

A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹

Resumo

O texto trata da mediação enquanto forma de solução alternativa de conflitos. É vista a mediação e suas características enquanto instrumento de pacificação, ao mesmo tempo em que são apresentadas as diferenças quanto aos demais instrumentos, notadamente a conciliação e a arbitragem. São examinados os conceitos advindos do direito estrangeiro e as perspectivas para o processo civil brasileiro.

Abstract

This paper aims to study mediation as an alternative dispute resolution mechanism, by examining its characteristics as an instrument for pacification. Besides, the text presents the main differences between mediation and other ADR methods, mainly conciliation and arbitration. Finally, it shows mediation concepts from other countries and its perspectives for the Brazilian Civil Procedure.

Palavras-chave: Mediação. Processo Civil Brasileiro.

Keywords: Mediation. Brazilian Law. Civil Procedure

Sumário

Considerações iniciais. Mediação: espécies e barreiras. O uso da mediação: filtragem dos conflitos. Perspectivas para o Processo Civil Brasileiro. Referências bibliográficas.

“La mediación es uno de los instrumentos para conseguir la autocomposición o acuerdo entre las partes. Es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar. Posiblemente buscamos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla... en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad²”.

¹ Professor da UERJ e da UNESA. Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. E-mail. humbertodalla@gmail.com

² MUÑOZ, Helena Soletó. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in: Revista eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

Considerações iniciais

Já se vão algumas décadas desde que Mauro Cappelletti³ sistematizou as suas *Ondas renovatórias do direito processual*.

Mesmo assim, a ideia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.

O mesmo Cappelletti já reconheceu que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional⁴ e que há diversas formas para a concretização dos processos de hererocomposição, notadamente, a mediação⁵.

Seguindo essa fórmula, fica mais fácil chegar ao que se denomina de quarta onda renovatória, a saber, a efetividade dos direitos processuais⁶.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito⁷ e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação⁸ e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais⁹ num sistema processual constitucionalizado¹⁰, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, enquanto processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio.

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro, imparcial, que irá contribuir na busca pela solução do conflito¹¹.

Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense n° 318 pp. 123/124.

⁵ “Le recours à la médiation, se substituant à l’exercice d’actions en justice, a pris une importance considérable dans les réformes et expériences faites récemment aux Etats-Unis, au niveau local avec les tribunaux de communautés ou les Neighborhood Justice Centers, et aussi en rapport avec la protection des intérêts diffus avec des procedes tels que l’environmental mediation” CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès à la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *idem*. p. 33

⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias*, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

⁸ FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

⁹ FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1.

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O *Uniform Mediation Act*¹² dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg¹³ afirma que “*mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*”.

Já para Maria de Nazareth Serpa¹⁴, mediação “é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”.

O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

José Maria Rossani Garcez¹⁵ afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se.

Roberto Portugal Bacellar¹⁶ define mediação como uma “*técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas*”.

Para Gladys Stella Álvarez¹⁷ a mediação constitui um “*procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual um tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a um acuerdo*”.

Helena Soletto Muñoz¹⁸, numa definição bastante amadurecida, afirma ser possível dizer que:

¹² Aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>, consultado em 25 de outubro de 2008.

¹³ GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

¹⁴ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 90.

¹⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2. ed., p. 35.

¹⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174.

¹⁷ ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 135.

¹⁸ MUÑOZ, Helena Soletto. *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

“la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso”.

O Projeto de Lei nº 94¹⁹, em sua versão final, apresentada em julho de 2006, apresentava o seguinte conceito em seu artigo 2º:

“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.”

O Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008²⁰, emitida pelo Conselho da União Europeia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Observa-se, portanto, que são elementos da mediação, de acordo com tal Diretiva: a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes, a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

No Direito Italiano, como decorrência da Diretiva, foi editada a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, em seu artigo 60²¹, autoriza o Governo emitir Decreto

¹⁹ Consultar o texto final, bem como as versões anteriores, no sítio do IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em fevereiro de 2010.

²⁰ DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives. “Article 3. Definitions. For the purposes of this Directive the following definitions shall apply: (a) ‘Mediation’ means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seized to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question”.

