impedido que um determinado litígio seja submetido à mediação. Ocorrendo a mediação voluntária, terá ela os efeitos que são outorgados pelo art. 1197 do Código Civil daquele país, segundo o qual as convenções realizadas nos contratos fazem lei entre as partes.

A mediação optativa, por sua vez, está prevista no art. 3º da Lei n. 24.573; *“en el caso de los procesos de ejecución y juicio de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo em dicho supuesto el*

¹³⁰ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 79-81.

requerido ocurrir a tal instancia”. A opção dá-se entre o processo judicial e o processo de mediação. Mas efetuada a opção pelo autor, o demandado deve acatá-la. Assim, por exemplo, se o locador elege a via judicial, não poderá o inquilino mudar o curso da demanda para a instância da mediação e vice-versa¹³¹.

Quanto ao mediador, o art. 16 da Lei n. 24.573¹³² determina ser necessária a reunião dos seguintes pressupostos: 1) possuir título de advogado; 2) adquirir a capacitação requerida e 3) cumprir com as exigências regulamentares. Sobre o tema, da análise de José Roberto de Albuquerque Sampaio, colhe-se:

“...Os mediadores, de acordo com a LFA, são habilitados, necessariamente entre os advogados. O quadro de mediadores é subordinado ao Ministério da Justiça. Os honorários do mediador são fixos, sendo estabelecidos segundo critérios criados por normas editadas pelo Governo Estadual.

(...)

Embora, a nosso ver, como acima explicitado, não seja a melhor opção legislativa, a LFA restringiu a habilitação do mediador à categoria dos advogados. Ficam de fora, pois, p.e. juízes de paz ou leigos e estagiários – que, acreditamos, em muitos casos seriam mais aptos a obter da mediação um resultado mais eficaz, com menor ônus.

Para ser mediador deverá o advogado interessado obter aprovação em curso de especialização em mediação. O Ministério da Justiça Argentino criou, para tanto a “Escuela de Mediación”, subordinada à “Dirección Nacional de Extensión Jurídica”.

Por fim, deve o mediador dispor de instalações, de acordo com o regulamento, com ambiente adequado para realização das sessões que permitam a realização da mediação.

Apesar do ceticismo de muitos, segundo alguns dados estatísticos colhidos, os resultados do sistema argentino de mediação têm sido satisfatórios¹³³.

¹³¹ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 80-81.

¹³² Veja-se o teor do art. 16 da Lei n. 24.573: “*Para ser mediador será necesario poseer título de abogado y adquirir la capacitación requerida y restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente*”.

¹³³ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *O moderno conceito de acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador*, p. 134-135. O autor faz referência à palestra realizada pelas professoras Elena Highton e Gladys Alvarez, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em setembro de 2001, na qual foram apresentados os seguintes números: entre 1996 e 2001, 38,95% dos litígios encaminhados à mediação resultaram em acordo e, apenas 36,23% das controvérsias submetidas à mediação prévia tiveram como desdobramento posterior ação judicial.

Na visão de Elena Highton e Gladys Alvarez, desde que entrou em vigor, o sistema da Lei n. 24.573/95 “apresentou falhas cuja correção requer, por um lado, ajustes normativos urgentes e uma mudança no sistema de regulação de honorários dos mediadores e, por outro, um exercício efetivo das funções da Comissão de Seleção e Inquérito”¹³⁴. Apesar disso, lembram as autoras: “alguns dados estatísticos revelam resultados *prima facie* promissores. Por exemplo, no período de 23/04/97 a 31/07/97, o número total de casos encaminhados à mediação pela Câmara Civil foi de 51.396 casos, dos quais reingressaram no sistema judicial, por não se ter obtido um acordo ou pelo não comparecimento de uma das partes, somente 12.207 casos – que representam 23,75% do total”¹³⁵.

Em razão dos resultados positivos obtidos com o processo de mediação, o governo argentino, “pelo Decreto n. 91/98, implementou a mediação privada, admitindo a eleição de um mediador habilitado pelo Ministério da Justiça”¹³⁶.

Passou então a coexistir, naquele país, a mediação oficial, na qual o mediador é sorteado pelo Tribunal, e a mediação privada, na qual o mediador é eleito pelas partes. Além disso, na mediação oficial os gastos são taxados pelo legislador, ao passo que na mediação privada, os gastos são definidos por acordo entre as partes.

¹³⁴ ÁLVAREZ, Gladys S. *et al.* *A mediação no cenário jurídico: seus limites – a tentação de exercer o poder e o poder do mediador segundo sua profissão de origem.*, p. 201-202. A crítica apresentada pelas autoras argentinas está fundada no fato de que a Lei n. 24.573/95 prevê que os honorários do mediador ficam a cargo das partes se houver acordo, caso contrário, o Fundo de Financiamento – criado no contexto do Ministério da Justiça – dará um adiantamento e o saldo será cobrado pelo mediador quando for solicitado o pagamento das despesas do julgamento. Além disso, foi criada uma Comissão de Seleção e Inquérito composta por dois membros da Corte Suprema, dois do Poder Executivo e dois do Poder Legislativo que tem a responsabilidade de emitir a aprovação de última instância sobre a idoneidade e demais requisitos que se exijam para habilitar a inscrição como aspirantes a mediador no Registro de Mediadores.

¹³⁵ ÁLVAREZ, Gladys S. *et al.* *A mediação no cenário jurídico: seus limites – a tentação de exercer o poder e o poder do mediador segundo sua profissão de origem.*, p. 201.

¹³⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 111.

No âmbito trabalhista, com a Lei n. 24.635, de 03.05.1996, foi instituída a Instância Obrigatória de Conciliação Laboral, sendo este estágio prévio à demanda judicial e tendo a lei organizado um procedimento similar ao da mediação, tanto que o art. 20 daquela lei previu a aplicação subsidiária da Lei Geral de Mediação e Conciliação¹³⁷.

Ao fim e ao cabo, “a experiência argentina de mediação obrigatória, embora provoque celeumas locais, é responsável, desde a sua instituição, por manifesta redução do número de processos instaurados na Província de Buenos Aires. Segundo as estatísticas, a grande parte das lides submetidas à mediação redundaram em acordo”¹³⁸.

¹³⁷ DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*, p. 93.

¹³⁸ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*, p. 312.

3.2. França

As primeiras iniciativas francesas de criação de instâncias extrajudiciais vinculadas à mediação ocorreram no ano de 1978 com a implantação dos *conciliadores* em matéria civil. Já o desenvolvimento da mediação judiciária principiou com a iniciativa de organismos vinculados ao direito consumeirista, os quais reativaram o instituto da conciliação no âmbito dos pequenos litígios relativos às relações de consumo, chegando-se, no Tribunal de Dijon, em apenas sete meses (de março a outubro de 1988) à solução, por acordo, de 114 demandas, ao passo que no ano de 1987, apenas 27 conciliações haviam sido obtidas¹³⁹.

Registra-se, assim, que no final dos anos 80, “juízes inovadores haviam introduzido a mediação no processo judicial: eles a fundamentavam no artigo 21 do novo Código de Processo Civil francês, o qual dá ao juiz a missão de conciliar as partes. A Corte de Cassação havia homologado esta prática da seguinte forma: “a mediação que permite assegurar, com a ajuda de um profissional, a confrontação dos respectivos pontos de vista das partes, para se alcançar um acordo, é uma modalidade do processo de conciliação.”¹⁴⁰.

Guido Alpa faz referência às criações jurisprudenciais dos *juje de referes* do Tribunal de Grande Instância de Paris, no final dos anos 1980, cujo objetivo –

¹³⁹ BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation: une justice douce*, p. 99 (tradução livre).

¹⁴⁰ GANANCIA, Daniele. *Justiça e mediação familiar: uma pareceria a serviço da co-parentalidade*, p. 7. Danièle Ganancia narra, ainda, haver sido “nesta esteira que os Juízes de Família do Tribunal de Grande Instância de Nanterre decidiram, desde novembro de 1994, com o apoio do presidente Coulon, instalar, dentro do Tribunal, uma associação de mediação [Associação Francesa dos Centros de Consulta Conjugal]. A lei de 8 de fevereiro de 1995, depois o decreto de 22 de julho de 1996, trouxeram uma base institucional a esta prática, até então pretoriana” (*Ibid.*, p. 7).

similar - mas não idêntico àquele da conciliação – consistia na solução comum alcançada pelas partes com a intervenção de um terceiro, o mediador.¹⁴¹

Posteriormente, a Lei n. 93-2, de 4 de janeiro de 1993, retomando a tradição antiga que consiste em procurar a paz social por meio do acordo entre as partes, possibilitou ao Procurador da República, previamente à decisão sobre a ação pública e com o acordo das partes, recorrer à mediação, sendo ele o mediador desses casos e favorecendo o encontro entre as partes e o ajuste de condutas para evitar uma ação pública¹⁴².

Em data de 8 de fevereiro de 1995, a Lei n. 95-125¹⁴³, relativa à organização das jurisdições e ao processo civil, penal e administrativo, em seu título II, regulou a conciliação e a mediação judicial, facultando ao juiz, com a concordância das partes, designar uma terceira pessoa, que preencha as condições fixadas pelo decreto do Conselho de Estado, a proceder: 1) às tentativas prévias de conciliação prescritas pela lei, salvo em matéria de divórcio e separação de corpos; ou 2) a uma mediação¹⁴⁴, em qualquer tempo do processo, compreendida em recurso de urgência, para tentar chegar a um acordo entre as partes.

Ao tratar a conciliação e a mediação no mesmo capítulo, a lei francesa não definiu nem a conciliação nem a mediação e não indicou o que as distingue. Tais

¹⁴¹ ALPA, Guido. *Ritti alternatii e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie – diritto civile*, p. 143.

¹⁴² SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 117.

¹⁴³ Guido Alpa menciona o decreto n. 96-852, de 22.07.1996, o qual, em conjunto com a Lei n. 95.125/95, concedeu ao juiz a faculdade de atribuir a terceiro as funções de conciliação e mediação. Dado que o resultado da mediação é uma transação, o instituto é admissível somente quando se trata dos direitos disponíveis das partes. (ALPA, Guido. *Ritti alternatii e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie – diritto civile*, p. 143).

¹⁴⁴ Sobre a experiência francesa, Régis Fernandes de Oliveira cita a juíza francesa Danièle Ganancia, da Vara de Família do Tribunal de Grande Instância de Nanterre, França: “desejamos assegurar plenamente nosso papel de juízes que é o de dizer o direito e adaptá-lo à evolução de nossa sociedade; e não nos reduzirmos a um papel de gestores das disfunções familiares, nem nos abrigarmos atrás de decisões inaplicáveis. É por isso que apelamos à mediação familiar que permite tratar, de maneira adaptada, uma matéria em que o direito sozinho é impotente para resolver os conflitos” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Mediação - instrumento da pacificação social*, p. 89).

omissões foram alvo de severas críticas. Jean-François Six leciona que “a impressão de equivalência nasce do emprego indiferenciado dos termos às vezes na mesma frase” e explica o motivo da confusão:

“Sem que dominasse a utilização do termo mediação, o Ministério da Justiça foi levado, pelos seus parceiros (notadamente o Inavem – Instituto Nacional de Ajuda às Vítimas e de Mediação e o CLCJ, Comitê de Ligação das Associações de Controle Judiciário) e é isto que tem verdadeiramente favorecido a mudança terminológica intempestiva. Primeira linha: ‘O juiz pode, depois de ter obtido o acordo das partes, designar uma terceira pessoa’ etc (art. 21). O que significa este ‘acordo das partes’? Certamente não que se superponha ao Direito e substitua a Justiça, permitindo, por exemplo, ao mais astucioso dos dois antagonistas encontrar uma solução às expensas do outro. Não é porque existe ‘acordo das partes’ para uma mediação que esta já exista: este acordo, certamente indispensável, não é senão um pré-acordo. É necessário que exista este acordo para que a mediação se encaminhe – aí está uma verdade de La Palice [referência a Jacques de Charbanne, senhor de La Palice, marechal francês (1470-1525) cuja coragem é celebrada em uma canção popular]. Mas, ainda assim, é necessário que este acordo seja feito livremente: sabe-se que tal ou qual juiz pode exercer uma pressão a ponto da mediação não ser estimulada, mas imposta por ele; e diante da sobrecarga dos tribunais, é tentador para os juízes enviar autoritariamente em direção à saída da mediação. Onde está o ‘acordo das partes’ se elas são quase que obrigadas a passar pela mediação?”¹⁴⁵

Apesar de eventuais falhas de técnica legislativa, destacam-se, na França, dois tipos de mediação: a mediação institucional¹⁴⁶ e a mediação cidadã.

Na mediação institucional, “a Justiça instituiu mediadores judiciais, com fins de atenuar o volume de processos nos tribunais, evitando que determinados casos chegassem a estes tribunais, sendo regulados pelas próprias partes através da mediação.”¹⁴⁷ Paralelamente, “existem os mediadores cidadãos. Estes aparecem dentro dos grupos sociais e são também chamados de mediadores naturais. São procurados, não

¹⁴⁵ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*, p. 145-146.

¹⁴⁶ Como exemplos de mediação institucionalizada podemos citar as hipóteses previstas nas Leis n. 93-2/93 e n. 95-125/95, acima referidas.

¹⁴⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p.116.

porque estão dentro de uma instituição ou porque foram indicados pelo juiz, mas porque possuem o dom de mediar e adquirem, por isso, a confiança dos cidadãos que os conhecem.”¹⁴⁸

Roger Perrot afirma que, muito embora o art. 21 do novo Código de Processo Civil francês arrole, entre as missões do juiz, a de conciliar as partes, muito raramente o juiz consegue cumprir tal missão – seja por ausência de tempo, seja porque nem sempre o juiz é a pessoa mais indicada para sugerir uma solução pacífica da controvérsia, em razão de possível interpretação equivocada, por parte dos envolvidos, no sentido de caracterizar tal indicação um julgamento antecipado da lide – sendo preferível “recorrer a personalidades externas, que não são juízes, mas que dispõem da confiança das partes e procurarão com elas um terreno de entendimento possível, seja antes do processo (conciliação), seja no respectivo curso (mediação)”¹⁴⁹. E assim prossegue o doutrinador francês:

“a) Para tal fim, em todo órgão judicial existe o que se denomina um ‘conciliador’, designado pelo primeiro presidente do tribunal de apelação e em geral escolhido entre os notáveis ou os aposentados que ficam à disposição das partes quando, antes de qualquer processo, elas desejam conciliar-se. O conciliador não é um magistrado: sua função não é a de julgar, mas simplesmente a de aproximar as posições. Se ele o consegue, lavra um termo de conciliação que documenta o acordo das partes e ao qual, em seguida, o tribunal dará efeito executivo. Se, ao contrário, ele não o consegue, seu papel termina aí, e não lhe compete formular opinião. Noutras palavras, essa instituição oferece às partes uma estrutura amigável destinada a evitar o processo. Cumpre ajuntar que os resultados são às vezes positivos, sobretudo no campo, quando se trata de litígios modestos.

b) Se o processo já teve início, é ainda possível solicitar a intervenção de um mero particular, da confiança do juiz e das partes, ao qual então se chama ‘mediador’. Ele é designado pelo tribunal da causa, as mais das vezes com a concordância das partes. Seu papel é comparável ao de um conciliador: não é um juiz; sua missão consiste simplesmente em

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 117.

¹⁴⁹ PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, p. 209.

aproximar as posições antagônicas, a fim de tentar encontrar solução amigável para o litígio.

Através da ‘conciliação’ e da ‘mediação’, vê-se aparecer uma sorte de Justiça consensual. Neste instante, ela goza de todos os favores do legislador francês, que nela enxerga um meio de aliviar os tribunais e de tornar mais humana a Justiça. A preocupação é louvável; liga-se à idéia de que, neste fim do século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, aquilo que numa palavra se denomina uma ‘Justiça de proximidade’¹⁵⁰.

Em relação à mediação familiar, foi ela introduzida na França pelos movimentos associativos, no final do anos 80. Nascida e conceituada na América do Norte no início dos anos 70, esta prática difundiu-se na Austrália, no Canadá e na Grã-Bretanha, entrando na França, via Québec, impulsionada pelas associações de pais divorciados. Deste modo, em 1989, foi criada, na França, a Associação para a Promoção da Mediação Familiar como uma instância de promoção, de pesquisa e difusão da mediação, em especial ressaltando a possibilidade de “substituir a lógica ganhador-perdedor do enfrentamento judicial que radicaliza o conflito, em desenvolvimento de diálogo e de reconhecimento do outro, enquanto genitor, com um redirecionamento sobre as necessidades da criança”.¹⁵¹

Ainda na visão de Danièle Ganancia, juíza da vara de família do Tribunal de Grande Instância de Natterre, França, “a mediação não desautoriza o juiz, que a qualquer momento pode retomar suas funções, determinando outras medidas que lhe pareçam necessárias. Ele ratificará (integrando-os ao seu julgamento) ou só homologará acordos que tenham possibilidade jurídica, e conformes ao espírito da mediação: os

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 209-210.

¹⁵¹ GANANCIA, Daniele. *Justiça e mediação familiar: uma pareceria a serviço da co-parentalidade*, p. 10-11. Para esta juíza francesa, “somente esta dinâmica permite ultrapassar os conflitos do casal, responsabilizando os protagonistas por seus papéis parentais: somente assim eles poderão elaborar soluções e se tornar inteiramente protagonistas de sua nova organização de vida. Esta retomada de seu poder de decisão será a melhor garantia da execução dos acordos realizados” (*Ibid.*, p.11).

acordos em mediação não obrigam nem as partes nem o juiz. Ele têm um valor de declaração de intenção e juridicamente poderíamos qualificá-los de ‘pacto de família’, sendo sua eficácia subordinada ao controle ulterior do juiz”¹⁵².

Além do elevado percentual de obtenção de acordos (no Tribunal de Grand Instance de Nanterre, em 1998, foram realizadas 140 mediações, tendo sido obtido 50% de êxito), a juíza francesa aponta como vantagens da mediação familiar a diminuição dos contenciosos e dos custos judiciais em geral: “vários estudos realizados no estrangeiro [na Inglaterra, por exemplo, um estudo demonstra que um conflito trabalhado pela mediação custa 550 libras em lugar de 1656 libras nos processos judiciais] mostraram que os custos de um caso tratado em mediação é inferior ao de um processo contencioso, sem contar evidentemente a economia do sofrimento humano [o custo médio de uma mediação familiar situa-se ao redor de 3000F para as duas partes, soma inferior a uma perícia social que não trabalha o conflito], que ninguém pode contabilizar”¹⁵³.

Por fim, no âmbito do direito laboral, registre-se que o Código do Trabalho francês faz menção expressa ao processo de mediação, dando ao mediador poderes para se informar da situação de trabalhadores e demais partes interessadas pelo conflito, para proceder a todas as investigações necessárias e para requerer às partes a produção de todo o documento ou informação de ordem econômica, contábil, financeira, estatística ou administrativa suscetível¹⁵⁴.

¹⁵² *Ibid.*, p. 13.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵⁴ VILLATORE, Marco Antônio. *Mediação na solução de conflitos de trabalho e o direito comparado*, p. 5.

3.3. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a mediação teve grande desenvolvimento a partir da década de 70, sendo, atualmente, regulamentada, na esfera federal, pelo *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998¹⁵⁵ e, na esfera estadual, por regulamentos esparsos. Não há, portanto, uniformidade no modelo norte-americano¹⁵⁶, pois “a autonomia legislativa dos Estados, própria do sistema federativo, propiciou um desenvolvimento bastante eclético deste instituto”¹⁵⁷.

De fato, a mediação como é encontrada hoje nos Estados Unidos é o produto de várias influências históricas, como por exemplo a mediação laboral. A área de conflitos trabalhistas foi a primeira na qual a mediação foi usada, rotineiramente, nos Estados Unidos, havendo registros datados de 1913, quando o Departamento do Trabalho nomeou *comissários de conciliação* para solucionar as disputas laborais¹⁵⁸.

O campo do direito de família seguiu na mesma trilha. Desde o século XIX, a mediação era utilizada nas igrejas, escolas e grupos comunitários em situações de conflitos familiares. Na década de 1930, as Cortes americanas começaram a recomendar a mediação às partes e, em 1939, na Califórnia, foi criada a Corte de

¹⁵⁵ Segundo Ana Tereza Basílio, a mediação envolvendo órgãos federais foi autorizada pelo *Administrative Dispute Resolution Act*, de 1996 (BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*, p. 312)

¹⁵⁶ Lília Maia de Moraes Sales noticia ter sido firmado o *Uniform Mediation Act*, em agosto de 2001, e afirma ser ele “um documento válido para todo o país regulamentando de maneira uniforme a mediação de conflitos. No entanto, esclarece que este documento não prescreveu todas as situações, mas limitou-se a oferecer as normas-base para a mediação. Algumas especificidades que se vinculam ao tipo de programa de mediação e legislação de cada estado permaneceram a cargo dos estatutos dos estados. As qualificações para o mediador, por exemplo, não são prescritas pelo *Act*.” (SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 125-126).

¹⁵⁷ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *O moderno conceito de acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador*, p. 136.

¹⁵⁸ MURRAY, John S. *et. al. Processes of dispute resolution: the role of lawyers*, p. 295 (tradução livre).

Conciliação, que utilizava técnicas de conciliação em casos de divórcio, como uma alternativa frente ao sistema adversarial tradicional¹⁵⁹.

A mediação comunitária foi o campo seguinte a se desenvolver, em especial, com os centros de justiça de bairro na década de 1960. Formas especializadas de mediação evoluíram em instituições particulares e agências governamentais para tentar resolver conflitos em várias áreas, como as relações raciais, proteção ambiental, conflitos familiares, entre outros.

Nos anos 1970¹⁶⁰ e 1980, a preocupação com o aumento da litigiosidade conduziu a um movimento para reduzir o congestionamento nos tribunais¹⁶¹, incluindo a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos¹⁶². Entre estes, a mediação, por ser o mais popular, tornou-se o principal método de resolução de conflitos utilizado pelas instituições e tribunais.

Ainda nos anos 1980, com o incremento dos métodos de negociação, viu-se emergir técnicas cooperativas de solução de litígios, notadamente com a obra dos

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 296.

¹⁶⁰ O programa de mediação foi posto em prática, em 1977, nas principais *Small Claims Courts* do Estado de Maine e com o sucesso obtido, foi, posteriormente, estendido a toda jurisdição daquele estado (BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation: une justice douce*, p. 98 - tradução livre).

¹⁶¹ J. E. Carreira Alvim relata que “naquele país [EUA], os litígios são submetidos a um diagnóstico prévio, e só então encaminhados através da ‘porta’ mais adequada a cada situação: adjudicação formal, mediação, avaliação de caso, arbitragem ou serviços sociais” e sugere: “No Brasil, poderia ser criado um sistema análogo compreendendo: a conciliação, a mediação e a arbitragem”. Ao final, conclui Carreira Alvim: “as formas parajudiciais de resolução dos conflitos, dentre os quais a arbitragem, a mediação e a conciliação, são também emanações do fenômeno da deformalização das controvérsias, úteis para a composição dos conflitos quando o núcleo da pretensão material é transigível”. (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*, p. 195 e 198).

¹⁶² Michelle Tonon Barbado afirma notar-se, no final do séc. XX, “o crescimento do interesse na mediação. Uma insatisfação comum com o custo financeiro e com o desgaste emocional dos processos judiciais tornaram a mediação uma integrante de destaque no contexto de desenvolvimento dos métodos para resolução alternativa de disputas nos Estados Unidos. Naquele país, muitas companhias estão registrando elevadas economias por usarem a mediação para resolver suas disputas, especialmente aquelas relacionadas a queixas de consumidores. Além disso, muitos tribunais têm criado programas de RADs, realizando uma triagem e encaminhando os casos que possam comportar acordos e decisões concebidas fora do ambiente judicial. Citamos ainda que, com o auxílio tanto de recursos humanos como de departamentos jurídicos, empresas estão cada vez mais usando suas próprias equipes de mediação para resolver um amplo conjunto de disputas empregatícias, antes que elas alcancem o estágio de ações judiciais” (BARBADO, Michelle Tonon. *Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação*, p. 376-377).

professores Roger Fisher e William Ury, a qual popularizou tais procedimentos, rejeitando a forma tradicional e competitiva de negociação em favor do que eles denominaram de *negociação baseada em princípios*, consistente “em decidir as questões a partir de seus méritos e não através de um processo de regateio centrado no que cada lado se diz disposto a fazer e a não fazer. A negociação baseada em princípios sugere a procura de benefícios mútuos sempre que possível e que, quando os interesses entrarem em conflito, as partes insistam em que o resultado se baseie em padrões justos, independentes da vontade de qualquer dos lados.”¹⁶³ Este métodos, calcados em soluções *ganha-ganha*, logo invadiram os campos da mediação.

José Roberto de Albuquerque Sampaio afirma que “a opção pela mediação no sistema norte-americano, ordinariamente, advém do consenso das partes que pode se dar antes ou após surgido o litígio. Será antes, p.e., quando constar em um contrato cláusula que obrigue as partes a se submeter a mediação – neste caso, as cortes norte-americanas têm reconhecida a validade desta cláusula, obrigando as partes a se submeterem a mediação. Será após, quando, deflagrada a lide, as partes manifestarem seu desejo de sujeitarem-se a este método alternativo de resolução de conflito”¹⁶⁴. Além disso, “em muitas cortes, tanto em primeira como em segunda instância, os juízes têm explícita autoridade para remeter os litigantes a mediação de forma compulsória”¹⁶⁵.

No tocante à escolha do mediador, não há qualquer especificação quanto a sua formação profissional. Qualquer um pode ser mediador. Contudo, “a escolha do mediador, algumas vezes, se dá a partir de indicação da corte ou do *service provider* [serviços de controle da prática de mediação] de um ou mais nomes, dando a

¹⁶³ FISHER, Roger *et al.* *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, p. 16.

¹⁶⁴ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *O moderno conceito de acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador*, p. 136.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 136.

oportunidade às partes de fazerem sua opção. Em muitos casos, a escolha é feita livremente pela parte ou seu advogado, entre os mediadores integrantes de listas formadas pelas *courts* ou *service provider*, ou ainda, simplesmente baseada na boa reputação do mediador”¹⁶⁶.

Em matéria de resultados, fala-se em 78% de composição dos litígios submetidos à mediação nos Estados Unidos¹⁶⁷. Em escala nacional, mais de 90% dos que utilizaram a mediação expressam satisfação com o serviço. Um estudo do Instituto de Justiça Nacional descobriu que em casos de comparecimento de ambas as partes à sessão de mediação, é de 85% a 90% o percentual de pessoas que disseram haver chegado a um acordo mutuamente aceitável¹⁶⁸.

Nos Estados Unidos, os processos e programas de ADR¹⁶⁹ (*Alternative Dispute Resolution*) e os tribunais tem uma relação estreita e benéfica, em razão da redução do número de casos que chegam ao tribunal, da economia de tempo e de dinheiro, bem como de serem estes os melhores métodos para solucionar alguns tipos de demandas, em especial aquelas originadas em relações multiplexas.

Assim, os programas e os processos de *alternative dispute resolution* podem ser divididos em três categorias: 1) programas anexos ao tribunal (programas que são financiados, patrocinados e com frequência administrados e dirigidos diretamente pelos tribunais); 2) programas vinculados aos tribunais (programas que tem compromissos com os tribunais ou com os organismos públicos que objetivam

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 137.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 137.

¹⁶⁸ RAY, Larry. *El sistema legal descubre nuevas herramientas: las técnicas de resolución de disputas*, p. 231.

¹⁶⁹ Nos Estados Unidos, a mediação judicial é apenas uma das facetas do desenvolvimento dos modos alternativos de resolução de conflitos ligados aos tribunais, os quais podem assumir diferentes formas: *Mini-Trial*, *Moderated Settlement Conference*, *Summary Jury Trial*, *Court-Annexed Arbitrations*, etc.

proporcionar serviços de resolução de disputas); e 3) programas independentes (organismos com ânimo lucrativo ou beneficentes existentes na comunidade¹⁷⁰).

O Tribunal Superior do Centro de Resolução de Disputas Multiportas do distrito de Columbia está na primeira categoria, ou seja, de programas anexos ao tribunal. O centro oferece mediação e arbitragem junto com outros serviços de ADR. Os tribunais federais também patrocinam programas de *alternative dispute resolution*, podendo-se citar como exemplo o juiz A. Joseph Fish (Distrito Norte de Texas), que utiliza com frequência a mediação para ajudar às partes a resolver os problemas¹⁷¹.

O Centro de Mediação de Asheville, Carolina do Norte, representa a segunda categoria, a dos programas vinculados ao tribunal. Na terceira categoria encontra-se a Junta Comunitária de San Francisco, um programa de resolução de disputas independente de cunho comunitário.

Apesar do sucesso da utilização da mediação nos Estados Unidos, interessante é o paralelo traçado por Jean-François Six entre a concepção de mediação norte-americana e a concepção francesa do instituto. Segundo este autor, a concepção norte-americana é conservadora e vê a definição da mediação restrita a uma forma de resolução de conflitos: “a mediação é, portanto, um trabalho de ‘resolução de conflitos’ entre as diferenças.”¹⁷²

De outro lado, a concepção europeia é aberta: o conceito de mediação inclui a resolução de conflitos, mas vai além, alcançando a gestão ativa dos conflitos pela catálise de um terceiro¹⁷³: “nessa cultura, particularmente herdada da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o outro homem, o além de nós, é um

¹⁷⁰ RAY, Larry. *El sistema legal descubre nuevas herramientas: las técnicas de resolución de disputas*, p. 234.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 234.

¹⁷² SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*, p. 257.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 264-265.

homem como nós, em igualdade; e, portanto, as semelhanças são mais importantes que as diferenças. Nessa cultura, a mediação não é mais primeiramente questão de solução de conflito, mas trabalho de regulação constante das relações entre uns e outros; isso não esquecendo jamais a semelhança fundamental. Trata-se, então, na mediação, de estabelecer constantemente novas ligações entre uns e outros, numa verdadeira criatividade; ou ainda de reparar os laços que se distenderam ou foram submetidos a qualquer dano; ou ainda gerenciar rupturas de ligações, desavenças”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ *Ibid.*,p. 257-258.

3.4. Outras experiências estrangeiras

No contexto ocidental, percebe-se crescente a tendência de utilização da mediação como alternativa para a solução dos conflitos.

Na União Européia, seu maior destaque está na tratativa de uma Diretiva Comunitária a respeito da Mediação de Conflitos, cujos prévios efeitos, em Portugal, resultaram na criação dos "Julgados de Paz", por meio da Lei n.78/2001, que incentiva o processo de mediação de conflitos na busca da justa composição dos litígios por acordo das partes.¹⁷⁵

Neste quadro, o Direito espanhol prevê como formas de soluções de conflitos a mediação, a conciliação e a arbitragem. Em especial, no tocante à mediação, foi com a Lei de Divórcio, de 1981, que se deu o início da sua instauração naquele país¹⁷⁶.

Já na Catalunha, tanto o Código de Família (Lei n. 9, de 15.07.1998), quanto a Lei de Mediação Familiar (Lei n. 1, de 15.03.2001), regulam a aplicação do instituto¹⁷⁷, sendo que esta estabelece como princípios da mediação familiar “a voluntariedade (as partes podem finalizar a mediação quando entenderem oportuno), a imparcialidade (conduta do mediador perante as partes de modo a não existir benefícios a qualquer das partes em detrimento da outra) e a confidencialidade (significa o sigilo do conteúdo da mediação, não podendo o mediador ser testemunha ou perito em ação

¹⁷⁵ MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Mediação para a paz: ensino Jurídico na era medialógica*.

¹⁷⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 121.

¹⁷⁷ O Código de Família da Catalunha determina que se forem atendidas as circunstâncias do caso, a autoridade judicial pode entender que em vários aspectos o caso pode ser resolvido por acordo, daí podendo encaminhar as partes a um mediador ou entidade mediadora com a finalidade de solucionar o conflito (SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 121).

judicial)”¹⁷⁸. Os acordos devem versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, estando excluídas as causas relativas a conflitos sucessórios e aqueles relativos a empresas familiares. É possível, entretanto, a mediação de causas que envolvam guarda dos filhos, exercício do poder familiar, regime de visitas e uso do domicílio familiar.¹⁷⁹

No Canadá, a mediação judicial pode ser realizada como audiência preliminar, sendo feita por um juiz diverso daquele que julgará a causa. A mediação pode, ainda, a exemplo do modelo norte-americano, “ser voluntária ou obrigatória, sendo o mediador escolhido entre aqueles pertencentes aos quadros do Tribunal ou perante mediadores particulares”¹⁸⁰.

Em Quebec, há registro da implantação de serviço de pré-mediação obrigatório antes de toda a interposição de ações relativas a direito de família. Neste sistema, “as partes devem comparecer a uma entrevista de uns quinze a vinte minutos, onde recebem informações a respeito da mediação, seu procedimento, as obrigações do mediador, dos mediados e dos advogados. Depois de um prazo, elas optam pela mediação ou se ajuízam a causa”¹⁸¹.

No Uruguai, a Constituição proíbe que se dê início a processo contencioso – salvo as exceções estabelecidas em lei – sem previamente ter-se intentado a conciliação ante a Justiça de Paz. Tampouco pode iniciar-se o processo contencioso administrativo sem haver esgotado, previamente, a via administrativa. No âmbito do

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 122.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 122.

¹⁸⁰ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *O moderno conceito de acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador*, p. 137.

¹⁸¹ VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação, o mediador, a justiça e outros conceitos*, In OLIVEIRA, Ângela (coord.). *Métodos de Resolução de Controvérsias*, p. 114.

direito trabalhista, as leis estabelecem, na via administrativa, uma instância prévia conciliatória e, na processual, uma audiência de conciliação perante o juiz da causa¹⁸².

Ainda no tocante à mediação de conflitos trabalhistas, refira-se que, na Espanha, com o Real Decreto-lei n. 5, de 26.01.1979, foi criado o Instituto de Mediação, Arbitragem e Conciliação, órgão ligado ao Ministério do Trabalho¹⁸³. Segundo as disposições contidas neste decreto-lei, “os trabalhadores e empresários poderão solicitar do Instituto a designação de um mediador imparcial em qualquer momento de uma negociação ou de uma controvérsia coletiva”. Importante ressaltar as regras encontradas no Estatuto dos Trabalhadores (Lei n. 8, de 10 de março de 1980), com aprovação do texto refundido através do Real Decreto Legislativo n. 1, de 24 de março de 1995, estando previsto no seu artigo 4º, item 1, “c” e “d”, a negociação coletiva e a adoção de medidas de conflito coletivo, respectivamente, como direito laboral dos trabalhadores. O Título III do Estatuto analisa a negociação e as convenções coletivas, sendo encontrada a figura do mediador no seu artigo 89, item 4, quando estabelece que *em qualquer momento das deliberações* (no caso é o procedimento da negociação coletiva), *as partes poderão acordar a intervenção de um mediador designado por elas*”¹⁸⁴.

As regras portuguesas sobre soluções de conflitos coletivos de trabalho são encontradas no Capítulo VIII, do Decreto-lei n. 519, de 29 de dezembro de 1979, que prevê, além da mediação, a conciliação e a arbitragem. As partes podem a qualquer

¹⁸² BIDART, Adolfo Gelsi. *Participação popular na administração da justiça*, p. 254.

¹⁸³ VILLATORE, Marco Antônio. *Mediação na solução de conflitos de trabalho e o direito comparado*, p. 2.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 3.

tempo acordar na utilização da mediação nos conflitos coletivos que resultem da celebração ou revisão de uma convenção coletiva¹⁸⁵.

Já na Itália, a mediação trabalhista possui como característica marcante, a propriedade de ser uma atividade de composição dos conflitos coletivos executada prevalentemente por organismos estatais. Contudo, “o termo mediação não aparece, direta e expressamente, em momento algum do ordenamento jurídico italiano. É indicado indiretamente, mas apenas como conciliação, através do artigo 23, letra **d** do Decreto do Presidente da República n. 520, de 19 de março de 1955 (com regras para os órgãos regionais e provinciais do trabalho) e do artigo 12, primeiro parágrafo da Lei n. 628, de 22 de julho de 1961 (os órgãos do trabalho e da máxima ocupação desenvolvem funções de conciliação nas vertências do trabalho)... Por essa razão, foram surgindo vários documentos formais e informais (documentos, cartas, circulares, pareceres ministeriais) na tentativa de preencher-se as lacunas deixadas pelo legislador e sugerindo os contornos da atividade compositiva do terceiro”¹⁸⁶.

Como se vê, a mediação, difundida universalmente, tem se demonstrado, em seus diferentes modelos – em maior ou menor grau – uma alternativa eficiente de justiça coexistencial, estando seu aproveitamento diretamente vinculado a fatores políticos (pois dependente da política judiciária no sentido de que seja dado o devido prestígio a este método alternativo/complementar de solução de conflitos), culturais (em países com uma cultura de composição consensual bem enraizada é favorecido o desenvolvimento da mediação), econômicos (em países onde há acentuadas diferenças sociais, a mediação tende a perder espaço, seja pela falta de verbas públicas para sua

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 7.

correta estruturação, seja pelo desequilíbrio da relação entre as partes) e jurídicos (já que deve respeito ao sistema no qual estiver inserida).¹⁸⁷

¹⁸⁷ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *O moderno conceito de acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador*, p. 140-141.

PARTE II - MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1. Exame crítico do ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, muito embora conste do preâmbulo da Constituição Federal como enunciado do Estado Democrático a solução pacífica das controvérsias, a mediação, forma não adversarial de solução de conflitos amplamente difundida em outros países, ainda não foi objeto de regulamentação na esfera do direito civil ou do direito processual civil, havendo apenas o Projeto de Lei n. 4.827/98 que será a seguir abordado. As regras existentes versam sobre questões trabalhistas, notadamente aquelas relativas a reajuste de salários, participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e negociação coletiva.

Assim é que, no tocante ao reajuste de salários, o art. 10 da Lei n. 10.192/2001 faz menção expressa à negociação promovida diretamente entre as partes ou através de *mediador*, que será designado de comum acordo pelas partes ou, a pedido destas, pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

O art. 2º da Lei n. 10.101/2000, por sua vez, possibilita a utilização da **mediação** caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultado da empresa resulte em impasse.

Já a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista é regulada no Decreto n. 1.572/1995, segundo o qual, “frustrada a negociação direta, na respectiva data-base anual, as partes poderão escolher, de comum acordo, *mediador* para composição do conflito” ou poderão solicitar ao Ministério do Trabalho a designação do mediador, o qual será escolhido dentre os profissionais cadastrados perante aquele Ministério, desde que as partes concordem quanto ao pagamento dos honorários por ele

proposto ou, ainda, sem ônus para as partes, podendo o mediador ser um servidor do quadro do Ministério do Trabalho.

Apesar da ausência de regulamentação específica acerca do processo de mediação fora do âmbito do direito trabalhista, desde a criação do Juizado de Pequenas Causas, tem o legislador se preocupado em “assegurar justiça ampla e eficaz”, combinando “os dois regimes tradicionais de solução de conflitos, através da conjugação de mecanismos extrajudiciais de composição (conciliação e arbitragem) e de solução judicial propriamente dita (prestação jurisdicional específica).”¹

Neste quadro, passa-se à análise da utilização da mediação, bem como de outros institutos consensuais de resolução de conflitos, em alguns dos vários ramos do direito brasileiro.

¹ Exposição de motivos n. 007 de 17.05.1983 referente ao Projeto de Lei n. 1950 de 1983, relativo à criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.

1.1. Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho

A finalidade principal da Justiça do Trabalho é conciliar as partes, alcançando a paz e a harmonia social. Conciliar é atribuição constitucional da justiça trabalhista a teor do disposto no art. 114 da Constituição Federal. Ela é valorizada e perseguida durante todo o processo, sendo obrigatória antes da apresentação da defesa (art. 846 da Consolidação das Leis do Trabalho) e após as razões finais (art. 850 do mesmo Diploma Celetário)².

Por este motivo, Luiz Felipe Spezi, no final dos anos 90, afirmava que, no Brasil, a mediação era utilizada quase que exclusivamente na Justiça do Trabalho, em razão da “obrigatoriedade da fase conciliatória, tanto no processo individual quanto no coletivo”³, muito embora tal utilização não ocorresse por meio da participação de mediadores especializados, “cabendo aos Juízes Classistas e ao Juiz-Presidente das Juntas de Conciliação e Julgamento a realização da mediação, embaraçados pela própria atividade que exercem, já que, por dever de ofício, devem decidir o litígio, o que lhes dificulta sobremaneira, além de inibir as partes.”⁴

Ainda sob esta ótica Regina Maria Vasconcelos Dubugras⁵, sustenta que em resposta à necessidade de criação de meios alternativos de solução de conflitos - ou mesmo pelo aprimoramento dos já existentes - foi aprovada a Lei n. 9.958/2000, que

² Pela redação da CLT, o que é compulsória não é a conciliação, mas a tentativa de conciliação. Contudo, a jurisprudência firmou-se no sentido de que apenas a última tentativa de conciliação é obrigatória, sob pena de nulidade (TRT4R, processo n. 01885-2004-000-04-00-4 (AR), Juiz: LEONARDO MEURER BRASIL, data de publicação: 20/04/2005).

³SPEZI, Luiz Felipe. *Formas de solução dos conflitos do trabalho (autônomas, heterônomas, conciliação, mediação e arbitragem, solução jurisdicional). Atuação do Ministério Público do Trabalho*, p. 108.

⁴ *Ibid.*, p. 108.

⁵ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Conciliação trabalhista, mediação extrajudicial e mediação judicial – diferenças, semelhanças e simbiose – um degrau para a introdução da mediação conciliatória na Justiça do Trabalho*, p.310.

instituiu as Comissões de Conciliação Prévia⁶ como meio extrajudicial de solução de conflitos, incluindo vários dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entre eles o art. 625-A, o qual determina poderem as empresas e os sindicatos “instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho”.

Referida Lei n. 9.958/2000 também acrescentou à CLT o art. 625-D e seus parágrafos, prevendo a submissão de qualquer demanda de natureza trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

As inovações legislativas conduziram a interpretações jurisprudenciais divergentes.

O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (2ª Região), por meio de sua Súmula n. 02⁷, decidiu ser o comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia uma faculdade assegurada ao obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo art. 625-E, parágrafo único da CLT, mas que não constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

⁶ José Pastore anota que “com a chegada das CCPs, o número de ações na Justiça do Trabalho despencou, e isso ocorreu no período de 2001-2002, anos recessivos, quando, normalmente, as demissões aumentam e provocam uma avalanche de reclamações trabalhistas. Inegavelmente, o clima mudou. Com as CCPs as partes passaram a se entender diretamente e os conflitos judiciais diminuiram” (PASTORE, José. *Em defesa da conciliação trabalhista*, p. 2).

⁷ RA n° 08/2002 - DJE 12/11/02, 19/11/2002, 10/12/2002 e 13/12/2002.

No mesmo sentido segue a Súmula n. 35 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: "A ausência de submissão de qualquer demanda de natureza trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, não autoriza a extinção do processo sem julgamento do mérito".

De outro lado, registra-se precedente do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região⁸, segundo o qual a formalidade de submeter previamente a demanda à comissão de conciliação prévia é exigível porque não exclui a lide da apreciação pelo Poder Judiciário, mas apenas condiciona que as partes tentem primeiro a via conciliatória administrativa.