²¹ Legge 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). Art. 60. (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali). 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. 2. La riforma adottata ai sensi del comma

Legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Direito Comunitário.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28²², que traz os seguintes conceitos:

- “Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:
- a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;
 - b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;
 - c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;”

Na Espanha, onde a atividade de mediação está extremamente desenvolvida nas diversas províncias, há hoje um anteprojeto²³ para regulamentar, em âmbito nacional, a mediação. Segundo este documento, é apresentada a seguinte definição:

“Artículo 1. Concepto. A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador.

1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. 3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; (...) Fonte: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>.

²² DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.

²³ Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Disponível para consulta em: http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano/Documento/TempDocumento.

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam à conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo²⁴. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la²⁵.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito.

Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos²⁶.

A adjudicação vai assumir, basicamente, a forma de arbitragem ou de jurisdição.

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro) que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito²⁷.

A arbitragem pode ser convenionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes²⁸.

A segunda forma de adjudicação é a jurisdição, monopólio do Estado, que hoje é ainda o instrumento mais utilizado na solução dos conflitos no Brasil.

²⁴ No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um “processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada”. Op. cit., p. 147.

²⁵ Afirma João Roberto da Silva que “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade”. (in *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004, p. 15).

²⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁷ Cf artigos 1º e 18 da Lei nº 9.307/96.

²⁸ Cf artigos 2º e 3º da Lei nº 9.307/96.

Nela não há limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria). Ademais, ostenta a característica da coercibilidade e autoexecutoriedade, o que não ocorre na arbitragem²⁹.

Mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Vistas essas notas conceituais e definida a amplitude da mediação, analisemos mais a fundo sua consistência.

Mediação: espécies e barreiras

Três são os elementos básicos³⁰ para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibilidade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Há duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas para a busca da solução.

A primeira é denominada “*rights-based*” e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

²⁹ Explica-se: se o árbitro profere uma sentença arbitral que é descumprida por uma das partes, não pode ele aplicar providências coercitivas para garantir o adimplemento. Deve oficiar (ou requerer, segundo alguns) tal providência a um Juiz de Direito, na medida em que o legislador resolveu transferir ao árbitro todos os poderes do Juiz, exceto aqueles que decorrem da *coertio*.

³⁰ Para Nuria Belloso Martín, a mediação se caracterizará sempre pelos seguintes elementos: a) voluntariedade; b) eleição do mediador; c) aspecto privado; d) cooperação entre as partes; e) conhecimentos específicos (habilidade) do mediador; f) reuniões programadas pelas partes; g) informalidade; h) acordo mútuo; i) ausência de sentimento de vitória ou derrota. MARTÍN, Nuria Belloso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. Artigo gentilmente cedido pela autora quando ministrou disciplina no Curso de Mestrado em Direito da UNESA em novembro de 2005.

A outra é denominada *interest-based* e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executividade ao termo de acordo.

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória³¹.

É o que se chama de mediação incidental ou judicial. Em nosso ordenamento pode ser feita em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do C.P.C.); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (artigo 265, inciso II, *c/c* § 3º, também do C.P.C.).

De acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva, o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador³² do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas³³, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam³⁴.

³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo, in: SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em homenagem ao professor Sérgio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

³² O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

³³ FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

³⁴ Cf. também, as seguintes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*, New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994; e WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*, Minnesota: West, 1983.

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de comediantes, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Contudo, independentemente do tipo de mediação ou da postura do mediador, é possível identificar alguns comportamentos recorrentes que se constituem em verdadeiras barreiras à mediação.

Essas barreiras podem ser institucionais ou pessoais.

Barreiras institucionais são aquelas opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados.

Apesar de toda a evolução da teoria da solução alternativa de conflitos, é possível ainda identificar pontos de resistência bastante fortes e que podem ser resumidos em três posições.

A primeira diz respeito à desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e consequências jurídicas.

A segunda se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras, como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistos com certa desconfiança.

A terceira é traduzida pela falta de normatização e sistematização da mediação, aliada à noção de que sempre, de alguma forma, caberá algum tipo de recurso ou medida a ser distribuído ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.