Esta corrente jurisprudencial está apoiada em doutrina que não vê o direito de ação como um direito absoluto, podendo estar ele sujeito a condições estabelecidas pelo legislador, desde que estas sejam razoáveis - dentro do critério substancial das garantias do devido processo legal -, legítimas e se subsumam às categorias clássicas da possibilidade jurídica, da legitimação para a causa e do interesse de agir⁹. No caso, a prévia tentativa conciliatória estaria inserida nesta última categoria, porque "visto o interesse de agir por seus indicadores fundamentais - a necessidade de tutela jurisdicional e sua utilidade (ou adequação) -, não haverá necessidade de recorrer às vias jurisdicionais enquanto caminhos alternativos forem ainda capazes de levar à solução espontânea do conflito de interesses".¹⁰

Em outra via, na análise de Maurício Godinho Delgado, a descentralização de poder tentada pela Lei n. 9.958, de 2000, conferindo ao documento conciliatório extrajudicial eficácia liberatória geral, passa, necessariamente, no Direito brasileiro, pela negociação coletiva trabalhista, visto que somente no plano do Direito

⁸ RO nº 3003, Rel. Juiz Saulo Emídio dos Santos, julgado em 13 de março de 2001.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, p. 94-95.

¹⁰ *Ibid.*, p. 95.

Coletivo do Trabalho “podem existir garantias grupais necessárias para uma equânime distribuição de poder no âmbito dos sujeitos em conflito”¹¹ em atenção ao disposto no art. 8º, inc. VI, da Constituição Federal.

De fato, no plano do Direito Coletivo, a Emenda Constitucional n. 45, datada de 8 de dezembro de 2004, modificou a redação do § 2º do art. 114 da Constituição Federal, condicionando a instauração do dissídio coletivo econômico não só ao esgotamento do processo negocial, mas também à concordância da outra parte.¹²

Anote-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, já em época anterior à Emenda Constitucional n. 45, caminhava no sentido de que o art. 114, § 2º da Constituição Federal pressupunha a prévia negociação ou arbitragem para o fim de os sindicatos ajuizarem dissídio coletivo, sendo, portanto, a negociação prévia requisito indispensável à propositura da ação coletiva.¹³ No mesmo sentido, a Instrução Normativa n. 4 do Tribunal Superior do Trabalho - revogada pela Resolução n. 116/2003¹⁴ - definindo a interpretação quanto ao procedimento a ser adotado nos processos de dissídio coletivo de natureza econômica no âmbito da Justiça do Trabalho, determinava que frustrada, total ou parcialmente, a autocomposição dos interesses coletivos em negociação promovida diretamente pelos interessados, ou mediante intermediação administrativa do órgão competente do Ministério do Trabalho, poderia ser ajuizada a ação de dissídio coletivo¹⁵.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*, p. 669-670.

¹² HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho*, p. 142.

¹³ STF, Agravo regimental em agravo de instrumento n. 166962-5, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, j. 30.04.1996.

¹⁴ DJ 26-03-2003.

¹⁵ Este é o conteúdo do art. 616 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. § 1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência

Wagner Giglio, em crítica às formas autocompositivas de solução dos conflitos coletivos, afirma depender o resultado da autocomposição “da liberdade da negociação, e essa liberdade requer igualdade de situação, que já não existe mais. A pressão exercida pelas condições da economia atual, de desemprego generalizado, sem perspectiva de melhora, torna ineficazes as formas tradicionais de composição dos conflitos: a negociação direta, a mediação e a conciliação delas resultantes. Como consequência das condições atuais, os resultados dessas formas de autocomposição dos conflitos coletivos têm sido bastante desfavoráveis aos trabalhadores: na melhor das hipóteses, são mantidos os direitos anteriores e garantidos, temporariamente, os empregos; na pior, reduzem-se benefícios, negociam-se rescisões contratuais e generaliza-se a insatisfação, que vai eclodir nas etapas seguintes de negociação”.¹⁶

Cristiano Álvares Valladares do Lago e Andréa Menezes Rios Valladares do Lago, da mesma forma, censuram a mediação para negociação coletiva nas relações trabalhistas pela falta de exigência de habilitação técnica dos mediadores cadastrados junto ao Ministério do Trabalho, acarretando à insatisfação com os respectivos processos, “caindo tais medidas no desuso, restando esquecidas e não utilizadas pelo tempo.”¹⁷

Social, para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes. § 2º No caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do Ministério de Trabalho e Previdência Social, ou se malograr a negociação entabulada, é facultada aos Sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo. § 3º - Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo. § 4º - Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente”.

¹⁶ GIGLIO, Wagner D. *Solução dos conflitos coletivos: conciliação, mediação, arbitragem, resolução oficial e outros meios*, p. 311.

¹⁷ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. *Mediação no direito de família*, p.88.

Contudo, a par das críticas apresentadas, a mediação é um fato no âmbito do direito do trabalho e do direito processual do trabalho brasileiros, sendo inegável sua utilização para solução de conflitos trabalhistas, podendo-se, por exemplo, citar a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) como árbitro e mediador na solução de conflitos de natureza coletiva, envolvendo trabalhadores e empresas ou as entidades sindicais que os representam, tudo com fulcro no art. 83, inc. XI da Lei Complementar n. 75/93 e na Resolução n. 44 do Conselho Superior do MPT¹⁸.

¹⁸ Informações disponíveis em <http://www.pgt.mpt.gov.br/institucional/mpt/atuacao.html>.

1.2. Código de Processo Civil de 1973 e Novo Código Civil

Era da tradição luso-brasileira a tentativa de conciliação como diligência prévia à propositura da demanda¹⁹. Assim o art. 161 da Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824) dispunha que “*sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum*”, complementado pelo art. 162 daquela Constituição: “*Para este fim haverá juizes de paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei*”.

Com a República, foi extinta tal obrigatoriedade, restando, contudo, em vários Estados, a conciliação em caráter facultativo. ”No Rio Grande do Sul, a L. n. 10, de 16 de dezembro de 1895, decretada por Júlio de Castilhos (Lei de Organização Judiciária), dispunha competir aos então ‘juizes districtaes’ o ‘homologar dentro de sua alçada os compromissos entre pessoas capazes de contractar’ (art. 74, §2º).”²⁰

A Justiça de Paz foi igualmente mencionada na Constituição de 1946, cujo art. 124, inc. X assim dispunha: “Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: (...) X – poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos ou outros atos previstos em lei”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inc. II, traz configuração semelhante determinando a criação pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, da justiça de paz nos seguintes termos: “justiça de paz, remunerada,

¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*, p. 88. O autor faz referência à conciliação desde às Ordenações Filipinas.

²⁰ *Ibid.*, p. 88.

composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

No plano infraconstitucional, ao longo da história, a tentativa de conciliação foi aos poucos sendo restaurada: em 1932 com a legislação trabalhista, após, com a Lei n. 968/1949, que “veio a impô-la também nas ações de desquite litigioso e de alimentos, aqui como pressuposto processual.”²¹

O Código de Processo Civil de 1973 – muito embora nele a conciliação prévia tenha cedido espaço à conciliação no curso do processo - “trouxe a tentativa conciliatória como instituto do direito processual comum, em caráter cogente e como ato inicial da audiência”²², a teor das regras insculpidas nos artigos 447 a 449 daquele Código.

Posteriormente, face à crise dos mecanismos tradicionais de jurisdição e à inclusão do Brasil no contexto de readequação dos procedimentos judiciais através de meios alternativos para a solução de conflitos, reformou-se o Código de Processo Civil, com o advento da Lei n. 8.952/94, incluindo, no procedimento ordinário, uma audiência preliminar de conciliação com o fim de conciliar os litigantes e sanear o processo e, no caso de não haver acerto, deixar disposição para ser proposta a qualquer momento com o objetivo de dar um fim pacífico ao litígio. Nesta trilha seguiram-se a Lei n. 9.099/95

²¹ *Ibid.*, p. 88.

²² *Ibid.*, p. 89.

“que, de forma tênue, prevê, no seu artigo 2º, o uso dos institutos da Conciliação e Transação, e a Lei n. 9.307/96, que regulamentou o Instituto da Arbitragem.”²³

Também com a Lei n. 8.952/94, inseriu-se o inciso IV do art. 125: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”, tornando a atividade de tentar conciliar as partes decorrência do ofício do magistrado²⁴.

No ano seguinte, a Lei n. 9.245/95 deu nova redação ao art. 277 do Estatuto Processual Civil, fazendo constar, como primeira audiência a ser designada no procedimento sumário, a de conciliação.

Joel Dias Figueira Júnior, ao comentar o dispositivo legal inovado, afirma permitirem a conciliação ou a transação “não só a extinção amigável da lide processual, através de uma sentença de mérito (art. 269, III, do CPC), como não raras vezes a própria solução dos conflitos sociológicos de interesses intersubjetivos.”²⁵

Com o compromisso de tentar a conciliação ou a transação, “todo magistrado é acima de tudo um pacificador social cuja missão harmonizadora transcende a composição da lide processual através de uma sentença de procedência ou improcedência do pedido, o que, de qualquer maneira, representa sempre um ato impositivo de violência praticado pelo Estado no exercício da jurisdição (dizer e fazer exercer o direito do vencedor).”²⁶

De fato, ainda que capaz de gerar segurança jurídica em razão da coisa julgada que a ela será agregada, a sentença mostra-se incapaz de resolver a lide existente fora do processo (a lide social), sendo que, não raras vezes, restam insatisfeitos

²³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*, p.113.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006*, p. 334.

²⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, Tomo I, p. 390.

²⁶ *Ibid.*, p. 390.

tanto o autor quanto o réu com a solução que lhes foi imposta pelo Estado. Por isso, “não basta propor a conciliação ou a transação; imprescindível é a sua tentativa efetiva, exigindo do magistrado tempo, dedicação e vocação conciliatória.”²⁷

Necessário, aqui, mencionar a figura do conciliador, auxiliar da justiça, como previsto no § 1º do art. 277 do Código de Processo Civil.

É que “havendo conciliador será ele a autoridade que presidirá a fase preambular da audiência, dialogando diretamente com as partes, propondo acordo, demonstrando as vantagens ou possíveis desvantagens numa e noutra hipótese”²⁸ – muito embora como o conciliador, na qualidade de mero auxiliar, não possua ele jurisdição e, não frutificando o acordo, na etapa seguinte, a audiência deverá ser presidida pelo juiz togado, pena de nulidade²⁹.

Recentemente, vieram as alterações trazidas pela Lei n. 10.444/2002 - passando o art. 331 do Código de Processo Civil a prever hipótese de designação de audiência preliminar de tentativa de conciliação quando versar a causa sobre direitos que admitam transação – bem como as contidas na Lei n. 11.232/2005 - que revogou o art. 584 do Código de Processo e elencou entre os títulos executivos judiciais a sentença homologatória de conciliação ou de transação (ainda que inclua matéria não posta em juízo), a sentença arbitral e o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente.

²⁷ *Ibid.*, p. 391.

²⁸ *Ibid.*, p. 394.

²⁹ PROCESSO CIVIL. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. AUDIÊNCIA CONDUZIDA E ENCERRADA POR CONCILIADOR. INADMISSIBILIDADE. O princípio constitucional do juiz natural assegura a todos a prestação da tutela jurisdicional por um órgão monocrático ou colegiado investido da função jurisdicional, não lhe sendo permitido delegá-la. Muito embora o artigo 277, § 1.º, do Código de Processo Civil autorize seja o juiz auxiliado por conciliador, não obtido o acordo, o ato não pode ser encerrado sem que se oportunize ao réu apresentar ao juiz sua resposta. Recurso provido. (STJ, RESP 423117/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 19.09.2002, DJ 07.10.2002 p. 253).

A despeito de a experiência conciliatória ter encontrado espaço amplo em nosso ordenamento jurídico face à sua comprovada eficiência, para J. E. Carreira Alvim³⁰, a conciliação é um excelente instrumento de minimização do processo que, fora do processo, não tem sido devidamente explorada. Eis os comentários do autor em Congresso de Magistrados realizado em Fortaleza/CE, no ano de 1995:

“O conciliador não é órgão jurisdicional, nem exerce jurisdição – tem a natureza jurídica de mero auxiliar da justiça – mas ‘vale como multiplicador da capacidade do juiz, trabalhando sob a supervisão deste’. Essa função, se bem estruturada, pode ser uma excelente alternativa, não só para aliviar a Justiça togada, mas sobretudo, para ministrar a justiça, num País carente de uma estrutura jurisdicional para atender aos seus jurisdicionados. O juiz de paz atende aos melhores requisitos para promover a autocomposição das partes, na medida em que **é um mediador que tem o respaldo do voto popular** – sendo eleito dentre os cidadãos integrantes do próprio meio social – além de exercer uma atividade remunerada, que lhe permite dedicar-se ao exercício desse mister. (...) **Sendo um mediador eleito**, terá por certo, a confiança da maioria dos eleitores e a desconfiança dos adversários políticos, mas se puder mediar os conflitos da maioria, já prestará um grande serviço à comunidade. Nada impede, por outro lado, que além do juiz de paz, atuem outros conciliadores, pessoas de bem, que tenham a estima da sociedade.

Para que o resultado dessa atividade parajudicial se faça sentir também na atividade jurisdicional, seria aconselhável que a lei lhe reservasse uma participação mais direta nos conflitos de interesses, na fase conciliatória, principalmente devido à sua peculiar condição de integrante da mesma comunidade a que pertencem os próprios contendores, as famílias dos mesmos e todo um passado que o coloca em melhores condições do que o juiz de direito de pacificar os litigantes. **Poderia a lei, nas causas que admitem a transação: a) condicionar, obrigatoriamente, o ingresso em juízo à prévia tentativa de conciliação perante o juiz de paz ou conciliador; b) reservar a esse auxiliar o labor da conciliação judicial, ao qual seriam remetidos os autos nessa fase do processo.** Como o atual Código de Processo Civil faculta ao juiz ‘tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes’, poderá a lei, ao criar a figura do conciliador temporário, atribuir-lhe essa primeira tentativa conciliatória, ou então facultar ao juiz encaminhar os autos a esse conciliador” (grifos nossos).

³⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*, p. 192-193.

Nos termos do art. 840 do Código Civil Brasileiro, “a transação é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”³¹, sendo permitida somente em relação a direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841, Código Civil).

A transação tanto pode ser extrajudicial, quanto judicial.

Diz-se extrajudicial quando a transação é levada a “efeito ante um litígio iminente preventivamente evitado, mediante acordo dos interessados que, fazendo concessões recíprocas, resolvem as controvérsias por meio de escritura pública, se a lei a exigir, ou particular, nos casos em que a admitir, sem que haja necessidade de homologação judicial.”³² De outro lado, “a transação será judicial se se realizar no curso de um processo, recaindo sobre direitos contestados em juízo.”³³

Há quem afirme que a conciliação diverge da transação “pelo seu caráter de ato praticado *no curso do processo*, mediante a iniciativa e com a intervenção do magistrado; por seu conteúdo substancial, nem sempre implicando em recíprocas concessões; pelas conseqüências de ordem processual. Estas últimas, entretanto, podem ser comuns à transação avençada diretamente pelas partes *fora do processo*, e comunicada ao juiz ora como causa de cessação do objeto do litígio, ora para obter a homologação e a executoriedade do acordo que estabeleça prestações a serem cumpridas”.³⁴

A conciliação, para Joel Dias Figueira Júnior, significa “a composição amigável sem que se verifique alguma concessão por quaisquer das partes a respeito do pretense direito alegado ou extinção de obrigação civil ou comercial (desistência da

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, p. 499.

³² *Ibid.*, p. 500.

³³ *Ibid.*, p. 500.

³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*, p. 91.

ação, renúncia ao direito, reconhecimento do pedido). Quem transaciona realiza, necessariamente, autocomposição; de forma diversa, as partes que apenas conciliam não estão transacionando...”.³⁵ Assim, em alguns casos, da conciliação pode resultar o reconhecimento do pedido, a renúncia à pretensão ou a desistência da ação, “hipóteses em que, embora ocorra a solução da lide, na verdade, não há pacificação”.³⁶

Para outros, “o vocábulo conciliação não tem sentido unívoco em direito processual”,³⁷ pois há conciliação quando as partes realizam a transação, quando o réu reconhece o pedido ou o autor renuncia ao direito afirmado, quando ocorre desistência da ação, ou até mesmo na hipótese de acordo visando suspender o processo por algum tempo, à espera de uma possível negociação.

Como se vê, a transação é ato jurídico de direito material, que pertence à categoria dos negócios jurídicos, “tendo fundamento na autonomia da vontade e sendo, como os negócios jurídicos em geral, ato de *auto-regulação dos próprios interesses*.”³⁸ É negócio jurídico bilateral, caracterizado por mútuas concessões, que gera efeitos sobre as esferas jurídicas de todos os participantes.

É, pois, autêntico contrato, nos exatos termos da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil) e, quando celebrada no curso do processo, causa a resolução do mérito

³⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, p. 279.

³⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*, p. 78.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, p. 560-561.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. II, p. 1060.

processual consoante a regra disposta no art. 269, inc. III, do Código de Processo Civil³⁹.

Já o termo *conciliação* pode expressar tanto a atividade endoprocessual voltada a obter uma solução negociada para o conflito (do que é exemplo a regra do inc. IV do art. 125 do CPC, quanto pode representar “o *resultado* da negociação entre os litigantes”⁴⁰ (como, por exemplo, o sentido dado pelo inc. III do art. 475N do CPC ao elencar a sentença homologatória de conciliação entre os títulos executivos judiciais).

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “o resultado da atividade conciliatória endoprocessual pode ser de caráter jurídico-material (transação, reconhecimento do pedido, renúncia ao direito) e pode ser puramente processual”,⁴¹ como quando ocorre desistência da ação ou ainda quando os litigantes acordam sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, § único do CPC).

Já a mediação é instituto que na forma e no conteúdo não é sinônimo de conciliação, nem de transação. A diferença entre mediação e transação está bem marcada, seja pela natureza jurídica de uma ou de outra, seja pela forma, sendo que no primeiro caso, *sempre* haverá um processo mediacional com a atuação de um terceiro, o mediador.

Já a diferença entre conciliação e mediação está no fato de que “na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os

³⁹ Sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, “a transação dava azo à chamada *cessação da instância*, que em essência era uma extinção do processo sem julgamento do mérito, justamente em razão do desaparecimento da matéria contenciosa” (*Ibid.*, p. 1062).

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. II, p. 963.

⁴¹ *Ibid.*, p. 963.

interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si sós, à solução da controvérsia”.⁴²

Todavia, não se pode olvidar que a mediação possui, hoje, duas faces: a mediação clássica - que não se volta precipuamente ao processo e cujo objetivo principal é solucionar o conflito, tomando o acordo como mera consequência desta solução - e a mediação voltada ao processo (denominada de mediação paraprocessual), cujo objetivo principal é a obtenção do acordo, pois “tem em vista o escopo precípua de evitar ou encurtar o processo, sendo a pacificação dos contendores a consequência de um acordo alcançado pelo consenso dos interessados”.⁴³

Não por outra razão, há quem diga ser a mediação “a própria conciliação quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem apreciadas pelos litigantes”.⁴⁴

De fato, vista pela face que está voltada ao processo, a linha divisória entre a conciliação e a mediação torna-se muito tênue. Contudo, não obstante neste caso seus objetivos entrelacem-se, o processo de uma e de outra será sempre diverso. Na conciliação, a questão trazida pelas partes é superficialmente tratada, pois o enfoque principal é dado aos aspectos objetivos e limitados da controvérsia apresentada em juízo. Já na mediação, o enfoque principal é dado aos reais interesses dos litigantes, na

⁴² *Ibid.*, p. 27.

⁴³ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁴ Nesta trilha anda o pensamento de Cândido Dinamarco: “A *conciliação* consiste na intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição. Pode dar-se antes do processo e com vista a evitá-lo, qualificando-se nesse caso como conciliação *extraprocessual*; quando promovida no curso do processo é *endoprocessual*. A *mediação* é a própria conciliação, quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem apreciadas pelos litigantes (ela é objeto de normas específicas em certos países, como a França e a Argentina)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 123).

tentativa de preservar futuras relações que possam existir entre elas e por meio de uma solução por elas encontrada.

Verifica-se, portanto, que a transação e a conciliação já estão bem regulamentadas no direito brasileiro, ao contrário, da mediação que ainda carece de regramento jurídico e que, por tal razão, apesar das divergências apontadas, vem sendo aplicada com fundamento em normas relativas a institutos diversos, valendo-se, ainda, do regulamento de mediação proposto pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA,⁴⁵ entidade privada sem fins lucrativos, fundada em 24 de novembro de 1997, durante seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça, e que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, visando à excelência de sua atuação, assim como o desenvolvimento e credibilidade dos MESC's (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias)⁴⁶.

Deste modo, a mediação é, nos dias de hoje, uma realidade no Brasil, em especial no âmbito do direito de família, onde vem “sendo exercida por um número restrito de profissionais que se interessam pelo tema e o difundem, geralmente aqueles que já se encontram envolvidos com o direito de família e procuram meios para auxiliá-los na resolução dos casos que chegam a eles”⁴⁷. Neste sentido, registre-se a experiência de alguns Estados brasileiros, dentre eles o Estado de Goiás e o Estado do Paraná, os quais têm aplicado técnicas alternativas para a resolução dos conflitos, por meio do relato de Roberto Portugal Bacellar:

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Conciliação e Mediação no Processo Civil Brasileiro - Estado da Questão*, p. 12.

⁴⁶ Informações disponíveis em <http://www.conima.org.br>.

⁴⁷ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. *Mediação no direito de família*, p. 102.

Há três anos funciona no Juizado Especial Cível de Curitiba um plano piloto (teste na aplicação do modelo consensual) que busca a solução mediada de conflitos e se organiza da seguinte forma: antes de registrado o pedido ou na impossibilidade de recepcioná-lo, mediadores do Instituto de Mediadores Brasileiros, que trabalham integrados à Defensoria Pública do Estado do Paraná, aproximam os interessados visando a resolução do conflito. O acordo decorrente da mediação, após reduzido a termo, é referendado pela Defensoria Pública ou homologado pelo Juiz togado.⁴⁸

Registre-se, também o projeto de mediação judicial firmado entre a Universidade Luterana do Brasil, Campus de Gravataí/RS e o Poder Judiciário representado pela Direção do Fórum da cidade de Gravataí/RS, em fevereiro de 2001, no qual, no período de fevereiro de 2001 a junho de 2002, “dos 41 processos encaminhados, 18 obtiveram mediação integral; 2 obtiveram mediação parcial; 5 se encerraram com reconciliação das partes, ocorridas nos encontros; 10 não compareceram aos encontros (uma ou ambas as partes), retornando para a via judicial; 6 participaram do processo e desistiram da mediação, prosseguindo o processo”.⁴⁹

Contudo, a despeito de referências a aplicações práticas de mediação bem sucedidas, na visão de Alexandre Freitas Câmara, não há “dados objetivos conhecidos que permitam verificar se toda essa gama de normas jurídicas a respeito da mediação e da conciliação vem funcionando bem na prática. Por isso é que o exame da matéria no Direito brasileiro acaba por se dar, exclusivamente, no plano teórico. (...) De toda sorte, o que se pode dizer é que, não obstante a ausência de dados objetivos, o uso da mediação – bem como o interesse sobre o tema – vem crescendo no Brasil, a ponto

⁴⁸ BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*, p. 131.

⁴⁹ THOMÉ, Liane Maria Busnello *et al.* *Uma experiência em mediação familiar* p. 178.

de estar em trâmite processo legislativo de elaboração de uma lei de mediação⁵⁰, o que será objeto de análise a seguir.

Por fim, necessário mencionar nesta análise crítica do ordenamento jurídico brasileiro, o Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tal projeto piloto, nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, configura a “adoção de remédio simples e pragmático: a solução amigável dos conflitos, com a mediação generosa de operadores do direito e professores universitários, atentando-se a que a conciliação propicia maior rapidez na pacificação das partes e não apenas a solução do litígio, obtendo-se assim resultados com acentuada utilidade social, certo que, a qualquer tempo, o juiz pode tentar a conciliação das partes (art. 125, IV, do CPC)”⁵¹.

Consoante o disposto no art. 9º do Provimento 819/03 do Conselho Superior da Magistratura daquele Estado, “nas apelações que derem entrada no Tribunal e não tiverem preferência na distribuição (§ 1º do art. 405 do Regimento Interno), o vice-presidente da respectiva seção proferirá despacho mandando intimar as partes para que se manifestem, no prazo comum de dez dias, se têm interesse na realização de audiência de tentativa de conciliação, que será designada de imediato, se houver assentimento de todos os interessados”.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*, p. 16.

A conciliação que vem sendo praticada no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo vem ao encontro de um dos escopos da jurisdição, qual seja, o de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça. E esta é, em última análise, “a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade. Tal é o ponto de apoio e elemento de legitimação dos meios alternativos de solução de conflitos. Partes que transigem ou conciliador que encaminha litigantes a uma solução não têm solenes compromissos com a lei nem lhes toca dar-lhe efetividade ou promover-lhe a atuação (escopo jurídico da jurisdição). Mas a pacificação é o indisfarçável resultado dessas iniciativas, quando frutíferas – e tal é o ponto comum entre jurisdição e os meios alternativos”⁵²

E mais, O fato de o art. 92 da Constituição Federal elencar os órgãos do Poder Judiciário não significa que o sistema não incentive as formas alternativas de resolução de conflitos. Muito antes pelo contrário, basta lembrarmos dos Conselhos de Contribuintes, dos Tribunais do Comércio, dos Tribunais Desportivos, dos Tribunais de Contas e de Arbitragem⁵³ e da figura do juiz de paz, já mencionada.

Na prática, o Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demonstra, por meio de estatística, haver, no período de 01.01.2005 a 30.12.2005, ocorrido o percentual de 36% de aceitação da conciliação em ações de natureza diversas⁵⁴, o que demonstra um excelente resultado, se considerarmos a cultura adversarial de nosso povo, bem como o estágio avançado dos processos levados à conciliação – segundo grau de jurisdição.

⁵² *Ibid.*, p. 27.

⁵³ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁴ Dados obtidos no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (www.tj.sp.gob.br) em data de 28.01.2006.

A comprovar a viabilidade da conciliação, ainda que em sede recursal, refira-se, da mesma forma, os altos índices de aproveitamento alcançados pelo projeto de conciliação na segunda instância desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no ano de 2003, em causas relativas ao Sistema Financeiro de Habitação: dos processos submetidos à conciliação, obteve-se 68,25% de acordo⁵⁵.

⁵⁵ SANTOS, Eivaldo Ribeiro. *A conciliação nas causas do sistema financeiro da habitação*, p. 10.

1.3. Juizados Especiais Estaduais e Federais

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, precursores no estudo do acesso à justiça, concluíram que o despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça levou a três posições básicas, pelo menos no mundo Ocidental. A primeira “onda” desse movimento foi a assistência judiciária para os pobres, a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, em especial nas áreas da proteção ambiental e do consumidor e, por fim, a terceira onda, denominada pelos autores como *ênfase de acesso à justiça*, inclui as soluções anteriores, “mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”⁵⁶. Em suma, a terceira onda “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.⁵⁷

Como manifestações dessa nova tendência, surgem os “procedimentos especiais para pequenas causas, cujas características principais são: a promoção de acessibilidade geral, a tentativa de equalizar as partes, a alteração do estilo de tomada de decisões e a simplificação do direito aplicado”.⁵⁸ De fato, “no contexto do acesso à Justiça situam-se os Juizados, tais como previstos na lei, quer em virtude das técnicas de mediação e conciliação que esta consigna, quer pela simplificação de um procedimento verdadeiramente oral, quer graças à gratuidade da justiça, quer pela possibilidade de acesso direto, sem intermediação prévia”.⁵⁹

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. p. 31.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 67-68.

⁵⁸ PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*, p. 28.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas*, p. 08.

Nesta esteira, Cândido Rangel Dinamarco afirma ter a instituição dos Juizados de pequenas causas se filiado a terceira das ondas renovatórias responsáveis pela modernização e humanização do processo civil na segunda metade do século XX, “consistente em universalizar a jurisdição e racionalizar seu exercício, especialmente mediante a promoção de uma espécie de justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva”,⁶⁰ na medida em que buscava facilitar o acesso ao Poder Judiciário, bem como tornar mais célere e ágil o processo destinado a pacificar os litígios abrangidos em sua competência.

Em outras palavras, a Lei das Pequenas Causas “visou, acima de tudo, a tornar efetiva a solene promessa de outorga de tutela jurisdicional a quem tiver razão, feita pelo Estado-de-direito brasileiro em sede constitucional (CF, art. 5º, XXXV); quis eliminar resíduos representados pela não-efetivação dessa promessa constitucional em relação a pessoas humildes e suas causas modestas, além de permitir que o serviço jurisdicional apresente resultados úteis ao solucionar prontamente os conflitos antes que eles se expandam e cheguem a incomodar mais do que é aceitável”.⁶¹

Ada Pellegrini Grinover relembra ter sido com os “Conselhos ou Juizados de Conciliação que diversos Estados da federação brasileira, a partir de 1982, conseguiram instaurar no país verdadeiros canais institucionalizados para a Justiça conciliativa. Além de abrirem o caminho para os Juizados Especiais de Pequenas Causas”⁶², bem como ter sido “da experiência dos Conselhos de Conciliação do Estado do Rio Grande do Sul, depois disseminados em outros Estados do sul, que se colheram os dados empíricos que conduziram à elaboração da lei das pequenas causas”.⁶³

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*, p. 20.

⁶¹ *Ibid.*, p. 20.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*, p. 290.

⁶³ *Ibid.*, p. 290.

Assim, foi na tentativa de dar vazão a um número cada vez maior de conflitos de interesses não adequadamente solucionados ou nem mesmo submetidos à apreciação jurisdicional, tais como os direitos dos consumidores, a composição dos danos mais leves, o direito de vizinhança, entre outros, no ano de 1984, que se promulgou a Lei n. 7.244/84, que dispunha sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.

Este diploma legal dava ênfase ao instituto da conciliação, em consonância com a tendência à *deformalização* - pela reestruturação das garantias formais, quando inadequadas para casos que exigiam, antes de mais nada, uma intervenção rápida - e à *delegalização* dos litígios - pela possível submissão de certas causas a um juízo de equidade, subtraindo-as da solução legal⁶⁴ - atentando não só à idéia de acesso à Justiça, mas também às garantias do devido processo legal, de molde a alcançar meios efetivos de as partes utilizarem o Estado na solução de todos os conflitos.

E isto porque “acesso à Justiça, longe de confundir-se com acesso ao Judiciário, significa algo mais profundo: pois importa no acesso ao justo processo, como conjunto de garantias capaz de transformar o mero procedimento em um processo tal, que viabilize, concreta e efetivamente, a tutela jurisdicional. Não é por outra razão que o acesso à Justiça foi considerado como o mais importante dos direitos, na medida em que dele dependem todos os demais.”⁶⁵

Posteriormente, o Juizado Especial de Pequenas Causas – que tinha seu fundamento no art. 24, inc. X da Constituição Federal - veio a ser substituído pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei n. 9.099 de 26.09.1995 e

⁶⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e juizados de pequenas causas*, p. 147.

⁶⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas*, p. 9.

cujo fundamento constitucional está no inc. I do art. 98 da Carta Magna, bem como pelos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, estes criados pela Lei n. 10.259, de 12.01.2001, promulgada após a Emenda Constitucional n. 22/99, que alterou o referido art. 98 da Constituição Federal⁶⁶.

Orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (art. 2º da Lei n. 9.099/95), os Juizados Especiais Cíveis – tanto os Estaduais quanto os Federais – fundam-se no modelo não-adversarial de solução de conflitos, tendo Joel Dias Figueira Júnior afirmado “que o grande diferencial dos Juizados Especiais em relação à justiça tradicional ou clássica reside justamente na primeira fase procedimental em que se busca a autocomposição, através de técnicas de aproximação das partes e resolução de controvérsias da forma menos traumática aos jurisdicionados litigantes.”⁶⁷

Assim, “o procedimento dos Juizados Especiais é ideal para, a qualquer tempo, buscar a mediação, a conciliação e o acordo entre as partes. Os critérios da

⁶⁶ J. E. Carreira Alvim ao tratar dos Juizados na Constituição Federal faz referência ao entendimento de Ronaldo Frigini para quem é perfeita a convivência entre o Juizado de Pequenas Causas e os Juizados Especiais Cíveis, pois trata-se de “dois tipos alternativos de praticar justiça, afirmando que, enquanto o art. 98, inciso I, da Constituição, estabelece a obrigatoriedade dos Estados, quanto à criação dos Juizados Especiais de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, o art. 24, inciso X, realça a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, quanto à ‘criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas’. Para esse jurista, a competência para a criação de juizados prevista no art. 98, inciso I, é absoluta e se direciona exclusivamente para a União, os Estados e o Distrito Federal, cada qual em particular, com a possibilidade de estabelecer regras específicas atinentes à matéria, ao passo que no art. 24, inciso X, fixando normas gerais, estabelece competência concorrente aos Estados e ao Distrito Federal para a criação dos juizados de pequenas causas, existindo, nessa hipótese, submissão hierárquica às linhas mestras traçadas pela lei superior, quais sejam estas, as determinadas na Lei nº 7.244/84. Em que pese esse entendimento, e conveniente ao aprimoramento das formas de acesso à Justiça, a convivência dos dois juizados, essa discussão, no momento, perdeu em grande parte o interesse, dado que a Lei nº 9.099/95, que trata dos juizados especiais cíveis e criminais, revogou a lei nº 7.244/84, que tratava dos juizados especiais de pequenas causas. Como a competência para disciplinar a matéria é, em qualquer caso, da União Federal (ats. 24, incisos X e XI, e 98, inciso I, da Constituição), assim permanecerão as coisas até que sejam ripristinados os antigos juizados de pequenas causas, e se lhes dê a sua verdadeira destinação constitucional”. (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Juizados especiais federais*, p. 08).

⁶⁷ TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, p. 80.

oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade visam a alcançar o princípio da pacificação. Nenhum critério pode suplantar a idéia de pacificação, nem mesmo regras de competência podem restringi-la.”⁶⁸

Sobre o tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chama atenção ao fator tempo no contexto dos Juizados Especiais, em especial, pelas características das demandas que integram sua competência (demandas de pouca complexidade) e pelas necessidades dos jurisdicionados (via de regra, pessoas integrantes das camadas médias e pobres da população). Aqui, adquire maior realce o princípio da efetividade, em detrimento do princípio da segurança jurídica, “ambos instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto”.⁶⁹

E isto porque “apenas soluções mágicas poderiam eliminar o permanente conflito entre os dois valores, pois a realidade mostra que quanto maior a segurança, menor a efetividade, e quanto maior a efetividade, menor a segurança. O que se pode e deve fazer é tentar chegar a uma solução de compromisso, e adequar os dois valores, funcionalmente, às características da causa e às necessidades do usuário.”⁷⁰

Ademais, a Lei n. 9.099/95 dedicou especial atenção aos três personagens principais dos Juizados Especiais: Juiz, Conciliadores e Juizes Leigos, erigindo os dois últimos ao patamar de *auxiliares da justiça* (art. 7º), portanto, “seguindo a linha preconizada pela terceira onda da ciência instrumental civil em que se busca um *processo de resultados* ou *verdadeiramente efetivo*, encontramos no microsistema dos Juizados Especiais a figura tão propalada por MAURO

⁶⁸ BACELLAR. Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*, p.134.

⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Texto acrescentado ao final do segundo capítulo, para a 3ª edição de *Do Formalismo no processo civil* (no prelo), gentilmente cedido pelo autor.

⁷⁰ *Ibid.* José Carlos Barbosa Moreira, sobre a duração dos processos, afirma: “Pouco valem, no entanto, cuidados com a justiça da decisão, se não se acompanham do empenho em evitar-lhe o retardamento excessivo. Na perspectiva da ‘efetividade’, é questão capital a da duração dos processos.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*, p. 05).

CAPPELLETTI, quando se referia à *democratização do Judiciário*, onde uma de suas facetas apresentar-se-ia por intermédio da *justiça participativa*, ou seja, pela integração harmoniosa do povo e a administração da justiça, em prol da simplificação, agilização e aproximação da comunidade à resolução de seus conflitos intersubjetivos, de maneira a reduzir-se gradativamente a litigiosidade contida e, sobretudo, enfatizar-se a autocomposição, mediante a intervenção desses terceiros auxiliares”.⁷¹

Registre-se, contudo, que a Lei n. 10.259/2001, ao contrário, silencia no tocante à figura do *juiz leigo*, havendo alusão apenas, no art. 18⁷², à designação de conciliadores. Tal omissão é objeto de crítica por parte da doutrina, pois “na medida em que o sistema processual não prestigia os julgadores leigos, afasta-se daqueles propósitos preconizados por *Cappelletti*, numa das suas ondas reformistas -, como única saída para acabar com a morosidade da justiça -, e deixa a sociedade de fora da resolução dos conflitos de interesses, que afinal são por ela própria gerados”.⁷³

Ainda quanto aos terceiros auxiliares dos Juizados Especiais, censuras são feitas à norma inserta no art. 7º da Lei n. 9.099/95, na medida em que determina o recrutamento dos conciliadores, preferentemente, entre os bacharéis em Direito. Para

⁷¹TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, p. 146. Ainda sobre os conciliadores e juizes leigos: “A inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República é garantia fundamental que não se confunde com o monopólio da atividade jurisdicional. Este não pressupõe que todas as questões devam necessariamente ser decididas por Juiz de Direito. Já há muito tempo sabemos que um dos problemas que prejudica a celeridade da Justiça reside principalmente nas pautas dos juizes. Enquanto um juiz, no limite máximo de sua capacidade, conseguiria – em tese- fazer dez audiências por dia, este mesmo juiz, se fosse auxiliado por dez juizes leigos, com a mesma capacidade produtiva, poderia fazer cento e dez audiências em um único dia. Guardadas as devidas proporções, é assim que trabalha a maior corte do mundo no gênero: a Small Claims Court de Nova Iorque, Manhattan, conta com três juizes togados (na nossa terminologia) e 1.200 árbitros–conciliadores. Cada magistrado tem multiplicada a sua capacidade produtiva em até quatrocentas vezes: esta aí a explicação que eleva esta corte à de maior volume de resolução do mundo (repito, no gênero – atendimento de pequenas causas), com mais de 100 mil casos julgados anualmente” (BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*, p. 124).

⁷²Este é o teor do art. 18 da Lei n. 10.259/01: “Os Juizados Especiais serão instalados por decisão do Tribunal Regional Federal. O Juiz presidente do Juizado designará os conciliadores pelo período de dois anos, admitida a recondução. O exercício dessas funções será gratuito, assegurados os direitos e prerrogativas do jurado (art. 437 do Código de Processo Penal)”.

⁷³ALVIM, José Eduardo Carreira. *Juizados especiais federais*, p. IX.

Joel Dias Figueira Júnior, melhor teria sido que se tivesse invertido a regra, isto é, que a regra para a escolha dos conciliadores recaísse, preferentemente, sobre os *leigos*, “a fim de permitir uma maior participação popular na administração da justiça, sobretudo por estarmos diante de demandas de valor econômico não muito expressivo e de causas de menor complexidade, onde o conciliador *leigo* poderia perfeitamente articular a composição amigável, utilizando-se de bom senso, regras de experiência comum, formulando acordos dentro dos parâmetros do justo e equânime, segundo autorização contida no próprio microssistema, principalmente quando é assente que para promover a autocomposição (conciliar ou mediar) é despiciente o conhecimento jurídico”.⁷⁴

E mais. Poderia o legislador, no amplo propósito da busca da via autocompositiva, ter alargado o caminho para a resolução dos conflitos com a previsão da utilização de técnicas de mediação no âmbito dos Juizados. Não o fez, mas a despeito da ausência de previsão legal, há relatos da experiência dos Juizados Especiais de alguns Estados do Brasil, dentre eles o Estado de Goiás e o Estado do Paraná, os quais têm aplicado técnicas alternativas para a resolução de conflitos:

Há três anos funciona no Juizado Especial Cível de Curitiba um plano piloto (teste na aplicação do modelo consensual) que **busca a solução mediada de conflitos** e se organiza da seguinte forma: antes de registrado o pedido ou na impossibilidade de recepcioná-lo, mediadores do Instituto de Mediadores Brasileiros que trabalham integrados à Defensoria Pública do Estado do Paraná, aproximam os interessados visando a resolução do conflito. O acordo decorrente da mediação, após reduzido a termo, é referendado pela Defensoria Pública ou homologado pelo Juiz togado. Em outra situação verificada depois de registrado o pedido, o Juizado Especial tem dentre seus conciliadores alguns mediadores formados e associados à Associação Brasileira de Conciliadores e Mediadores que facilitarão o entendimento na busca da

⁷⁴TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, p. 162-163.

resolução global do conflito, notadamente nas demandas que deixem transparecer envolverem relações multiplexas.⁷⁵ (grifo nosso)

Nada impede, portanto, que alternativas criativas ao modelo tradicional sejam utilizadas pelo próprio Poder Judiciário, viabilizando o acesso a soluções mais rápidas e eficazes para as controvérsias sociais.

⁷⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*, p. 130-131.

2. Exame crítico do Projeto de Lei que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.827/98 de autoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro com a cooperação da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (o que originou uma versão consensuada, datada de 17.09.2003). Atualmente no Senado, sob a relatoria do Senador Pedro Simon, o projeto contempla a possibilidade da utilização da mediação em toda matéria que a lei civil admitir conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, apontando como mediadores *qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito*.

Institucionalizando e disciplinando a mediação paraprocessual voltada ao processo civil, o Projeto prevê duas modalidades de mediação: prévia ou incidental.

A mediação prévia poderá ser judicial ou extrajudicial. Já a mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: I – na ação de interdição; II- quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV- no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI- na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; IX – quando a mediação prévia tiver ocorrido sem acordo nos 180 dias anteriores ao ajuizamento da ação⁷⁶.

⁷⁶ Nos termos da redação dada ao art. 34 do substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon.

A adoção do processo mediacional em caráter obrigatório suscitou – e ainda suscita - muita polêmica. Há um grande número de estudiosos que entende ser a autodeterminação das partes um dos princípios basilares da mediação e que a obrigatoriedade legal de adoção da mediação como processo para solucionar os conflitos desvirtuaria o instituto, além de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Para Juan Carlos Vezzula a tentativa de inclusão da mediação dentro dos procedimentos do Poder Judiciário é um grave problema, pois o princípio da livre escolha deve prevalecer sempre que se trate de resolver conflitos por meio da mediação. Além disso, acredita o autor argentino que a mediação inserida nos procedimentos do Poder Judiciário “só terá êxito depois de termos criado uma cultura no país do que é a mediação e quais são seus procedimentos”.⁷⁷ Caso contrário, o instituto será deturpado, sendo confundido com a conciliação.

André Gomma de Azevedo entende que, no Brasil, a tendência é a de prevalecer a voluntariedade na escolha de processos, “na medida em que a imposição de um processo distinto daquele judicial seguramente seria tida como inconstitucional, por violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição.”⁷⁸,

De outro lado, Regis Fernandes de Oliveira afasta a alegada inconstitucionalidade ao argumento de que na mediação não há atividade jurisdicional. O projeto prevê tão-somente uma suspensão do processo para que “possam as partes dialogar para obter o consenso sobre a lide pendente. (...) O Judiciário preserva a inteireza da prestação jurisdicional, cabendo-lhe intervir para preservar a higidez do

⁷⁷ VEZZULLA, Juan Carlos. “A mediação, o mediador, a justiça e outros conceitos” (In OLIVEIRA, Ângela (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*, p. 114).

⁷⁸ AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*, p.19.

exercício dos direitos”⁷⁹ nos exatos termos do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Caetano Lagrasta Neto defende ser necessária a adoção obrigatória do novo instituto para mudar a mentalidade dos operadores do Direito⁸⁰, ao passo que Cristiano Álvares Valladares do Lago e Andréa Menezes Rios Valladares do Lago louvam a iniciativa por entenderem que o processo de mediação somente alcançará credibilidade se partir do Poder Judiciário⁸¹:

A cultura do povo brasileiro só admite que os conflitos de interesses sejam resolvidos pelo Poder Judiciário, representado pela figura do juiz, no qual se deposita a confiabilidade extrema quanto à legitimidade de suas decisões. Assim, todo instrumento de resolução de conflitos que venha através de um particular gera uma certa resistência à sua procura, tanto que a mediação hoje está mais difundida na Região Sul do país, onde o universo jurídico está mais avançado e menos convencional nesse particular. Assim, é forçoso reconhecer que, em face dessa cultura tão vinculada à figura do juiz, o processo de mediação só alcançará credibilidade, inicialmente, se partir do Judiciário.