Barreiras pessoais são as aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de mediação.

O ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford³⁵, e Diretor do PON – Program on Negotiation da Harvard Law School³⁶, Robert H. Mnookin³⁷, procurou sistematizar as quatro principais barreiras que impedem a obtenção de um acordo entre partes em litígio.

Afirma o professor que a primeira das barreiras a ser transposta é a estratégica, que está embasada na barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro.

³⁵ Cf sítio em <http://www.stanford.edu/group/sccn>

³⁶ Para maiores informações dos interessados em atender aos seminários de mediação e negociação promovidos pelo Programa de Negociação de Harvard Law School, e/ou obter material específico sobre o tema, cf o sítio em <http://www.pon.harvard.edu>

³⁷ Mnookin, Robert H. *Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict*, *The Ohio State Journal on dispute resolution*, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249.

Os negociadores devem ter em mente que o processo de negociação deve ser encarado como uma forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, ao invés de implicar, necessariamente, grandes perdas para um e ganhos correspondentes para o outro, visto que um negócio bem feito pode potencializar os ganhos de ambas as partes³⁸.

Para tanto, mister que as partes negociem com boa-fé, abertas ao maior número de opções possíveis, expondo as suas preferências e os fatos de seu conhecimento.

Também temos como barreira à obtenção de um bom acordo o uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, visto que é muito difícil que esse terceiro conheça todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis das propostas.

Ademais, não raras vezes, estará também negociando em benefício próprio, pois seus ganhos pessoais dependem dos ganhos de seu cliente, o que tende a amesquinhar a questão e, por isso, dificultar o acordo.

A terceira barreira listada pelo professor Mnookin é a cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas.

Isso significa dizer que é da essência do ser humano ter medo de perder; esta insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem de dar conta de que, em não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, até porque a solução consensual não costuma ser disponibilizada por muito tempo, eis que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida.

74

As inquietantes perguntas ecoam na mente daquele que está prestes a celebrar o acordo. “Será que esse valor está bom? Será que não posso conseguir mais? Será que com um pouco mais de negociação não consigo uma proposta melhor? Será que os outros vão me achar um mau negociador ou meus amigos vão me recriminar por não ter perseguido uma oportunidade mais vantajosa?”

Finalmente, a quarta barreira consiste na tendência, quase que automática, de as pessoas rejeitarem ofertas elaboradas pela outra parte, mesmo que lhes pareça satisfatória, por infundada e pura desconfiança.

Há uma tendência de interpretar uma boa proposta do adversário como barganha baseada em informações não compartilhadas no curso do processo negocial; de acreditar que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios através do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos.

Isto causa sensação de frustração e impotência. Instala-se um processo mental hermético e cíclico, se desvia do foco e inviabiliza o acordo.

Para que sejam ultrapassadas todas essas barreiras, e se chegue a um resultado final satisfatório, imprescindível será o desenvolvimento de um bom trabalho por parte do mediador.

Durante todo o tempo o processo deve ser transparente, com prévias e detalhadas explicações sobre tudo o que está sendo colocado na mesa, os futuros passos e as possibilidades e opções de cada um.

³⁸ Essa ideia de ganhos recíprocos e a permanente preocupação com esse parâmetro sempre foi um dos pilares da teoria clássica da negociação em Harvard. Para maiores esclarecimentos veja-se FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in*, op. cit..

O mediador pode tomar conhecimento de um maior número de informações (as partes lhe confiam dados que dificilmente transmitiriam a seu adversário); pode ter, então, maior noção da atitude de cada um (as partes estarem agindo de boa-fé ou não no decorrer do processo negocial), auxiliando com isso o afastamento da barreira estratégica.

Quanto menos a parte se sentir surpreendida ou vulnerável, mais ela se entrega, sem reservas ou barreiras, ao processo de mediação e torna mais fácil a tarefa e identificar os interesses (muitas vezes escondidos) por trás das posições, estabelecendo as possibilidades de composição entre esses interesses aparentemente antagônicos e inconciliáveis.