Após todos os estudos feitos, portanto, entendem-se a utilidade e necessidade da aprovação desse projeto de lei na Câmara dos Deputados, o que será de grande ajuda tanto ao Poder Judiciário – com seu desafogamento do mar de processos no qual está submerso, quanto para a sociedade – que sofre com a formalidade e demora na obtenção de resultados.

Todavia, enquanto não podemos contar com o apoio da lei, inexistindo, entretanto, vedação legal à utilização da mediação, como forma de solução alternativa de conflitos de interesses, sobretudo na área do

⁷⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Mediação (instrumento da pacificação social)*, p. 90-91.

⁸⁰ LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Direito de Família*, p. 114. Nas palavras do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Enfatizam-se duas conseqüências: a mediação, como procedimento deve ser obrigatória, buscando mudar a mentalidade dos lidadores do Direito e deve ser objeto de experiência-piloto. Nesta, a escolha do mediador estará submetida à aceitação das partes, e a solução, à homologação, por decisão do juiz. Em qualquer caso, o procedimento é informal, não-estruturado, salvo quando estipulado pelas próprias partes, não dependendo da apresentação de provas, argumentos ou demonstração de interesses”.

⁸¹ Roberto Portugal Bacellar concorda: “Como sabemos que por tradição o povo procura o Poder Judiciário, esses métodos incorporados ao processo civil terão um fértil campo para crescer e frutificar. A iniciativa poderá encontrar apoio da sociedade contanto que se apresente aos operadores jurídicos como uma idéia voltada ao aperfeiçoamento do Poder Judiciário e não uma alternativa que o elimine e o exclua. Simultaneamente à implantação da mediação paraprocessual (no processo civil), é importante suprir algumas deficiências estruturais básicas do Poder Judiciário”. (*In Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*, p. 246).

direito de família, entendemos e aqui fazemos proposta no sentido de que, desde já, seja colocada em prática a mediação por profissionais habilitados tecnicamente, inclusive perante o Judiciário, de forma a adquirir uma maior aceitação pelo povo, que, gradativamente, poderá, então, tomar confiança em tão eficaz meio de solução de conflitos.⁸²

Arriscamos ir além, pois, com Miguel Reale, entendemos ser “...**somente a lei**, em seu sentido próprio, **capaz de inovar no Direito já existente**”⁸³, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, direitos e deveres a que todos devemos respeito”.⁸⁴

De outro lado, parece-nos inexistir - ainda que obrigatória seja eleita a via mediacional - violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois, se no prazo de 90 (noventa) dias não estiver concluído o processo de mediação, o requerimento respectivo será devolvido ao distribuidor, dando-se continuidade ao processo, seja na hipótese de mediação prévia, seja na de mediação incidental.

Além disso, o prazo máximo de 90 (noventa) dias, previsto para conclusão dos trabalhos, parece-nos estar em plena sintonia com o novo inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, norma programática que assegura a todos a razoável duração do processo seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo.

Em meio à calorosa discussão, resta-nos aguardar o caminho que, a final, será adotado pelo Poder Legislativo nacional.

Outra questão sempre suscitada é a concernente à criação, pelo projeto de lei, de uma nova modalidade de mediação: a mediação paraprocessual.

⁸² LAGO, Cristiano Álvares Valladares do, LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. *Mediação no direito de família*, p. 115-16.

⁸³ Neste mesmo sentido, José Luis Bolzan de Moraes, referindo-se à transformação do Estado e à Complexidade do Direito, anota: “A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de mudança do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”. (MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, p. 67).

⁸⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 163. (grifos nossos).

Para Ana Tereza Palhares Basílio “o anteprojeto abandona a estrutura clássica da mediação e introduz uma nova modalidade do instituto, que prevê a associação de procedimentos de mediação e conciliação. Trata-se da mediação paraprocessual, que tem como finalidade evitar ou encurtar o processo judicial, o que justifica sua denominação (para = ao lado de, elemento acessório ou subsidiário).”⁸⁵

Roberto Portugal Bacellar afirma que, no contexto geral, a mediação paraprocessual mais se ajusta à idéia de conciliação - já existente no sistema jurídico nacional - do que propriamente à de mediação, porquanto “será possível ao mediador sugerir aos interessados soluções que sejam juridicamente aceitáveis para dirimir o conflito”,⁸⁶ tanto que “cada um dos mediados terá necessariamente que comparecer assistido por advogado⁸⁷, que acompanhará a adequação das eventuais propostas jurídicas formuladas pelo mediador”.⁸⁸

Regina Maria Vasconcelos Dubugras diz ter a mediação, como forma clássica de solução de conflitos fundada sobre alguns princípios básicos como a extrajudicialidade e voluntariedade, “sido alterada com o passar do tempo em razão da institucionalização da mesma decorrente de sua adoção pelo sistema jurídico e conseqüente implantação dentro dos moldes do poder judiciário”.⁸⁹ Desta maneira, como forma judicial de solução de conflitos, a mediação objetiva a criação da

⁸⁵ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*, p. 314.

⁸⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – A nova mediação paraprocessual*, p.215.

⁸⁷ No tocante à assistência por advogado, a crítica persiste, pois o substitutivo manteve a obrigatória participação de advogado na realização da mediação incidental quando indispensável à assistência judiciária. Veja o teor do art. 35: “Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local par seu comparecimento. §1º A intimação deverá conter a advertência de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária. §2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, fará litigiosa a coisa e interromperá a prescrição. §3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do §3º do art. 29.”

⁸⁸ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – A nova mediação paraprocessual*, p. 215.

⁸⁹ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Conciliação trabalhista, mediação extrajudicial e mediação judicial – diferenças, semelhanças e simbiose – um degrau para a introdução da mediação conciliatória na Justiça do Trabalho*, p.312.

possibilidade de agilizar a prestação jurisdicional para que as partes obtenham uma solução mais rápida e com menor custo financeiro em comparação aos processos judiciais que levam vários anos para serem solucionados.

Na visão de André Gomma de Azevedo, o fenômeno da processualização das formas de resolução de conflitos (autotutela, autocomposição e heterocomposição) “criou um ordenamento jurídico processual composto por vários processos distintos (e.g. processo judicial, arbitragem e mediação)”⁹⁰, estando a processualística moderna voltada “a melhor resolver disputas afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas e incorporando métodos interdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados, mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social.”⁹¹

A tentativa é, então, de complementar o sistema processual (processo judicial) com eficientes processos auxiliares sejam estes autocompositivos (e.g. mediação) ou heterocompositivos (e.g. arbitragem)⁹², o que parece fazer perder espaço a questão meramente conceitual, sem que se olvide, contudo, que a utilização do termo mediação “mais favorece a evolução teórico-prática dos métodos RAD no Brasil, já que coloca nosso país na esteira das melhores e mais atualizadas literatura e práxis especializadas estrangeiras.”⁹³

⁹⁰ AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*, p. 19.

⁹¹ *Ibid.*, p. 19-20.

⁹² AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, p. 165.

⁹³ PIRES, Amom Albernaz. *Mediação e conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada*, p.149-150.

Trata-se, portanto, de escolhas de política judiciária, no sentido de possibilitar a adoção de algumas variações no “modelo-base de tutela jurisdicional”,⁹⁴ introduzindo instrumentos e modelos processuais alternativos - mais rápidos, menos custosos e mais simples.

Ao analisar o processo de mediação como auxiliar ao processo judicial, Lília Maria de Moraes Sales ressalta a problemática que nasce dos limites impostos ao juiz no âmbito do processo judicial descritos na falsa máxima ‘*o que não está nos autos não está no mundo*’. Atrelado ao princípio da correlação da sentença ao pedido – previsto no art. 460 do Código de Processo Civil – “em muitos casos, os reais problemas, os aspectos relevantes da questão não são estudados. A decisão judicial, portanto, resta insatisfatória, dificultando o seu cumprimento e ainda produzindo mais impasses”⁹⁵ E segue a professora da Universidade de Fortaleza:

“(…) A relação entre o processo de mediação e o processo judicial, portanto, tem sido compreendida de duas formas: o processo de mediação como substitutivo ao processo judicial e o processo de mediação como auxiliar ao processo judicial”.

(…) O processo de mediação como auxiliar ao processo judicial, por outro lado, significa que o primeiro resolverá os conflitos que podem prescindir do Poder Judiciário, cabendo a esse Poder a possibilidade efetiva de solucionar os conflitos com maior qualidade e celeridade”⁹⁶.

Defendendo, também, a idéia de que os mecanismos consensuais da mediação e da arbitragem devem ser vistos como complementares ao sistema judicial - e não somente alternativos - Roberto Portugal Bacellar sustenta poder o sistema judicial trabalhar em harmonia com os sistemas arbitral e mediacional, bastando que os operadores jurídicos unam-se para construir um modelo que concilie esses mecanismos

⁹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, p. 324, (tradução livre).

⁹⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*, p. 65.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 66-67.

complementares e consensuais de solução de conflitos com o modelo tradicional, que precisa de auxílio e não tem condições de dar vazão ao grande volume de casos que lhe são submetidos. Mas para que essa união se opere faz-se necessária “a mudança de mentalidade dos extremados defensores de ambas as posições. Até como prestigamento à solução pacífica desse impasse, nada melhor do que trabalhar em conjunto, estimulando métodos complementares, dentro, fora, ou ao lado do processo judicial”.⁹⁷

Boaventura de Sousa Santos, estudando os conflitos sociais e os mecanismos de sua resolução, não destoia do entendimento supra referido ao distinguir dois tipos de reformas da administração da justiça que se fazem notar nos últimos anos: 1) as reformas no interior da justiça civil tradicional e 2) a criação de alternativas.

Quanto às primeiras, elenca o reforço dos poderes do juiz na apreciação da prova e na condução do processo, segundo os princípios da oralidade, da concentração e da imediação; a criação de um novo tipo de relacionamento entre os vários participantes no processo, mais informal, mais horizontal, visando um processamento mais inteligível e uma participação mais ativa das partes e testemunhas; e a ampliação e incentivo ao uso da conciliação entre as partes sob o controle do juiz. No concernente as reformas que visam a criação de alternativas, narra que pretendem conceber em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismo de resolução de litígios, “com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes,”⁹⁸ do que são exemplos os centros de Justiça de bairro nos EUA e os *conciliateurs* em França.

Logo, é consabido ser indispensável o aprimoramento interno da ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo, pois “mesmo quando se reduza ao mínimo suportável a chamada *litigiosidade*

⁹⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*, p.. 187-189.

⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*, p. 132.

contida (Kazuo Watanabe), restam ainda as dificuldades inerentes à *qualidade* dos serviços jurisdicionais, à *tempestividade* da tutela ministrada mediante o processo e à sua *efetividade*”⁹⁹. A utilização da mediação como método complementar ao sistema judicial é, neste sentido, inegavelmente, forma de alcançarmos um sistema mais rápido e capaz de oferecer soluções justas e efetivas em respeito a todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 114-115.

2.1 O processo de mediação

2.1.1 Generalidades

Ao desenvolver análise sobre o processo de mediação, seja na forma de mediação prévia, seja na de mediação incidental, torna-se crucial esclarecer, em um primeiro momento, que não há *um* processo de mediação, mas *processos* de mediação, porque muitas são as diferenças entre os campos de atuação deste método de solução de litígios e, por conseqüência, muitas são as variáveis utilizadas em seus procedimentos.

Certo é, contudo, que independente das variações existentes, a mediação deve ser considerada como processo, não só por consistir em um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente para a composição de um conflito, mas, sobretudo, por estar contemplada em uma ou mais fases do *iter* de formação de seus atos “a participação não só – e obviamente – de seu autor, mas também dos destinatários de seus efeitos, ‘em contraditório’, de modo que estes últimos possam desenvolver atividades que o autor do ato deve ter em conta, e cujos resultados ele pode rejeitar, mas, não, ignorar”.¹⁰⁰ Nesta trilha segue a doutrina de André Gomma Azevedo:

“(…) Cumpre indicar que se adotarmos definições mais modernas do processo, como a de Cândido Dinamarco, segundo a qual este seria a ‘síntese do procedimento animado pela relação jurídica e realizado em contraditório: porque os sujeitos têm poderes, deveres, ônus e faculdades (relação jurídica), praticam atos que se sucedem (contraditório) e vão dando vida ao procedimento’, a conciliação, como conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente para a composição de um conflito, seria a quintessência do contraditório, sendo exercido sob um rito, pois um dos escopos da mediação é exatamente a melhoria da comunicação entre as partes a fim de que possam melhor entender uma a outra e melhor se fazerem compreendidas”.¹⁰¹

¹⁰⁰ FAZZALARI, Elio. *Procedimento e processo: teoria generale*, p.827, (tradução livre).

¹⁰¹ AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*, p. 17-18. Ainda na análise de André Gomma de Azevedo, “apesar de o Professor Francesco Carnelutti, que primeiro cunhou o termo

Não obstante as variações procedimentais, alguns autores traçaram um perfil básico para o processo de mediação. Não pretendemos, aqui, esgotar o tema, mas apresentaremos alguns dentre estes modelos.

Jean-Pierre Bonafé-Schmitt¹⁰² enumera, genericamente, cinco fases para o processo de mediação.

A primeira fase consiste na fase da pré-mediação, momento no qual é determinado o objeto do conflito submetido à mediação, bem como as regras que regerão o processo, aí incluídas as questões relacionadas a custos. A conclusão desta etapa, geralmente, dá-se com a assinatura de um acordo de participação no processo de mediação (protocolo de mediação).

A segunda etapa corresponde ao diálogo que deverá ocorrer entre as partes sobre o objeto de litígio. Este diálogo pode se dar por meio do encontro das partes em reuniões (mediação direta) ou por meio de vias indiretas como telefonemas, por escrito ou por reuniões unilaterais (mediação indireta).

Registre-se que a mediação indireta é utilizada sempre que o encontro das partes possa acirrar o conflito que se pretende dirimir, notadamente quando uma delas possui características violentas.

A próxima fase do processo é a procura de um acordo, na qual será de fundamental importância o trabalho estratégico do mediador. Em razão da diversidade

‘autocomposição’ definir a conciliação como equivalente jurisdicional e não como processo, isso se dá em função da própria maneira intuitiva pela qual se conduzia a conciliação à época da conceituação desses institutos. Pode-se afirmar, em função dessa definição do que vem a ser um processo, que, considerando a forma procedimentalizada da conciliação moderna, o autor provavelmente também a classificaria como um processo. Da mesma forma, para Zamorra Y Castillo, a conciliação e a mediação não poderiam ser considerados processos em função da ausência de um regramento lógico. Atualmente se entende existe e até necessária à sua legitimação a condução da conciliação segundo procedimentos próprios” (AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*, p.18).

¹⁰² BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *La médiation: une justice douce*, p. 210-226, (tradução livre).

de espécies de mediação, é difícil elaborar uma tipologia das estratégias utilizadas, estando entre as mais comuns a estratégia da pressão, da negociação e da comunicação.

Na visão deste doutrinador francês, a estratégia da pressão – apesar da posição neutra que deve conservar o mediador – é a mais utilizada em todas as formas de mediação. Exemplificativamente, nas mediações em matéria penal,¹⁰³ vale-se o mediador do risco de condenação a que está sujeito o autor da infração ou do arquivamento do processo no tocante aos interesses da vítima. Em matéria civil, é a lembrança do custo dos processos e da demora dos julgamentos que pode conduzir as partes a aceitarem um compromisso.

De outro lado, a estratégia da negociação consiste em, partindo de proposições enunciadas pelas partes, favorecer à busca de uma solução com ganhos mútuos¹⁰⁴. Por fim, a estratégia da comunicação privilegia a dimensão psicológica, trabalhando os sentimentos, os desejos das partes, as causas do conflito.

Resolvido o litígio, passa-se à quarta fase do processo que corresponde à formalização do acordo aceito pelas partes.

Discute-se acerca da necessidade dessa formalização quando as partes não alcançam o consenso. Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, esclarece, então, que em casos de mediação judicial, restando inexitoso o processo, a discussão reaparece perante o juiz, que poderá determinar aos mediadores que apresentem seus relatórios os quais

¹⁰³ No Brasil, há forte tendência a que seja afastada a previsão de mediação penal do projeto de lei que regulamenta o instituto. Nos termos do relatório apresentado pelo Senador Pedro Simon, acostado na forma de anexo a este trabalho, “especificamente quanto à mediação em matéria penal, deve ser feito o registro de que vige nesta seara o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, embora sofra temperamentos, merece um detalhamento incompatível com o texto aprovado pela Câmara dos Deputados. Em verdade, o membro do Ministério Público, que é o *dominus litis* da ação penal pública, dispõe de “discricionariedade vinculada” quanto à transação penal ou à suspensão condicional do processo, de modo que, para o seu efetivo exercício, é indispensável que a lei traga de forma minuciosas as suas hipóteses de cabimento”.

¹⁰⁴ O autor, neste ponto, faz referência à expressão americana BATNA (*Beste Alternative to a Negotiated Agreement*) para retomar o conceito de negociação desenvolvido por Roger Fisher e William Hury, da Escola de Harvard.

poderão ajudar na tomada da decisão. Contudo, ressalta que, na França, tal situação é rara dado ao caráter confidencial do processo.

A última fase equivale à execução do acordo, ou seja, os mediadores devem verificar se as partes cumpriram as obrigações firmadas. Diferentemente da ação judicial, o papel do mediador não termina com a assinatura do acordo, estendendo-se até sua execução.

Para Juan Carlos Vezzulla “a mediação é um procedimento”¹⁰⁵ e, como tal, se constitui de uma seqüência de atos em uma certa direção. Embora não seja um procedimento inflexível, ela se faz cumprindo, em geral, seis etapas”¹⁰⁶. São elas: a) apresentação do mediador e das regras da mediação; b) exposição do problema; c) ordenamento dos problemas; d) descoberta dos interesses ocultos; e) elaboração de acordos parciais; f) elaboração do acordo final.

A primeira etapa consiste na exposição das regras que norteiam o processo da mediação, em especial daquelas relativas ao sigilo, à igualdade das partes, à responsabilidade pelo acordo realizado e aos custos.

Em seguida, as partes devem expor – uma por vez - o problema, competindo ao mediador resgatar, no discurso dos envolvidos no litígio, seus verdadeiros interesses, que serão as bases das negociações. Elabora-se, então, o resumo das duas versões apresentadas, “para que vejam, ainda que existam diferenças, que o problema é só um e pode conter muito mais concordâncias do que eles pensam”.¹⁰⁷ O objetivo é estabelecer um diálogo com base em concordâncias e não em diferenças.

¹⁰⁵ Em respeito ao original, mantivemos, aqui, a nomenclatura adotada pelo autor, não obstante entendamos ser a mediação um processo e não mero procedimento.

¹⁰⁶ VEZZULLA, Juan Carlo. *Teoria e Prática da Mediação*, p. 68.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 73.

“Nesta etapa do processo, surgem as principais divergências, contradições e obscuridades, produzidas pelos ocultamentos e as próprias indefinições”.¹⁰⁸ Pode ser necessária, então, a realização de entrevistas individuais – *caucus* – para que o mediador busque os interesses de cada parte a fim de resgatar os pontos de concordância.

O próximo passo é relacionar todas as possíveis soluções para o litígio, de forma que as partes possam visualizá-las e escolher aquela que melhor atenda a seus interesses, levando em consideração a situação atual e futura e a possibilidade de concretização do acordo.

Por fim, cabe a redação do acordo, que deverá atentar aos sistemas legais por ventura envolvidos.

José Luis Bolzan de Moraes¹⁰⁹, por seu turno, adota o modelo apresentado por Kimberlee K. Kovach para apresentar nove estágios básicos e outros quatro opcionais no desenvolver dos processos de mediação. São eles: 1) arranjos preliminares, 2) introdução do mediador, 3) depoimentos iniciais pelas partes (apresentação dos motivos da disputa, bem como daqueles que levaram as partes a ingressar no processo), 4) arejamento (momento destinado a que as partes possam expressar seus sentimentos), 5) obtenção de informações (por meio de questionamentos às partes envolvidas, para as situações em que os depoimentos das partes são insuficientes para a definição do conflito), 6) identificação da causa (definição da questão), 7) acerto do cronograma, 8) reuniões, 9) criação de opções (formação de idéias e alternativas para solucionar a questão), 10) teste da realidade (simulação das opções propostas a fim de verificar do seu êxito), 11) barganha e negociação

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 75

¹⁰⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*, p.165-169.

(competindo às partes chegar a uma solução final), 12) acordo (a preparação do acordo é competência do mediador) e 13) fechamento (encerramento formal do procedimento).

Feitas estas considerações genéricas sobre o processo da mediação, passa-se ao estudo do processo mediacional como proposto no projeto de lei brasileiro que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil.

2.1.2 Da mediação prévia e da mediação incidental

Preliminarmente, anote-se que diferenças há entre a forma clássica de mediação – aquela que objetiva resolver o conflito, sendo o acordo apenas o seu apêndice natural e não se voltando precipuamente ao processo - e a forma de mediação voltada ao processo, a qual dá ênfase, sobretudo, à obtenção do acordo, “porque tem em vista o escopo precípua de evitar ou encurtar o processo, sendo a pacificação dos contendores a consequência de um acordo alcançado pelo consenso dos interessados”¹¹⁰. Esta última, denominada de mediação paraprocessual, é o mote do Projeto de Lei de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, hoje em trâmite no Senado Federal.

Nos termos do § 3º do art. 1º da versão consensuada do projeto, *a mediação paraprocessual será prévia ou incidental*. Naquele texto era previsto que a mediação prévia seria sempre facultativa, podendo ser judicial ou extrajudicial, ao passo que “a tentativa de mediação incidental é obrigatória¹¹¹ no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos...”¹¹².

¹¹⁰ Exposição de motivos do Projeto de Lei que trata da mediação paraprocessual no processo civil brasileiro, p.12 (CALMON FILHO, Petrônio (org.). *Reforma Constitucional do Poder Judiciário*, p. 12).

¹¹¹ A Exposição de Motivos do Projeto esclarecia que “a tentativa obrigatória de mediação incidental não fere o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe a respeito da inafastabilidade do acesso aos tribunais porque, diversamente do que ocorre com outros diplomas legislativos, ela ocorrerá após o ajuizamento da demanda, com o que se puderam conferir à distribuição desta e à intimação dos litigantes efeitos que, pelo Código de Processo Civil, são próprios da citação (arts. 6º e 8º, § 1º, do Projeto); e ainda porque a parte interessada poderá solicitar a retomada do processo judicial, decorrido o prazo de 60 (sessenta dias) da data do início do procedimento de mediação (art. 9º, § 3º)” (GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*, p. 47-48).

¹¹² Os casos excepcionados eram os seguintes: na ação de interdição; quando for autor ou réu pessoa incapaz; quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; na falência, na concordata e na insolvência civil; no inventário e no arrolamento, quando houver incapazes; nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel e de usucapião de bem imóvel; na ação de retificação de registro público; quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; na ação cautelar; e quando a mediação prévia tiver ocorrido, sem resultado, nos 180 dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Havia previsão, ainda, no art. 3º, para os interessados, de opção pela mediação prévia judicial, “devendo, neste caso, o requerimento ser instrumentalizado por meio de formulário padronizado, que será subscrito por ele e seu advogado”.

O requerimento seria então distribuído ao mediador e a ele imediatamente encaminhado (art. 3º, § 2º). Recebido o requerimento, o mediador designaria dia, hora e local onde realizar-se-ia a sessão de mediação, providenciando a comunicação pessoal, facultada a utilização de todos os meios eficazes de cientificação. Tal comunicação conteria, ainda, a advertência de que “deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado. Não tendo o requerido advogado constituído, o mediador solicitará à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de dativo” (§ 4º do art. 3º da versão consensuada do projeto de lei de mediação).

Levada a efeito a mediação, o mediador tomaria por termo a transação, se obtida, ou consignaria sua impossibilidade. Obtida ou frustrada a transação, o mediador devolveria ao distribuidor o requerimento, acompanhado do termo, para as devidas anotações.

A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficaria a cargo dos mediadores judiciais ou de instituições e entidades especializadas em mediação ou mediadores independentes, sendo que estas instituições e entidades especializadas em mediação, bem como os mediadores independentes, deveriam solicitar seu cadastro junto ao Tribunal de Justiça.

No tocante à mediação incidental, estava posto na versão consensuada que “a distribuição da petição inicial ao juízo e ao mediador interromperá a prescrição, induzirá litispendência e produzirá os efeitos previstos no artigo 593 do Código de

Processo Civil”. Ademais, “na hipótese de pedido liminar, o processo será distribuído ao juiz para apreciação, procedendo-se à mediação após a decisão” (art. 7º)¹¹³.

Assim, determinava o projeto a imediata remessa da petição inicial pelo distribuidor ao mediador sorteado (art. 8º), cabendo a este “intimar as partes, por qualquer meio eficaz de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento, acompanhados dos respectivos advogados” (art. 9º).

Na redação da versão consensuada do projeto de lei, a intimação constituiria o requerido em mora e tornaria a coisa litigiosa.

“Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes”, estaria frustrada a mediação (§ 2º do art. 9º).

Levada a efeito a mediação, o mediador procederia da mesma forma prevista para os casos de mediação prévia: tomaria por termo a transação ou consignaria sua impossibilidade.

Caso fosse obtida a transação, o mediador devolveria ao distribuidor a petição inicial, acompanhada do respectivo termo de mediação, para as devidas anotações. Frustrada a transação, o mediador remeteria a petição inicial ao juiz, acompanhada do termo, para a retomada do processo judicial.

Por fim, era previsto que “decorridos 90 (noventa) dias da data do início da mediação sem que tenha sido encerrado o respectivo procedimento, com a obtenção ou não da transação, poderá qualquer das partes solicitar a retomada do processo judicial” (art. 10, § 3º).

¹¹³ À vista da hipótese de ser previsto em lei caso de mediação obrigatória, Régis Fernandes de Oliveira discute sobre a necessidade de alterar-se o art. 265 do Código de Processo Civil por entender ser a mediação, quando instituída como obrigatória, uma causa de suspensão do processo (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Mediação -instrumento da pacificação social*, p. 91).

Com a aprovação na Câmara dos Deputados, seguiu o projeto de lei para revisão no Senado Federal, conforme a disposição inserta no art. 65 da Constituição Federal, lá tendo sido apresentado substitutivo - da relatoria do Senador Pedro Simon - estruturado em seis capítulos: I) modalidades de mediação; II) dos mediadores; III) dos registro dos mediadores e da fiscalização e controle da atividade de mediação; IV) da mediação prévia; V) da mediação incidental; e VI) disposições finais.

Definindo mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual” (art. 2º), o substitutivo classificou-a como prévia ou incidental, “em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores” (art. 3º).

Assentando ser ela sempre sigilosa, “salvo estipulação expressa em contrário pelas partes” (art. 6º), dispõe o substitutivo que “o acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial” (art. 7º)¹¹⁴.

Além disso, “a pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial” (art. 8º).

O procedimento mantém-se em grande parte fiel ao texto anterior, sendo previsto que “o interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o

¹¹⁴ O parágrafo único do art. 7º do substitutivo apresentado no Senado Federal dispõe que “a mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo”.

requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu advogado, sendo, neste caso, indispensável a juntada do instrumento de mandato” (art. 30).

Distribuído o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação. A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo.

É facultado aos interessados, de comum acordo, a escolha de outro mediador, judicial ou extrajudicial (§ 4º do art. 30).

Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade (art. 31).

Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito (art. 33).

Nos casos de mediação incidental, prevista como obrigatória no processo de conhecimento, salvo as exceções previstas no próprio projeto¹¹⁵, “a distribuição da

¹¹⁵ Este é o teor do art. 34 do Projeto de lei: “A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: I – na ação de interdição; II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV – no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse,

petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil” (art. 35). Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão, sendo que a interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Aqui, da mesma forma, cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento. Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição (art. 37).

Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade e devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença¹¹⁶.

Comentando o anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual com a cooperação da Escola Nacional da Magistratura – o qual acabou por culminar na versão consensuada, datada de 17.09.2003 – Roberto Portugal Bacellar

reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.”

¹¹⁶ Consoante o disposto no parágrafo único do art. 40, se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

assinala não mais ser possível, após devidamente assinado o termo de mediação, levar o caso à apreciação do Poder Judiciário, “exceto se não for cumprido o ajuste, quando, por força de seu valor como título executivo extrajudicial, poderá haver a instauração do processo executivo”.¹¹⁷

Alargando o entendimento acima referido, cremos que, no espelho da Lei n. 9.307/96 - regulamentadora da arbitragem no Brasil - deveria o projeto de lei sobre a mediação dispor sobre os meios de impugnação tanto do procedimento, quanto do termo de mediação.

Por analogia ao que lembrado por Carlos Alberto Carmona¹¹⁸, em seus comentários à Lei de Arbitragem, imagine-se a hipótese de não ser mediável um determinado litígio (questão que não admita conciliação, reconciliação, transação¹¹⁹ ou acordo de outra ordem¹²⁰): firmado o termo de mediação, a negativa de posterior acesso ao Poder Judiciário geraria situação de perplexidade. O mesmo ocorreria, ainda, exemplificativamente, se o mediador agisse com dolo ou culpa na condução da mediação, favorecendo de qualquer modo uma das partes, violando o princípio de imparcialidade ou até mesmo nas hipóteses de anulabilidade por dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa (Código Civil, art. 849). Da mesma

¹¹⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*, p. 213.

¹¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*, p.261.

¹¹⁹ Para José Augusto Delgado, “é inadmissível a transação, por exemplo, quando for referente ao estado e capacidade das pessoas, em caso de investigação de paternidade, quando há busca por alimentos. Esses direitos são irrenunciáveis. As partes podem, contudo, transigir a respeito do *quantum*, isto é, do valor da obrigação a ser assumida, quando for o caso”. (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código civil*, p. 303-304).

¹²⁰ Nos conflitos de natureza civil, o ordenamento jurídico brasileiro permite a conciliação nas causas que versarem sobre direitos que admitam transação (CPC, art. 331 e CCB, art. 841), nas causas que versarem sobre direitos patrimoniais de caráter privado (CPC, art. 447) e nas causas cíveis de menor complexidade (Lei n. 9.099/95, art. 3º e Lei n. 10.259/01, art. 3º). Entenda-se por direito patrimonial aquele “*que tem por objetivo um bem, que esteja em comércio, ou que possa ser apropriado ou alienado. Ele é direito com capacidade de permitir a alguém o gozo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente*” (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código civil*, p. 306).

forma, hipótese na qual fosse afrontada a coisa julgada (no caso da lide objeto da mediação já ter sido decidida por sentença judicial ou arbitral¹²¹).

Novamente com amparo na lição do eminente doutrinador paulista, o direito de impugnar o termo de mediação – e até mesmo o processo mediacional – “pode ser deduzido do próprio texto constitucional, pois impedir a análise dos motivos de nulidade significaria impedir a submissão ao Poder Judiciário de lesão de direitos”¹²², retirando qualquer controle sobre a atividade dos mediadores.

Ainda no concernente ao tema dos vícios, necessária se faz a análise dos efeitos do termo de mediação. Caso se entenda que o termo produzirá os efeitos pertinentes aos contratos, seriam-lhe aplicáveis os conceitos e princípios que disciplinam a nulidade dos atos de direito material. Caso contrário, compreendido que os efeitos do termo de mediação serão análogos àqueles próprios da sentença judicial, seriam-lhe empregados os princípios e conceitos que dominam a disciplina da nulidade da sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Uma ou outra opção conduziriam à conseqüência diversa, pois “a nulidade dos atos processuais não tem relação com a nulidade dos atos de direito material (dominada pela regra da ineficácia do ato nulo), entendendo-se que se assemelha à *anulabilidade* de direito material, segundo a qual são produzidos os efeitos anuláveis, que podem, entretanto, ser eliminados”.¹²³

¹²¹ Ao comentar sobre as hipóteses de nulidade da transação (art. 850 do Código Civil), José Augusto Delgado, citando Maria Helena Diniz, afirma tratar-se “de causa de nulidade absoluta, posto que, havendo litígio encerrado por sentença passado em julgado, ignorada pelos transacionistas, não havia sobre que transigir, pois uma das finalidades da transação é a incerteza dos direitos ou a prevenção ou cessação da demanda. Portanto, se esta já estava terminada pela coisa julgada, a transação ficou sem objeto. P. ex.; se depois de ganha uma causa falecer o vencedor, e seu herdeiro, desconhecendo o fato, transigir com o vencido, tal transação é nula” (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código civil*, p. 355).

¹²² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*, p. 272.

¹²³ RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*, p.196.

E mais. “A nulidade da sentença não pode ser argüida pela parte sucumbente, que não tenha utilizado meio próprio”¹²⁴, mas “no âmbito do direito material, os vícios dos atos anuláveis podem ser propostos como exceção e como questão prejudicial sem necessidade de prévia proposição da demanda de anulação. Além disso, o decurso do prazo não provoca a validação do ato: o que permite argüir os vícios por via de exceções e de questões prejudiciais, mesmo após a fluência do prazo”.¹²⁵

Isto poderia esclarecer, também, a natureza de eventual prazo fixado em lei para o ajuizamento da ação anulatória do procedimento ou do termo de mediação: “no direito material, o prazo fixado para proposição da demanda de anulação é, de regra, prescricional: impõe a aplicação do princípio *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*. Entretanto, no direito processual, os prazos são de regra, decadenciais; são decadenciais, especialmente, os prazos fixados para as impugnações”,¹²⁶ exceção feita aos casos de ineficácia da sentença, que “pode sempre ser proposta como questão prejudicial”.¹²⁷

Ressalte-se que o atual Código Civil Brasileiro inovou ao considerar a transação como espécie contratual (na codificação de 1916, a transação se apresentava como sendo um modo de extinção das obrigações), afastando as divergências existentes sobre sua natureza jurídica, o que conduz, a nosso ver, à adoção de semelhante classificação para o termo de mediação.

¹²⁴ *Ibid.*,p. 202. De acordo com os arts. 485 e 513 do Código de Processo Civil brasileiro, a sentença homologatória de transação pode ser impugnada por recurso de apelação ou por ação rescisória, quando o vício for da própria sentença. Quando se pretende atacar a transação, negócio jurídico celebrado entre as partes, a ação não é a rescisória, mas a anulatória prevista no art. 486 do mesmo diploma processual.

¹²⁵ *Ibid.*,p. 203.

¹²⁶ *Ibid.*,p. 203.

¹²⁷ *Ibid.*,p. 208.

Questão também merecedora de análise é aquela relativa ao objetivo de eventual demanda anulatória.¹²⁸ A causa seria devolvida ao Poder Judiciário para que anulado o termo, ou o processo, fosse proferida decisão que o substituísse?

Pensamos que a técnica adotada pelo legislador brasileiro na Lei n. 9.307/96 poderia ser utilizada, mais uma vez, na legislação relativa à mediação, isto é, não seria dado ao Poder Judiciário proferir decisão que substituísse o termo anulado, quando a nulidade afetasse apenas o termo. De outro lado, se a nulidade afetasse o processo mediacional, por arruinada a própria mediação, caberia “ao interessado, livremente, procurar a tutela judicial de seus direitos”.¹²⁹

Por fim, mais uma vez com Carlos Alberto Carmona, deve-se analisar as possibilidades conciliativas de que disporá o juiz no caso do ajuizamento de uma ação anulatória e os efeitos que tal demanda poderá produzir sobre eventual processo de execução em curso.

A teor do disposto no art. 331 do Código de Processo Civil, versando a causa sobre direitos que admitam transação, não há como afastar a hipótese de conciliação. “Nada impede os litigantes de, fazendo recíprocas concessões, pôr fim à contenda (agora transposta para o âmbito do Poder Judiciário, ainda que apenas para a averiguação dos aspectos formais...)”.¹³⁰

¹²⁸ Em direção oposta, Regis Fernandes de Oliveira é taxativo: “Convém que o texto contenha um dispositivo que estabeleça a vedação do conhecimento e acolhimento de qualquer eventual irregularidade formal que possa conter a tramitação das tratativas. Note-se que a mediação não rompe seus laços com o juízo natural do processo. Em realidade, funciona como tentativa obrigatória de conciliação não presidida pelo Estado. No acolhimento da conciliação, é caso de extinção do processo com julgamento de mérito. É importante que não se fique a respingar nugas procedimentais. O que vale é a vontade final obtida pela manifestação livre do consenso. A divergência ficou superada, passando a gerar a paz social, mediante a transação obtida pelo árbitro” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Mediação - instrumento da pacificação social*, p. 91-92).

¹²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*, p. 273-274.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 276.

De outro lado, o ajuizamento de demanda anulatória não inibiria o processamento da respectiva ação executiva, pois a regra constante no §1º do art. 585 do Código de Processo Civil determina que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não impede o credor de promover-lhe a execução, seja ela fundada em título executivo extrajudicial ou em título executivo judicial¹³¹. Como se vê, a norma seria aplicável tanto aos casos de execução fundada em termo de mediação homologado por sentença, quanto às hipóteses de termo não homologado, quando constituirá título executivo extrajudicial.

Pois bem. Sendo possível a propositura da ação executiva, seria cabível requerimento, na ação anulatória, de antecipação dos efeitos da tutela? Proposta a demanda de anulação concomitantemente à ação executiva, estaria configurada a litispendência?

Carlos Alberto Carmona entende ser cabível o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela objetivando evitar a execução, “se o magistrado verificar que há prova inequívoca do fato alegado pelo autor e que há risco de dano irreparável”, nada o impedindo de “retirar eficácia ao laudo até que a decisão final seja proferida”.¹³² O mesmo entendimento, certamente, poderia valer na hipótese de ação anulatória e de ação executiva fundadas em procedimento mediacional ou em termo de mediação.

Já quanto à ocorrência de litispendência entre a ação anulatória e a ação executiva, a resposta deve ser negativa. Somente com o ajuizamento dos embargos do devedor poderá haver identidade de demandas capaz de configurar a litispendência, já que nos embargos o devedor poderá argüir “as mesmas matérias que já relacionou na

¹³¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*, p. 277.

¹³² *Ibid.*, p 277.

demanda anulatória, fazendo idêntico pleito (anulação do título executivo). Assim, nada impedirá o embargante de requerer, no prazo legal decendiário, a reunião dos processos, acolhendo-se a ação anulatória como embargos do devedor, suspendendo-se, então, a execução”.¹³³

Ademais, “a propositura, sem sucesso, da ação anulatória não impedirá a oposição de embargos do devedor. Se a sentença da ação anulatória não tocar o mérito (extinção do processo por carência da ação ou por falta de pressuposto processual), nada impedirá o pleno manejo dos embargos; se a sentença for de mérito, somente quanto à causa de pedir exposta pelo autor é que estará bloqueada a via dos embargos....”.¹³⁴

¹³³ *Ibid.*, p. 277-278.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 278.

2.2 O mediador

O mediador é o terceiro neutro que intermedia as relações entre as partes envolvidas. “Sua função primordial é a de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para seu conflito”.¹³⁵

Pela cooperação, o mediador “ajuda a se discutir com respeito, coordena a discussão, ressalta as convergências e divergências, investiga os pontos de atrito, motiva a criatividade na procura de soluções, auxilia as partes a descobrir seus reais interesses, permitindo que o acordo seja justo, satisfatório, equitativo e duradouro.”¹³⁶

É um terceiro neutro, que assiste as partes a chegarem a um acordo que contemple seus interesses e necessidades, carecendo, contudo, de poder de decisão. O poder do mediador não é o mesmo que o poder de um juiz. O juiz decide. Um mediador não deve fazê-lo¹³⁷. Sua responsabilidade cinge-se a manter o bom andamento do processo, sendo “fundamental que o mediador garanta que as discussões rumem para um acordo que seja fiel ao direito da comunidade em que vivem, que seja moral e, quando relacionado aos princípios gerais do direito, justo, pois de nada adiantaria o acordo obtido como resultado final deste processo, se o mesmo pudesse ser destituído pelas Cortes locais.”¹³⁸

O projeto de lei brasileiro, que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, na versão do substitutivo apresentado no Senado Federal, prevê poder ser mediador qualquer

¹³⁵ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*, p. 152-153.

¹³⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 80.

¹³⁷ HOROWITZ, Sara. *Conflicto y negociación*, p. 145.

¹³⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição*, p. 153.

pessoa capaz, que tenha conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, fazendo, contudo, distinção entre os mediadores judiciais e extrajudiciais.

Assim, poderão ser mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, o qual será mantido pelos Tribunais de Justiça dos Estados, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais, ao passo que a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça (art. 19).

Se a mediação for incidental, a fiscalização e o controle da atuação do mediador também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis (art. 20).

De outro lado, poderão ser mediadores extrajudiciais os mediadores independentes, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores e, também neste caso, “a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado” (art. 18).

É considera lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro

profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio, sendo ela obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social (art. 16, § 1º do substitutivo). “A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador” (§ 2º do art. 16).

Ressalve-se neste ponto, possível contradição existente no projeto de lei. Reza o art. 4º ser lícita “a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem”. Desta forma, não poderia o § 1º do art. 16 fazer menção a controvérsias “que versem sobre o estado da pessoa”, porque os direitos relativos ao estado de pessoas não podem ser objeto de transação¹³⁹.

Tanto os mediadores judiciais, quanto os extrajudiciais e também os co-mediadores serão considerados auxiliares da justiça e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, serão equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal (art. 13).

A formação e seleção dos mediadores caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, para o que serão implantados cursos apropriados.

¹³⁹ DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*, volume XI, tomo 2, p. 297. Também neste sentido, precedente da 7ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. Não existe óbice algum quanto à investigação de paternidade estando o menor registrado pelo apelante. Entretanto, não basta apenas a prova testemunhal para apurar a veracidade da paternidade alegada, devendo então ser reaberta a instrução para a realização de perícia genética, eis que inexiste a transação neste feito, pois seu objeto são os direitos relativos ao estado das pessoas, os quais são irrenunciáveis e insuscetíveis de transigência”. (Apelação Cível Nº 70010705804, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 11/05/2005).

No concernente à formação dos mediadores, José Maria Rossani Garcez, com apoio em Folberg e Taylor, registra “que alguns consideram que se trata de uma prática, ou uma série de habilidades que devem agregar-se através da contínua instrução sobre uma base profissional existente, como a advocacia, psicologia, consultoria ou administração. Outros acham que o mediador não necessita ter uma formação profissional e que a mediação pode ser praticada através de pessoal não profissional, com vínculos, porém, com o tema e o ambiente da controvérsia. (...) Já outros crêem que a mediação é uma nova profissão, que exige um currículo de pessoas graduadas com aprovação e pré-requisitos acadêmicos para nela ingressar.”¹⁴⁰

Jean-François Six afirma ser a questão da formação em mediação uma questão política. Não porque o Estado deveria assumir tal formação, mas sim no sentido de que todos os cidadãos deveriam tomar consciência da necessidade da mediação “e que alguns, dentre eles, aceitem formar-se de maneira mais intensa e precisa em mediação, não para fazer a lei, mas para contribuir para o estabelecimento de ligações.”¹⁴¹

Nesta esteira, Juan Carlos Vezzulla entende ser erro grave pensar que a mediação é uma técnica a mais que deve ser aplicada somente pelos advogados, visto que “diferente da conciliação, da negociação, da prática forense, da prática psicoterapêutica e da prática da assistência social, a mediação se alimenta de todas elas criando uma identidade própria, superior à soma de todas elas.”¹⁴²

A questão é, portanto, de interdisciplinariedade e a escolha do mediador não se atrela a esta ou àquela formação profissional. Por esta razão, Lília Maia de Moraes Sales afirma que “a exigência de validade jurídica pode ser satisfeita com um

¹⁴⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*, p. 53.