Também os mediadores podem superar os problemas decorrentes do uso de prepostos para a negociação visto que sua função será trazer os próprios litigantes à mesa para discutir o problema, estabelecendo relacionamento direto com eles e esclarecendo sobre a importância dessa conexão sem intermediários.

Ademais, será sua responsabilidade auxiliar a descoberta dos interesses comuns entre as partes e contabilizar os custos decorrentes da assinatura ou não do acordo, atitudes que auxiliarão a derrubada da terceira barreira.

E, por fim, segundo alguns, poderá o mediador elaborar as propostas em nome da parte proponente, com o que a quarta barreira ficará sensivelmente mitigada³⁹.

O uso da mediação: filtragem dos conflitos

Uma vez estabelecida a opção pela mediação, algumas questões devem ser objetivamente colocadas.

Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária.

Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé, e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), que seja de sua irrestrita confiança e esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias.

³⁹ Isto é viável apenas quando se convencionou a mediação ativa. De se observar que hoje, ao contrário da maioria das escolas de mediação nos Estados Unidos, a escola de Harvard se coloca em posição francamente antagônica a essa modalidade de mediação, por acreditar que com isso estar-se-á desnaturando a essência do sistema de mediação. Pela mesma razão, não se admitem sessões privadas com uma das partes (“caucus”) ou a concretização de uma proposta até então abstrata, sob pena de violação da imparcialidade do mediador. Para maiores esclarecimentos, cf. HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials.* Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Inicialmente, devem elaborar um termo de mediação (“*agreement to mediate*”), que deverá conter as informações relevantes no que tange à mediação, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador.

Normalmente o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo o que for tratado, (salvo expressa autorização das partes). Deve haver ainda no termo a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes, prazo para a conclusão dos trabalhos, forma de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação), cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue à conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado, ao menos naquele momento, hipótese que se denomina “denúncia à mediação”), entre outras.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado⁴⁰. Esse último tipo de sessão é denominado de “*caucus*” e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

João Roberto da Silva⁴¹ alerta serem as informações obtidas em *caucus* confidenciais, sendo que, a seu ver, diversas vantagens podem resultar daí.

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas.

Deste modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido o acordo, embora não exista regra que assim exija, normalmente será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exequibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor, evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

Vale ressaltar que, na forma da lei brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, se converte em título executivo extrajudicial na forma do art. 585, inciso II do CPC, o que dispensa a necessidade de ajuizamento de prévio processo cognitivo.

⁴⁰ Ver nota de rodapé supra sobre a posição da Escola de Harvard acerca do “*caucus*”, o que denota que nem todos os mediadores são adeptos de tal medida. Entendem os especialistas do P.O.N. da Harvard Law School que tal reduz o grau de confiabilidade das partes no mediador e impede a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos. Uma expressão comumente utilizada nos seminários, e que traduz bem essa mentalidade, é: “*anybody’s problem is everybody’s problem!*”.

⁴¹ SILVA, João Roberto da. *Op. cit.*, p. 19.

Também é facultado às partes que submetam o acordado à homologação pelo Juiz, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que aquele acordo adquira o *status* de título executivo judicial, conforme o art. 475, N, inciso V do CPC, impedindo a oposição de embargos e permitindo, apenas, a apresentação de impugnação, nas hipóteses do art. 475, L.

Examinadas as etapas do processo, já é hora de inserir a mediação no quadro geral de solução de conflitos e identificar as hipóteses nas quais pode se mostrar mais útil à sociedade.

Maria de Nazareth Serpa, que afirma que o objetivo da mediação não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes⁴².

Como já tive a oportunidade de ressaltar⁴³, as vias alternativas vêm para somar e não para disputar com a adjudicação.

A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados.

Em outras palavras, havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (*business to business* – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (*business to person* – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (*person to person* – P2P).

Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Poder ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriunda de ato ilícito qualquer, como, por exemplo, num acidente de automóvel) ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente⁴⁴.

Por óbvio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, a mediação também pode ser indicada para conflitos “B2B” e “B2P”. Cabe às partes e ao mediador avaliar as possibilidades caso a caso.

⁴² Idem. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 146.

⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em homenagem ao professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre direitos humanos em homenagem ao professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

Nesse sentido, recebemos com certa preocupação o Projeto de Lei nº 94/2002 (antigo Projeto nº. 4.287/98) que tramitou no Congresso Brasileiro e que hoje se encontra paralisado. Em outras palavras, desejamos, desde logo, alertar para o fato de que a mediação não deve ser utilizada indiscriminadamente, quer prévia, quer incidentalmente, em todos os processos.

Isso de nada adiantará ou contribuirá para o acesso à justiça.

É imprescindível que exista uma forma de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes.

Um confronto de cunho eminentemente emocional é passível de solução mais adequada se for submetido inicialmente à mediação. É necessário decompor os elementos psicológicos e jurídicos e examinar qual deles prepondera naquele caso específico, a fim de que se possa utilizar o “remédio” adequado.

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR's, e muito menos de utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.

Perspectivas para o processo civil brasileiro

78 Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e na escolha por um instrumentos mais profundo de solução do conflito⁴⁵.

Nesse sentido, como já mencionado, na mediação não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro.

O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa.

Neste tópico, vamos procurar apresentar alguns institutos da mediação e comentar dispositivos do referido Projeto de Lei que consideramos sejam, ainda, merecedores de maior reflexão.

Nessa linha de raciocínio, partindo-se da premissa, já assentada, de que na mediação os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que seja detentor de sua confiança, e, ainda, de que este terceiro não tem poder decisório, é possível compreender que cria-se uma relação mais íntima entre as partes e o mediador.

Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

⁴⁵ Projeto “Movimento pela Conciliação” liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponível no sítio <http://www.cnj.gov.br>. Acesso em 15 de abril de 2008.

Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias⁴⁶ na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “*call center*” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito⁴⁷.

Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o princípio da indelegabilidade da jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

⁴⁶ A Lei nº 9.958/2000 inseriu as alíneas A a H no artigo 625 da Consolidação das Leis Trabalhistas (C.L.T.) e disciplinou o instituto das “Comissões de Conciliação Prévia”. Em razão dessa sistemática, o Egrégio Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que não pode ser exigida a ida prévia à C.C.P., pois isso seria um injustificável embaraço ao livre acesso ao Poder Judiciário. Maiores informações sobre essa Decisão em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>, *post* do dia 14 de maio de 2009. Referência: ADIN 2139/DF. Íntegra do Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>.

⁴⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de janeiro de 2010.

Não custa lembrar, como nos indica Elidio Resta⁴⁸, que a conciliação tem o poder de “desmanchar” a lide, resultado este que, na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.

E mais, num momento inicial, quando não está ainda consolidada a prática da mediação, é preciso que tal postura tenha uma finalidade também educativa e pedagógica.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário⁴⁹, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

Isso pode (e deve) ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, vale a pena dar uma olhada no “*Alternative Dispute Resolution Act*”⁵⁰ de 1988, em vigor nos Estados Unidos.

⁴⁸ RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 119. “a conciliação desmancha a lide, a decompõe nos seus conteúdos conflituosos, avizinhandos os conflitantes que, portanto, perdem a sua identidade construída antagonicamente.”

⁴⁹ Veja-se o excerto adiante transcrito da obra de Eligio Resta: “A oferta monopolista de justiça foi então incorporada no interior do sistema da jurisdição, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente; tecnicamente aquilo que levou a altos graus de ineficiência o sistema da jurisdição foi um crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. Tecnicamente se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários. (...) Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito, na qual mover-se, me parece que deva ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora quanto ineficaz”. (RESTA, Eligio [trad. Sandra Vial]. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, pp. 99/100).

⁵⁰ Seguem os principais excertos do “Act”: “(...) (2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...) (b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (...)”. Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 30 de setembro de 2007.

A mediação incidental ou judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento. Contudo, nas duas hipóteses, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

O elemento principal, portanto, para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação⁵¹, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Nesse sentido, o artigo 2º, na redação atual do projeto⁵², dispõe de forma inequívoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil será a passiva, dando a entender que a chamada mediação ativa (conciliação) não se coaduna com o espírito do legislador.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua.

Alguns autores recomendam tratar os dois termos como sinônimos. Entretanto, na Itália⁵³ os autores estão traduzindo a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal.