¹⁴¹ SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*, p. 280.

¹⁴² VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos*, p. 116-117.

mínimo de conhecimento legal, não havendo necessidade de o mediador ser advogado.”¹⁴³

Ainda neste sentido, seguem Gladys Alvarez, Elena Highton e Elias Jassan para os quais nenhum programa de mediação pode ter êxito se as pessoas que levam a cabo a tarefa em si não estão suficientemente qualificadas. Para eles, a chave para obter um mediador ou um corpo de mediadores exitoso é o treinamento. Muito mais importante que seus antecedentes profissionais, é o que fazem as pessoas para serem mediadores. O treinamento básico, aliado à prática e a experiência resultam essenciais para a formação do mediador.¹⁴⁴

Ao que parece, andou bem o substitutivo ao afastar a exigência, no caso dos mediadores extrajudiciais, de formação jurídica para a seleção e inscrição no Registro de Mediadores, bem como ao prever que a formação e seleção dos mediadores caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Além disso, o substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon ao projeto de lei da mediação dispõe que “no desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes” (art. 14), sendo-lhes aplicáveis os impedimentos previstos nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil (art. 21).

¹⁴³ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, p. 85.

¹⁴⁴ ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*. p. 111.

Tais características (ou determinações de atuação) fazem-se presentes também em dois documentos fundamentais à Arbitragem e à Mediação brasileiras, quais sejam os *Regulamentos - Modelo* e os *Códigos de Ética* de observância obrigatória pelos Árbitros e Mediadores das Instituições associadas ao Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA).

Exemplificativamente, no tocante ao Código de Ética para Mediadores, eis algumas das principais determinações do CONIMA:¹⁴⁵

1) a mediação fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo o mediador centrar sua atuação nesta premissa;

2) o mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência;

3) frente às partes, o mediador deverá garantir a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso do procedimento da mediação; esclarecer quanto aos honorários, custas e forma de pagamento; utilizar a prudência e a veracidade, abstendo-se de promessas e garantias a respeito dos resultados; dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra; esclarecer a parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte; assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim equilíbrio de poder; assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para

¹⁴⁵ Informações disponíveis em <http://www.conima.org.br>.

avaliar e decidir; eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes; e observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes, para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada;

4) frente ao processo, o mediador deverá descrevê-lo para as partes; esclarecer quanto ao sigilo; assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da mediação; zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados; interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal; suspender ou finalizar a mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes;

5) frente à Instituição, deverá o mediador cooperar para a qualidade dos serviços prestados; manter os padrões de qualificação de formação, aprimoramento e especialização exigidos pela instituição ou entidade especializada; acatar as normas institucionais e éticas da profissão; e submeter-se ao Código e ao Conselho de Ética da instituição ou entidade especializada, comunicando qualquer violação às suas normas.

Interessante anotar que o projeto de lei prevê hipótese de impedimento para o mediador na prestação de serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação - tal impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias (art. 23) -, bem como considera conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito,

assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita de coerção para a obtenção de acordo (art. 24).

Por fim, são previstos os casos de exclusão do Registro de Mediadores, o que se dará por meio de processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador, podendo ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Entre as hipóteses de exclusão estão o agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade, o violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade, o funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido, o sofrer – em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil – pena de exclusão do Registro de Mediadores, o ser condenado em sentença criminal transitada em julgado, além da hipótese de o mediador solicitar sua exclusão ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação.

2.3 Vantagens e desvantagens

Como visto ao longo deste estudo, o enfrentamento da crise da administração da justiça extrapola o aspecto material do direito para alcançar o aspecto procedimental, que tende a incorporar os mecanismos ditos alternativos de solução de controvérsias.¹⁴⁶

Por ser a justiça inacessível, cara, complicada, lenta e inadequada, novas técnicas que visam a diminuir a distância entre a sociedade e o Poder Judiciário, “inserem-se num amplo quadro de política judiciária, que se desdobra seja na vertente processual, seja na extraprocessual”¹⁴⁷, mostrando benefícios incontestáveis.

Buscam-se, então, meios alternativos ou complementares ao processo capazes de evitá-lo ou ao menos de agilizá-lo, destacando-se a conciliação, ainda que pré-processual, como técnica utilizada “para o adequado acesso à justiça e à ordem jurídica justa”.¹⁴⁸

Ada Pellegrini Grinover salienta quanto à conciliação prévia extrajudicial, além do objetivo de maior pacificação social, “sua natureza de atividade posta a serviço da autocomposição dos litigantes; sua função de recuperação de controvérsias, muitas das quais não seriam levadas à decisão do Judiciário; seu efeito de racionalização da distribuição da justiça, com a conseqüente desobstrução dos tribunais; o estímulo às vias participativas, à informação e à tomada de consciência”,¹⁴⁹ o que

¹⁴⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*, p. 69.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, p. 21.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 22-23.

conduz “à composição da inteira lide sociológica, e não apenas à solução da parcela de lide levada à justiça convencional”.¹⁵⁰

Neste quadro, “as recentes experiências da conciliação prévia extrajudicial, facultativa, por organismos de mediação, mais ou menos institucionalizados (como os órgãos do Ministério Público, das Defensorias Públicas, dos Procons, dos Conselho e Juizados de Conciliação, culminado agora com a Justiça de Paz da Constituição de 1988), têm evidenciado a tendência no sentido de atribuir às próprias forças sociais a solução de controvérsias antes reservadas ao Poder Judiciário.”¹⁵¹

Gladys Alvarez, Elena Highton e Elias Jassan defendem ser conveniente oferecer programas públicos de resolução alternativa de disputas a fim de preservar o protagonismo dos tribunais na resolução dos conflitos sociais, bem como para assegurar o acesso dos menos favorecidos a métodos efetivos de solução de disputas¹⁵². Para tanto, os tribunais têm implementado programas de resolução alternativa de disputas não só para reduzir a carga judicial, oferecendo a terceiros a possibilidade de prestação do serviço de justiça, e para melhorar a eficiência e qualidade da etapa pré-judicial - ou recém iniciada a judicial – com a prática da conciliação e o conseqüente aumento de intercâmbio de informação entre as partes, propiciando uma maior participação dos envolvidos no litígio, promovendo a aproximação da verdade e apurando a resolução do conflito, mas também para ampliar os métodos de resolução de disputas disponíveis aos litigantes nos tribunais a fim de obter resultados mais satisfatórios e maior satisfação do público com o sistema judicial.¹⁵³

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 22-23.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 22-23.

¹⁵² ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*. p. 97.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 105.

Como a mediação, geralmente, requer menor tempo e menores recursos do que os juízos tradicionais, obtendo acordos antecipados, é possível alcançar importantes economias de tempo e custo, tanto para o Poder Judiciário, quanto para os litigantes. A participação direta das partes no processo de resolução também pode oferecer um nível maior de satisfação, obtendo resultados mais adequados às necessidades das partes e, em alguns casos, o cumprimento dos acordos resultantes das vias não-adversariais é mais provável do que se a obrigação fosse decorrente de uma sentença judicial.¹⁵⁴

Como vantagens de um programa de mediação judicial, os autores argentinos acima referidos apontam o oferecimento aos litigantes de um enfoque colaborativo e consensuado para chegar a uma resolução criativa e mutuamente satisfatória; a ampliação dos serviços de resolução de disputas do tribunal a um custo baixo; o provimento de um catalizador para o acordo; e o alcance de um alto grau de satisfação dos litigantes.¹⁵⁵ De outro lado, trazem à baila algumas preocupações ligadas a estes programas, como por exemplo: a (im)possibilidade de os tribunais dedicarem pessoal e recursos suficientes aos programas de mediação, assegurando a qualidade do treinamento dos mediadores; o aumento dos custos do procedimento, eis que a ele será agregada mais uma fase; e a (im)possibilidade de questões de interesse e significação públicas serem resolvidas por meio da mediação.

Boaventura de Sousa Santos, em defesa da utilização da mediação para solução de conflitos que envolvam relações multiplexas, anota estar hoje amplamente

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 119-120.

¹⁵⁵ Neste ponto, informam os autores: “En ninguno de los estudios sobre la mediación en materia de derecho privado se intento encontrar una asociación entre la satisfacción y otros aspectos de proceso. Los resultados referentes al nivel de satisfacción de los participantes indican, sin embargo, que los litigantes quieren que sus causas sean atendidas con criterio individual y no les gusta la justicia del tipo ‘línea de montaje’, en la cual los expedientes reciben limitada ponderación personalizada por parte del tribunal y de los abogados” (ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*. p. 155-156).

documentado na literatura antropológica, que sempre que as partes estão envolvidas em “relações de múltiplo vínculo (opostas às relações de vínculo único que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações por sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cuja equilibração só a mediação se adequa. Isto porque, para além do mais, só a mediação pode subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflitualidade social na sua expressão jurídica.”¹⁵⁶

Para José Luis Bolzan de Moraes os pontos positivos da utilização de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias são: 1) a confiança, porque os procedimentos não são públicos; 2) a informalidade, pois ao contrário do processo judicial, a mediação é essencialmente informal; 3) a flexibilidade, visto que as soluções não se encontram predispostas em lei; 4) a economia, já que os custos são reduzidos se comparados aos custos de se litigar dentro do sistema formal;¹⁵⁷ e 5) a justiça nas decisões, pois a resolução do conflito se dá nos contornos que as partes almejam.

Já os aspectos negativos, comumente enumerados pelos críticos, ficam por conta 1) do comum desequilíbrio de poder entre as partes, pois a maioria dos conflitos envolve pessoas com posições econômicas diferentes; 2) do problema da representação, visto que, por vezes, “os advogados ou representantes das pessoas jurídicas, grupos ou organizações então constituídos, firmam acordos que não são os que melhor atenderiam aos interesses de seus clientes”; e 3) do fato de que a justiça

¹⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*, p. 8.

¹⁵⁷ Diz o autor: “Em contrapartida aos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através do Instituto da Mediação tendem a ser resolvidos em tempo muito inferior ao que levariam se fossem debatidos em Corte tradicional, o que acaba por acarretar uma diminuição do custo indireto, eis que, quando mais se alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução” (MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição!*, p. 147).

deve prevalecer antes que a paz, porque “considerar a equivalência entre um acordo firmado e uma sentença proferida seria reduzir a função social da decisão jurisdicional a mera resolução de conflitos privados, o que privaria os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça”.¹⁵⁸

Além dessas, entre as desvantagens da implantação de mecanismos alternativos, complementares e consensuais de solução de controvérsias, como é o caso da mediação, Roberto Portugal Bacellar anota que “algumas vezes o grande número de sessões de mediação ou o próprio procedimento arbitral podem retratar maior morosidade; o dispêndio econômico de uma arbitragem ou de uma mediação, algumas vezes, pode até superar o de um processo judicial. Quando se trata de Juizados Especiais, não há qualquer dúvida de que os mecanismos consensuais da mediação e a arbitragem serão muito mais onerosos”.¹⁵⁹

John W. Cooley enumera vantagens e desvantagens à adoção da mediação na solução dos conflitos, apresentando um paralelo entre a forma adotada pelo Poder Judiciário e àquela vinculada à mediação. Para ele, a complexidade do processo de julgamento por tribunal, a falta de conhecimento técnico dos magistrados para apreciar causas específicas, a demora no processamento de cada caso decorrente do acúmulo de causas e a polarização das partes ao terminarem o processo são pontos negativos da solução de controvérsias pela tradicional forma litigiosa.

Em contrapartida, com a mediação é assegurado às partes privacidade no curso do processo (o que pode ser muito vantajoso em termos de resolução de certos

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 108-109.

¹⁵⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual, p. 226.

tipos de disputa), cabendo aos envolvidos a escolha de “partes neutras qualificadas, que às vezes têm conhecimentos e experiência especializados relevantes para a disputa.”¹⁶⁰

E ainda. Em razão da flexibilidade procedimental, “a mediação pode mostrar às partes soluções alternativas potenciais, dar-lhes condições de melhorar e reforçar suas relações em interações futuras e estimulá-las a explorar e a atingir soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões”.¹⁶¹

John W. Cooley não deixa de enumerar os pontos negativos que vê relacionados à utilização da mediação, estando entre eles a possibilidade de a parte mais forte influenciar acertos ou acordos por detrás dos bastidores, a ausência das garantias do devido processo¹⁶² e a ausência de obrigação que vincule as partes a cumprir o ajustado, a não ser quando previsto na legislação aplicável a contratos específicos.¹⁶³

Os proveitos das soluções ditas alternativas também são elencados por Cândido Rangel Dinamarco, em especial no que diz respeito ao custo financeiro do processo (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias, etc); à excessiva duração dos trâmites processuais, que muitas vezes causa a diluição da utilidade do resultado final; ao necessário cumprimento das formas processuais, com a irracional tendência de muitos a favorecer o formalismo; ao melhor conhecimento do *thema decidendum* pelos árbitros especializados; ao menor apego à rigidez da lei, dada a possibilidade de optar

¹⁶⁰ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, p. 29.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 29-30.

¹⁶² André Gomma de Azevedo defende idéia contrária. Como já referido anteriormente, para ele “os princípios processuais constitucionais, como enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber, formam o conteúdo axiológico do ordenamento jurídico processual e são aplicáveis, portanto, a todas as formas de composição de disputas”. (AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, p. 153-154).

¹⁶³ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, p. 30-31.

pelo juízo de equidade (CPC, art. 1075, inc. IV); e à ausência de publicidade, que favorece a preservação da privacidade ou mesmo de segredos empresariais.¹⁶⁴

O projeto de lei brasileiro que institucionaliza e disciplina a mediação paraprocessual não escapa à apologia e às críticas acima relacionadas.

A adoção de um modelo consensual de resolução de controvérsias é, a nosso ver, suscetível de melhorar a eficiência e a qualidade da prestação jurisdicional, notadamente naquelas áreas onde a ênfase está nas relações multiplexas (direito de família, direito de vizinhança, relações comerciais de múltiplos vínculos, etc.), não só por primar pela manutenção do relacionamento existente entre as partes e por reduzir o tempo despendido para a solução do conflito, mas também pela possível obtenção de resultados mais adequados às necessidades dos litigantes, seja pela participação direta destes, sejam pelas habilidades especiais do mediador para apaziguar os ânimos e buscar uma solução consensuada do conflito.

Entretanto, não nos é dado ignorar que uma nova etapa burocrática será adicionada ao processo judicial – ainda que com previsão do prazo máximo de 90 dias, o que em nada nos parece desarrazoado à vista da possível solução do litígio neste curto espaço de tempo -, além de que um novo custo será a ele acrescido, pois os honorários destinados aos mediadores serão somados aos custos normais do processo.¹⁶⁵

Na visão de Alexandre Freitas Câmara há, ainda, uma excessiva *processualização* do instituto. Para ele, “não parece salutar que a mediação seja regulada de forma tão complexa, tão cheia de regras procedimentais. Isso pode vir a ser

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 124.

¹⁶⁵ Nos termos do art. 42 “os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local”. Ainda quanto aos honorários do mediador, o § 1º desse mesmo artigo dispõe que “nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça”.

capaz de gerar uma excessiva burocratização da mediação, que dificilmente a tornaria um mecanismo atraente para a resolução de conflitos”.¹⁶⁶

De todo modo, nas palavras de Mauro Cappelletti, “há dois modos de recusar mudanças: um é simplesmente dizer não às reformas, o outro – talvez menos ostensivo – é exigir perfeição (o enfoque do tudo-ou-nada). Entretanto, se quisermos aplicar procedimentos ordinários até às mais insignificantes controvérsias (...) podemos descobrir que isso é irrealístico, e na verdade pouco razoável”.¹⁶⁷

¹⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Conciliação e mediação no processo civil brasileiro – estado da questão*, p.16.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro de movimento universal de acesso à justiça*, p. 89.

CONCLUSÕES

Não é novo o problema da inefetividade da Justiça, seja por deficiência de seus meios, pelo custo envolvido nas demandas judiciais ou ainda por sua morosidade, fruto do crescente número de conflitos - não só tomados de forma quantitativa, mas também qualitativa – característico dos tempos modernos e das crescentes crises sociais.

O modelo judicial atual - que repousa na oposição de interesses - nada mais é do que herança cultural vinda do modelo liberal clássico, baseada na propriedade privada e na não intervenção do Estado. Todavia, tal modelo não corresponde mais ao estágio da evolução social no qual vivemos, em especial porque as políticas sociais desenvolvidas pelo Estado-providência acarretaram profundas modificações legais, dando origem à socialização dos direitos.¹⁶⁸

Esta socialização dos direitos, por seu turno, trouxe os conflitos do cotidiano às portas do Poder Judiciário, sem que ele estivesse preparado para tanto. Em verdade, no plano procedimental, a evolução é lenta: ainda vivemos no antigo modelo adversarial de solução de controvérsias, não obstante já venham sendo percebidos alguns avanços como, por exemplo, a utilização da conciliação, da arbitragem e da mediação como alternativas para adoção de um modelo consensual de solução de conflitos, objetivando a pacificação social.¹⁶⁹

Ora, “se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim como instrumento de realização de

¹⁶⁸ BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation: une justice douce*, p. 180-181.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 181.

valores”¹⁷⁰, não pode o plano procedimental distanciar-se de tal forma da realidade social, mantendo-se inerte frente à condição de direito efetivo que deve ser dada à garantia do acesso à justiça no seu mais amplo aspecto.¹⁷¹

E mais. A própria estruturação e organização internas do processo – bem como a conseqüente coordenação da atividade dos sujeitos processuais – “entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo”, quais sejam, “por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo”, mostrando-se significativos “os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual”.¹⁷²

É que a estrutura inerente ao processo “depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial”.¹⁷³

Neste quadro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca: “é preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do

¹⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 2.

¹⁷¹ Ainda neste sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que “qualquer reflexão moderna sobre o processo há de levar em conta suas conexões internas e externas. Não basta tão somente o estudo da técnica, simples meio para atingir-se determinado resultado, porquanto o processo como fenômeno cultural se conforma em razão dos valores imperantes em determinada sociedade, das suas idéias, utopias, estratégias de poder, fatores sociais, econômicos e políticos. Portanto, sempre se revela necessário atentar aos liames com a realidade social externa: a mais grave miopia de que pode padecer o processualista é ver o processo como medida de todas as coisas. Nenhuma tentativa de controlar o arbítrio estatal e de forma concomitante estabelecer padrões que permitam ao processo alcançar suas finalidades últimas em tempo razoável e ainda colaborar para a justiça do provimento judicial poderá frutificar, se não se atentar às vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes de sua estruturação e organização (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Mauro Cappelletti e o direito processual brasileiro*, p.50).

¹⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, p. 13.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 11.

processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo. E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão”.¹⁷⁴

É sob esta ótica que se vê renascer a utilização da mediação: método não-adversarial de resolução de conflitos no qual um terceiro, imparcial, auxilia os interessados a solucionar o litígio através da gestão do conflito pelas próprias partes. Com ela, vê-se solucionado não apenas o conflito processual, mas também o conflito social, com sua resolução pela análise das verdadeiras causas que o originaram, sem as limitações impostas pelas regras que regem o processo civil, alcançando-se a realização da justiça e da pacificação social, sem deixar de lado os valores da efetividade e da segurança.

Baseada na autodeterminação das partes, na imparcialidade e na competência do mediador, na informalidade do procedimento e na confidencialidade do processo, a mediação tem demonstrado, em diversos países, ser capaz de solucionar conflitos de diversas naturezas, notadamente questões trabalhistas, demandas que envolvam vizinhos e consumidores, lides familiares e demandas empresariais.

Por óbvio, o contexto de aplicação da mediação deverá estar sempre sujeito ao regramento legal que lhe é destinado ou, ao menos, à inexistência de vedação à sua utilização pelo ordenamento jurídico na qual estiver incluída.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 13.

A experiência estrangeira tem comprovado, ainda, que a grande maioria das lides submetidas à mediação resultam na obtenção de acordo - ainda quando a mediação é prevista de forma obrigatória -, bem como que os custos de um caso tratado em mediação é inferior ao de um processo judicial.

No Brasil, o instituto ainda não foi objeto de regulamentação no âmbito do direito civil. As regras existentes versam somente sobre questões trabalhistas, notadamente aquelas relativas a reajuste de salários, participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e negociação coletiva.

Todavia, enquanto a mediação carece de regulamentação específica, outras formas compositivas de solução de conflitos são largamente regradadas e utilizadas em nosso país - como é o caso da conciliação - o que possibilitou, não obstante essa lacuna legislativa, a mediação ser, hoje, uma realidade no Brasil, seja por meio de instituições privadas especializadas, seja por meio da implantação de projetos-piloto pelo Poder Judiciário de alguns Estados.

Em decorrência do impulso tomado pela iniciativa da mediação em nosso país, foi apresentado projeto de lei na tentativa de institucionalizá-la, voltando-a ao processo civil.

Assim, tramita no Senado Federal projeto que traz a disciplina jurídica da mediação – judicial ou extrajudicial – possibilitando-a em toda matéria que a lei civil admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem e determinando ser ela obrigatória, na hipótese de mediação incidental, no processo de conhecimento, salvo os casos previstos no próprio projeto.

Apesar de controvertida a matéria, filiou-se o legislador nacional à corrente que diz ser a inafastabilidade do Poder Judiciário, prevista no art. 5º, inc.

XXXV, da Constituição Federal, garantia fundamental que não se confunde com o monopólio da atividade jurisdicional. Portanto, concomitantemente ao monopólio jurisdicional é necessário e recomendável o incentivo aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário, com sua estrutura atual, trata apenas superficialmente da conflitualidade social, dirimindo controvérsias, mas nem sempre resolvendo o conflito.¹⁷⁵

Ao que parece, na esteira da legislação de outros países, o Brasil está prestes a adotar a mediação como método *auxiliar, complementar*, e não como método *substitutivo* ao processo judicial, conciliando o seu procedimento com o modelo tradicional, o qual não tem condições de dar vazão, de forma satisfatória, ao grande número – e à grande variedade - de casos que lhe são submetidos.