Isso tem o objetivo de distinguir claramente a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou iminência de um processo (*conciliazione*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial (*mediazione*).

Porém, considerando que o sistema norte-americano é eminentemente paraprocessual e parajudicial, a proposta brasileira a ele em muito se assemelha. Mantendo a nomenclatura norte-americana, está sendo proposta no Brasil a mediação paraprocessual. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

⁵¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação, in: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

⁵² “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”.

⁵³ Conferir, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Ademais, como referido, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem “bola de cristal” e nem “varinha mágica”.

Daí a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio e obrigatório para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

O autor, ao ajuizar a petição inicial, deveria alegar (e provar) ao magistrado que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente aquele conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

O juiz, se se convencer das alegações do autor, profere o despacho liminar positivo e determina a citação do réu; se entender, ao contrário, que há espaço e viabilidade para uma solução pacífica, designa uma sessão de mediação (incidental), se estiver convencido de que este mecanismo poderá, concretamente, ofertar alguma contribuição ao litígio que tem em suas mãos.

A mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados.

Toda faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias.

Ademais, os escritórios-modelo deveriam incluir um período de “clínica de mediação”, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico⁵⁴.

Apenas com a mudança na academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores.

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas, e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição arraigada nos países latino-americanos e ligada à falsa premissa de que apenas o juiz pode resolver o problema.

O sistema de mediação (prévia e incidental), tal como apresentado no Projeto de Lei nº 94, deve ser repensado, sob pena de submeter o processo a mais uma desnecessária delonga. É preciso uma racionalização na prestação jurisdicional.

Se, desde o início, fica claro que o cerne da controvérsia não é jurídico, ou seja, não está relacionado à aplicação de uma regra jurídica, de nada adianta iniciar a relação

⁵⁴ Nesse sentido, veja-se excelente iniciativa do Ministério da Justiça intitulada “Projeto Pacificar”. Maiores detalhes no sítio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário no seguinte endereço: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4F9B9115ITEMIDB273D42CA83B4131AE3FEE93D8C2D174PTBRIE.htm>.

processual, para então sobrestá-la em busca de uma solução consensual. Isto leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e, não traz qualquer consequência benéfica.

É preciso amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa fritagem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Ainda nessa linha de raciocínio, parece ser um verdadeiro despautério cogitar da existência, num mesmo processo, de uma sessão de mediação, uma audiência preliminar e ainda uma AIJ na qual, novamente, tenta-se a conciliação.

Pensamos que, em regra, a conciliação deve ser pré-processual, facultando-se às partes a possibilidade de provocar o Poder Judiciário para obter a homologação do acordo (e com isso mais segurança jurídica para aquela relação); iniciado o fluxo processual, a opção da conciliação fica sempre aberta, mas não cabe mais ao juiz buscá-la, provocá-la ou mesmo interromper a marcha dos atos processuais no afã obsessivo de alcançá-la. Tal iniciativa deve competir às partes e não ao magistrado.

A questão de ser o mediador um advogado ou não, tem suscitado grandes discussões. Infelizmente, o que move os debatedores não é uma preocupação desinteressada pelo tema. Há um forte “*lobby*” de setores da advocacia, em oposição ao movimento feito por setores e grupos ligados à psicologia.

Realmente, não nos parece adequado que o mediador seja, necessariamente, um advogado. Parece que a melhor configuração é a de um mediador não advogado, que pode ser auxiliado por um comediador advogado.

Participando da sessão de mediação estarão as partes que poderão levar seus advogados ou solicitar a intervenção de um defensor público ou advogado dativo, naquelas localidades nas quais a Defensoria Pública ainda não estiver estabelecida, ou quando o número de defensores disponíveis não for suficiente para atender a todas as demandas.

Diga-se, de passagem, que o árbitro, que tem poder de julgar, não precisa ser advogado. Por que, então, o mediador deveria ser, já que sua função não é julgar, mas sim auxiliar as partes e entender melhor o problema, aparando as arestas e removendo os obstáculos que impedem o acordo? O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral, independentemente de sua profissão.

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

É a opção do legislador privilegiar a mediação “passiva”, como já examinado, que não é de nossa tradição.

Desde o ano de 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais, e a consequente “popularização” da justiça de pequenas causas, a população se acostumou com a figura do conciliador nos Juizados Especiais que pratica, na maioria dos casos, a mediação “ativa”, ou seja, interfere no conflito, oferece soluções, sugestões e mesmo valores.

Ao se optar pela mediação passiva, quer se queira ou não, faz-se a escolha por um procedimento mais demorado, profundo e que depende da habilidade do mediador em trazer as partes para um conhecimento mais próximo do problema, fazendo com que enxerguem determinados aspectos, sem, contudo, sugestioná-las ou de alguma forma interferir na sua cognição.

Se não houver um treinamento adequado (que demanda estrutura, tempo e muitas horas de clínica e exercícios) a opção do legislador não passará de uma norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática.

A efetivação do cadastro e do registro de mediadores⁵⁵ é de suma importância, bem como a postura da OAB que, ao contrário das tradições corporativistas, deve dar o exemplo e punir todo e qualquer profissional que contribua, de alguma forma, para o desvirtuamento do processo de mediação.

Não é necessário referir aqui, posto que notórios, os incontáveis casos de falsidade, desvio e abuso de direitos, poderes e prerrogativas por pessoas que, a pretexto de exercerem a função de árbitros, procuravam travestir-se em falsos juízes de direito.

A redação do artigo 34 do Projeto⁵⁶, ao dispor sobre os casos em que não é cabível a mediação parece equivocada.

A proibição de seu uso no inventário chega a ser absurda, em razão da desjudicialização desse procedimento, promovida pela Lei nº 11.441/07.

Quer nos parecer que a lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos. Em outras palavras, o critério para a determinação dos casos nos quais pode ser feita a mediação deve ser *ope iudicis* e não *ope legis*. Havendo dúvida, devem as partes procurar o Poder Judiciário e distribuir uma petição, ainda que com a finalidade de obter apenas a homologação judicial.

⁵⁵ “Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, 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. 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. (...) Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e comediantes 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 comediador 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 comediador, 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”.

⁵⁶ “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 180 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”.

Já nos encaminhando para o fim deste breve texto, ciente de que as matérias aqui suscitadas abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de ressaltar que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos.

Parece-nos que ao longo da (recente) tradição democrática brasileira, talvez até mesmo como uma expressão da *mea culpa* do Estado, ciente de seu fracasso ao atender as necessidades mais básicas da população, forjou-se a ideia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado.

O cidadão procura o juiz⁵⁷, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou se não vem do jeito que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas ideias permitirá que o procedimento da mediação seja gravado com as mesmas garantias inerentes ao processo judicial num Estado Democrático de Direito, viabilizando e justificando esse meio alternativo dentro da exigência de um processo “justo”, na ótica da moderna doutrina processual italiana⁵⁸ e obediente aos postulados clássicos do *due process of law*.

Referências bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, in *Revista de Processo*, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82/97.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in: *Revista de Processo*, vol 99, p. 249/293.

CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005, pp. 94/137.

Directive 2008/52/EC Of The European Parliament And Of The Council, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives.

FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

FULLER, Lon. *Mediation: its forms and functions*, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971.

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.

MARTIN, Nuria Beloso. Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 2, vol. 2, janeiro a dezembro de 2008, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

⁵⁷ “A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas esqueceu como resolver conflitos em meio a essas mesmas necessidades e interesses delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz”. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

⁵⁸ Ver, por todos, COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Minime del “Giusto Processo” Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani in *Revista de Processo*, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159-176.

MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

MNOOKIN, Robert H. Beyond Winning, *Cambridge: Harvard University Press*, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. Negotiation Theory and Practice, *Cambridge: Harvard University Press*, 1999.

Novo Projeto De Lei Sobre A Mediação No Processo Civil, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acessado em 15 de janeiro de 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in *Acesso à justiça: efetividade do processo*, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, capítulo 23.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria geral da mediação – à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acesso em 12 de janeiro de 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em homenagem ao professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre direitos humanos em homenagem ao professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.