Questiona-se, então, a viabilidade da utilização da mediação no Brasil, ainda que integrada ao Poder Judiciário. A resposta a esta pergunta não pode olvidar o fato de que no estado democrático de direito, a lei é instrumento de transformação e, por óbvio, “seria certamente estultice da parte do legislador que se atira a uma reforma não dar a devida importância às tradições de um povo. Mas quando a reforma é dirigida exatamente contra uma tradição, não se pode, sem cair num círculo vicioso, invocar a tradição contra a reforma; o que importa, pois, resolver é se a tradição é boa ou má, se é conciliável, ou não, com a reforma”.¹⁷⁶

De outro lado, há muito existe, no Brasil, a tradição da utilização de formas não-adversariais para solução dos litígios. Em verdade, a tentativa de conciliação, como diligência prévia à propositura da demanda, já era encontrada na

¹⁷⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*, p.122-134.

¹⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Procedimento Oral*, p. 55.

tradição luso-brasileira no texto das Ordenações Filipinas¹⁷⁷. Logo, vista sob o enfoque cultural, não nos parece que a mediação negaria a tradição pacifista do prove brasileiro. Muito pelo contrário!

Cabe, aqui, invocar, então, a lição de Galeno Lacerda: “quando as coisas instituídas falham, por culpa de fatores estranhos a nossa vontade, convém abrir os olhos às lições do passado para verificar se, acaso, com mais humildade, dentro de nossas forças e limites, não podem elas nos ensinar a vencer desafios do presente.”¹⁷⁸

Desta forma, não enxergamos ser a reforma proposta inconciliável com nossas tradições. Ademais, o sucesso dos poucos projetos-piloto instaurados em alguns Estados atesta a aceitação popular pela utilização da mediação como forma de solução amigável dos conflitos.

Se considerarmos que o processo está destinado a obter a justa composição do litígio¹⁷⁹, dentro de uma fórmula de paz com justiça, bem como não ser a tônica a eliminação do processo, mas sim seu aperfeiçoamento, inevitável será a conclusão no sentido de que a adoção de meios consensuais de resolução de conflitos não só não é inconciliável com o modelo jurisdicional tradicional, mas também se faz necessária para alcançarmos um sistema mais rápido e capaz de oferecer soluções justas e efetivas em respeito a todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo.

¹⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *A Conciliação no Novo Código de Processo Civil*, p. 88.

¹⁷⁸ LACERDA, Galeno. *Dos Juizados de Pequenas Causas*, p. 07.

¹⁷⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 199.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 1970.
- ALPA, Guido. *Ritti alternatii e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie – diritto civile*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 89, p. 134-157, jan./mar.1998.
- ÁLVAREZ, Gladys S. *et al. Mediación y Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- _____. A mediação no cenário jurídico: seus limites: a tentação de exercer o poder e o poder do mediador segundo sua profissão de origem. In: SCHNITMAN, Dora Fried *et al.* (org.). *Novos paradigmas em mediação*. Tradução Marcos A. G. Domingues e Jussara HAubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 185-206.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 84, p. 175-199, [199?].
- _____. *Juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Mauro Cappelletti e o direito processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, p. 45-50, out. 2001.
- _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso, AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 285-319.
- _____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 137, p. 07-31, jul. 2006.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Conciliador Judicial. *Correio Braziliense, Direito e Justiça*, 15 de março de 1999.

- _____. Uma experiência nas varas cíveis da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Revista dos Juizados Especiais*, Porto Alegre, v. 25, p. 42-44, abr. 1999.
- AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 151-172.
- _____. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. *Revista do CEJ*, Brasília, v. 24, p. 13-22, jan./mar. 2004.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 95, p. 122-134, jul./set. 1999.
- BARBADO, Michelle Tonon. Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p.369-379.
- BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. Mediação: relevante instrumento de pacificação social. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, v. 20, p. 309-324, 2003.
- BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de solução de conflitos de interesses. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 733, p. 11-23, 1996.
- _____. A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. *Revista de Direito Mercantil*, v. 103, p. 15-24, [19??].
- BERIZONCE, Roberto O. *Justicia conciliatoria y justicia de paz: tendencias y perspectivas*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 68-85, jul./set. 1894.
- BIDART, Adolfo Gelsi. Participação popular na administração da justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 253-261.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation: une justice douce*. Paris: Syros Alternatives, 1992.
- BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos e legislação brasileira* (disponível em http://www.federasul.com.br/camara_arbitral/noticias/novvas/15_10_2004_01.html).

- _____. *A mediação de conflitos nas organizações* (disponível em http://.federasul.com.br/camara_arbitral/noticias/novas/05_11_2004_01.html).
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Mediação e arbitragem como meios de solução de conflitos coletivos de trabalho: atuação do Ministério Público do Trabalho. *Revista LTr*, v. 62, p. 345-351, mar. 1998.
- CALMON FILHO, Petrônio (org.). *Reforma Constitucional do Poder Judiciário*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2003. Cadernos IBDP: propostas legislativas, v. 3.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Conciliação e Mediação no Processo Civil Brasileiro-Estado da Questão. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 22, p. 09-18, jan. 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.
- _____. *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 2, p. 233-245, apr./giu. 1982.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 58, p. 33-40, [19??].
- CARNEIRO, Athos Gusmão. A Conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 2, p. 88-93, nov. 1974.
- CARNELUTTI, Francesco. *Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti*. *Rivista di diritto processuale civile*, v. 5, p. 03-37, 1928.
- _____. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 19(??). v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral. In: *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

- COELHO, Inocêncio Mártires. Arbitragem, mediação e negociação: a constitucionalidade da lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 11-26, jan./mar. 2000.
- COHN, Ellen *et al.* *Factores que influyen en la aceptación pública de la mediación*. In: DUFFY, Karen Grover, Grosch, James W., Olczak, Paul V. *La mediación y sus contextos de aplicación*. Barcelona: Paidós.1996. p. 209-227.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, v.2, p. 318-371, apr./giu. 2000.
- COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Trad. René Loncan. Brasília: UnB, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. O Procedimento Sumário e as suas novas alterações. *Revista de Processo*, v. 105, p. 139-172, [19??].
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Horizontes da nova audiência preliminar. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 25, p. 529-543, jul./set. 2002.
- CUNHA, J. S. Fagundes. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, p. 639-661, set./dez. 1997.
- DALL´AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. A audiência de conciliação. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira (org.). *Inovações do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- DELGADO. José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 11, t. 2.
- DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, p. 663-670, jun. 2002.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Seção I, 26.08.1983, p. 8015.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Seção I, 25.04.1984, p. 2350.
- DIAS, Maria Berenice. A mediação no confronto entre direitos e deveres. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.62, p. 59-63, mar.2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

- _____. *Manual dos Juizados Cíveis*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Tutela jurisdicional. *Revista Forense*, v. 334, p. 19-41, [19??].
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2 e 3.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1 e 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Conciliação trabalhista, mediação extrajudicial e mediação judicial: diferenças, semelhanças e simbiose; um degrau para a introdução da mediação conciliatória na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, v. 66, p. 310-313, mar. 2002.
- DUFFY, Karen Grover, Grosch, James W., Olczak, Paul V. *La mediación y sus contextos de aplicación*. Barcelona: Paidós, 1996.
- DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y conciliación*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: D.A. Giuffrè, 1957.
- _____. *Procedimento e processo: teoria generale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, v. 35. p. 819-836.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, t. 1.
- FISHER, Roger *et al.* *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, p. 97-118, jan./mar. 2002.
- GANANCIA, Daniele. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 62, p. 7-15, mar. 2001.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GIGLIO, Wagner D. Solução dos conflitos coletivos: conciliação, mediação, arbitragem, resolução oficial e outros meios. *Revista LTr*, v. 64, p. 307-312, mar. 2000.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- _____. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. *In: Novas Tendências do Direito Processual: de acordo com a constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. Órgãos extrajudiciais de conciliação. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 83, p. 17-19, set. 1993.
- _____. Aspectos da conciliação no atual direito processual. *In: Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 345-348.
- _____. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, p. 60-83, abr./jun. 1987.
- _____. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. *In: WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. Conciliação e juizados de pequenas causas. *In: WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *La Médiation*. Paris: Universitaires de France, 1995.
- HINZ, Henrique Macedo. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HOROWITZ, Sara. *Conflicto y negociación. In Mediación: una respuesta interdisciplinaria*. Buenos Aires: EUDEBA, 1997.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. Conciliação: Novos momentos da tentativa de conciliação e sua técnica. *Revista Jurídica*, v. 244, p. 21-35, fev. 1998.
- LACERDA, Galeno. Dos juizados de pequenas causas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, [s.v.], p. 7-10, [19??].
- LAGO, Cristiano Álvares Valladares do, LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares do. Mediação no direito de família. *Revista de Direito Privado*, v. 3, n.11, p. 84-120, jul./set. 2002.

- LAGRASTA NETO, Caetano. Meios alternativos de solução de litígios. *Revista dos Tribunais*, v. 639, p. 22-31, [19??].
- _____. Mediação e Direito de Família. *Revista CEJ*, Brasília, v. 17, p. 111-116, abr./jun. 2002.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V. A mediação como forma alternativa de solução de conflitos. *Revista dos Tribunais*, v. 751, p. 94-101, mai. 1998.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A audiência preliminar e a seqüência do processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v.9, p. 106-117, dez. 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 820, p. 11-49, fev. 2004.
- MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Mediação para a paz: ensino Jurídico na era medialógica*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6863>>. Acesso em 29 mar. 2006.
- MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*, Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, p. 142-153, set./dez. 2004.
- MNOOKIN, R. *et al. Mediación: una respuesta interdisciplinaria*. Buenos Aires: EUDEBA, 1997.
- MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 28, p. 280-289, [19??].
- _____. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

- _____. Vicissitudes da audiência preliminar. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 16, p. 74-81, jul. 2004.
- MURRAY, John S. et. al. *Processes of dispute resolution: the role of lawyers*. New York: The Foundation Press, 1996.
- NALINI, José Renato. O Brasil e a Mediação Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 750, p. 472-487, abr. 1998.
- NEGRÃO, Theotonio. GOUVEA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NIERENBERG, Gerard. I. *El Negociador Completo*. [s.l.]: Estúdio Cariola Sanz/División Editorial, 1993.
- OLIVEIRA, Ângela (coord). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Mediação (instrumento da pacificação social). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, p. 88-97, mai. 2002.
- PASTORE, José. Em defesa da conciliação trabalhista. *O Estado de São Paulo*, 18 novembro, 2003, Caderno B, p.2.
- PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 91, p. 203-212, jul./set. 1998.
- PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 1, p. 41-71, mar.2004.
- PIRES, Amom Albernaz. Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 131-152.
- RAY, Larry. *El sistema legal descubre nuevas herramientas: las técnicas de resolución de disputas*. In: DUFFY, Karen Grover, Grosch, James W., Olczak, Paul V. *La mediación y sus contextos de aplicación*. Barcelona: Paidós.1996. p. 229-248.

- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROCHA, José de Albuquerque. Mecanismos extrajudiciais de mediação de conflitos. In: *Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 349-355.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. O moderno conceito de acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos: a mediação e a escola do mediador. *Revista da Ajuris*, v. 97, p. 123-141, [19??].
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-135, [19??].
- _____. O discurso e o poder. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 01-40, out./dez. 1980.
- SANTOS, Erivaldo Ribeiro. A conciliação nas causas do sistema financeiro da habitação. *Revista CEJ*, Brasília, v. 24, p. 9-12, jan/mar. 2004.
- SCHNITMAN, Dora Fried *et al.* *Novos paradigmas em mediação*. Tradução Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.
- SIERRA, Humberto Briseño. *La audiencia procesal de mediación*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 54, p. 42-60, abr./jun. 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SPEZI, Luiz Felipe. Formas de solução dos conflitos do trabalho: autônomas, heterônomas, conciliação, mediação e arbitragem, solução jurisdicional (atuação do Ministério Público do Trabalho). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 54, p. 107-111, dez. 1998.
- TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Trad. de Mercedes Fernández López. *Doxa*, Alicante, v. 22, p. 311-320, 1999.

- THOMÉ, Liane Maria Busnello *et al.* Uma experiência em mediação familiar. *Destaque Jurídico: Revista de Estudos Jurídicos*, Gravataí, v.3, 2004.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TOUZARD, Hubert. *La mediación y la solución de los conflictos*. Trad. Diorki. Barcelona: Herder, 1981.
- VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação, 1998.
- _____. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In OLIVEIRA, Ângela (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999. p. 113-120.
- VILLATORE, Marco Antônio. *Mediação na solução de conflitos de trabalho e o direito comparado*. Disponível em: <http://www.tmma.com.br/conteudo/artigos021.htm>.
- WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ZEPEDA, Jorge Antonio. *Contribución al desarrollo de las bases para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, p. 106-151, abr./jun. 1987.

ANEXO

PARECER Nº , DE 2006

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que *institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*.

RELATOR: Senador **PEDRO SIMON**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, *que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*.

A proposição traz a disciplina jurídica da mediação – judicial ou extrajudicial –, definida como atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

O projeto contempla a possibilidade de mediação em toda matéria que a lei civil ou penal admita conciliação, reconciliação ou transação, apontando como mediadores, tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, que, nos termos de seu objeto social, se dediquem ao exercício da mediação.

Na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, não tendo sido interposto o recurso a que alude o inciso I, do § 2º do art. 58 da Constituição Federal, sendo então remetido a esta Câmara Alta para revisão, a teor do que dispõe o art. 65 da Constituição da República.

Nesta Casa, a proposição não recebeu emendas. Entretanto, o Senador Eduardo Suplicy apresentou na última reunião da CCJ (08/03/2006) Voto em Separado, que também constituirá objeto desta análise.

II – ANÁLISE

Os requisitos formais e materiais de constitucionalidade são atendidos pelo Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002, merecendo registro que é competência privativa da União legislar sobre direito processual (CF/88, art. 22, inciso I). Da mesma forma, no que concerne à juridicidade, a proposta se revela isenta da necessidade de reparos.

Quanto ao mérito, porém, cremos que o avanço trazido pela proposição afigura-se tímido. Cabe salientar que, hoje, se vive no Brasil momento especialmente favorável às iniciativas que buscam desafogar o Poder Judiciário, trazendo à luz mecanismos modernos de solução alternativa de conflitos.

Não podemos nos furtar à menção do novíssimo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 – Reforma do Judiciário), que estatui que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Ora, essa norma programática é que nos anima a perseguir avanços ainda maiores na legislação acerca da mediação.

Nesse sentido, mantivemos intenso diálogo com instituições públicas e representantes da sociedade civil, e recebemos diversas sugestões de aperfeiçoamento da proposta ora relatada, merecendo destaque as sugestões do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil e do Centro de Administração de Conflitos.

As sugestões diferem parcialmente do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, justamente por avançar na disciplina jurídica da mediação, classificando-a em judicial ou extrajudicial e prévia ou incidental. Outrossim, as sugestões contemplam a formação e seleção dos mediadores, trazendo linhas gerais sobre o Registro de Mediadores, que dará aos interessados – e à sociedade, em última análise – a indispensável segurança para eleger mediadores, com a garantia de que a pessoa ou instituição escolhida goza de reputação ilibada e vasta experiência na atividade.

Como fruto dessa interação, apresentamos substitutivo, que entendemos disciplinar de forma mais abrangente o instituto da mediação, avançando em alguns pontos que o projeto original aprovado pela Câmara dos Deputados não contemplava, mas sem atentar contra o seu espírito, ressalva feita à mediação penal, que não concordamos deva integrar o texto.

Especificamente quanto à mediação em matéria penal, deve ser feito o registro de que vige nesta seara o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, embora sofra temperamentos, merece um detalhamento incompatível com o texto aprovado pela Câmara dos Deputados. Em verdade, o membro do Ministério Público, que é o *dominus litis* da ação penal pública, dispõe de “discricionariedade vinculada” quanto à transação penal ou à suspensão condicional do processo, de modo que, para o seu efetivo exercício, é indispensável que a lei traga de forma minuciosa as suas hipóteses de cabimento.

Nosso substitutivo é estruturado em seis capítulos: I - modalidades de mediação; II - dos mediadores; III - do registro dos mediadores e da fiscalização e controle da atividade de mediação; IV - da mediação prévia; V - da mediação incidental; e VI - disposições finais.

No Capítulo I, definimos a atividade de mediação, e estabelecemos suas modalidades em prévia ou incidental e judicial ou extrajudicial (art. 3º), assentando que ela será sempre sigilosa, salvo convenção das partes (art. 6º) e que o termo de transação lavrado pelo mediador e assinado por ele e pelos interessados poderá ser homologado pelo juiz e consistirá em título executivo judicial. (art. 7º).

No Capítulo II, trouxemos a disciplina jurídica dos mediadores, assentando quem pode ser mediador judicial (art. 10) e extrajudicial (art. 11) e co-mediador (art. 15), outorgando atribuições à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às instituições especializadas previamente credenciadas pelos Tribunais de Justiça para treinar e selecionar candidatos à função de mediador (art. 14).

Este, sem dúvida, é ponto sensível para o sucesso da mediação, pois é fundamental a habilidade pessoal do mediador para apaziguar os ânimos e buscar uma solução consensuada do conflito.

O Capítulo II, outrossim, equipara os mediadores, quando no exercício de suas atribuições, aos funcionários públicos para fins penais (art. 12, *in fine*), e aos auxiliares da justiça, para todos os fins (art. 12), impondo-lhes os deveres de imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade (art. 13).

No Capítulo III, tratamos do Registro de Mediadores, mantido pelos Tribunais de Justiça (art. 16), a quem caberá normatizar o processo de inscrição dos mediadores que atuarão no âmbito de sua jurisdição (art. 16, § 1º). Ademais, inserimos disposição que impõe aos Tribunais de Justiça a sistematização dos dados dos mediadores e a sua publicação para fins estatísticos (art. 16, § 4º).

Neste ponto, optamos por tornar a inscrição no Registro de Mediadores obrigatória para o exercício da atividade de mediação, seja judicial ou extrajudicial. Tal fato se deve à necessidade de se ter o efetivo controle do trabalho dos mediadores, de modo a assegurar aos que optarem pela prevenção ou solução de seus conflitos pela mediação, que o terceiro que escolherem para conduzir os trabalhos gozará dos atributos que a lei exige. Tal providência será útil, ainda, para que haja rigoroso controle estatístico.

Além disso, com o controle do Registro de Mediadores pelo Tribunal de Justiça do Estado, será possível punir efetivamente os mediadores que apresentarem desvios de conduta e bani-los do exercício da atividade de mediação, impedindo que maus mediadores inviabilizem a incorporação da mediação na cultura dos brasileiros.

Ademais, está descrita a forma de fiscalização e controle da atividade de mediação. Aqui, arrolamos hipóteses de impedimento dos mediadores e condutas passíveis de censura (arts. 20 a 24), trazendo linhas gerais sobre o processo administrativo a que se submeterão os mediadores (art. 25). Cabe registrar a disciplina especial trazida para os mediadores judiciais, que submeter-se-ão ao controle efetuado pela Ordem dos Advogados do Brasil (art. 18).

Outrossim, no Capítulo III estão enumeradas as hipóteses de exclusão do Registro de Mediadores, e a cláusula de vedação de recadastramento do mediador excluído por conduta inadequada, em qualquer local do território nacional (art. 24, § 2º).

No Capítulo IV, acolhendo quase integralmente as propostas da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul e do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília, disciplinamos a mediação prévia.

No Capítulo V, contribuiu a solidez dos argumentos esposados nas sugestões da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, no sentido de tornar obrigatória a tentativa de mediação incidental. Neste sentido, a obrigatoriedade da mediação incidental pode ter o condão de estimular a auto-composição e desafogar as varas de primeira instância.

Por fim, o Capítulo VI traz disposições finais, de caráter geral, estatuidando que a atividade do mediador será sempre remunerada e estabelecendo o prazo de 180 dias para os Tribunais de Justiça expedirem as normas regulamentadoras que viabilizem o início das atividades.

Como já foi dito, foi apresentado, na última reunião desta Comissão, relatório substitutivo de autoria do ilustre senador Eduardo Suplicy, espelhando posicionamento do Ministério da Justiça e, conforme acordado com o nobre colega, reapresento meu parecer com nova redação contemplando e acatando em parte as propostas ora apresentadas.

III – VOTO

Com as considerações precedentes de que ressaltam a constitucionalidade, juridicidade, oportunidade e conveniência da proposta, votamos pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na origem), na forma do substitutivo a seguir:

EMENDA Nº – CCJ (SUBSTITUTIVO)

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e

estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 3º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Art. 5º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 6º A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

Art. 8º A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

CAPÍTULO II DOS MEDIADORES

Art. 9º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.

Art. 10º Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da lei penal.

Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.

CAPÍTULO III DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.

§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.

§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.

Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.

Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis.

Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.

§ 2º O referido relatório conterá:

- a) a) nomes e dados pessoais das partes envolvidas;
- b) b) indicação da causa de impedimento ou suspeição;
- c) c) razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:

- I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;
- II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;
- III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;

IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;

V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;

VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.

§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.

Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.

Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.

Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.

Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.

CAPÍTULO IV DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Art. 29. A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único. O requerimento de mediação prévia interrompe a prescrição e deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu advogado, sendo, neste caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 31. Obtido ou não o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do mesmo ou consignando a sua impossibilidade.

Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.

Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.

Art. 33. Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de co-mediação com profissional especializado em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.

CAPÍTULO V DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

- I – na ação de interdição;
- II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;
- III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;
- IV – no inventário e no arrolamento;
- V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;
- VI – na ação de retificação de registro público;
- VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;
- VIII – na ação cautelar;

IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo, .

Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.

§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.

Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento.

§ 1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.

§ 2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

§ 3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do § 3º do art. 30.

§ 4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.

Parágrafo único. O valor pago a títulos de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.

Art. 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.

§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.

§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.

Art. 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.

Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.

CAPÍTULO VI DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 42. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da assistência judiciária, estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários, correndo as despesas às expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.

Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.

§2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário” (NR)

Art. 44. Fica acrescentado à Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, o art. 331-A, com a seguinte redação:

“Art. 331 – A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior”.

Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de 180 dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.

Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterà expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do co-mediador, se for o caso.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.