



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

NATHÁLIA ALVES DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO
FORMA EFETIVA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO
PROCESSO JUDICIAL**

SOUSA - PB

2007

NATHÁLIA ALVES DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO
FORMA EFETIVA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO
PROCESSO JUDICIAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.**

Orientadora: Professora Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB

2007



L732p

Lima, Nathália Alves de.

A possibilidade de utilização da mediação como forma efetiva de solução dos conflitos no processo judicial. / Nathália Alves de Lima. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

81 f.

Orientadora: Professora Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Conflitos - Direito. 2. Mediação na justiça. 3. Técnicas da mediação - justiça. 4. Processo judiciário - mediação. 5. Conciliação. 6 Acordo. 6. Direito processual. I. Abrantes, Geórgia Graziela Aragão de. II. Título.

CDU: 347.925(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Nathália Alves de Lima

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO FORMA EFETIVA DE
SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PROCESSO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais como
pré-requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de _____ 2007

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes
(Orientadora)

Prof. Membro da Banca

Prof. Membro da Banca

À minha vizinha, a minha mãe, a minha tia
Luciana e a seus lindos filhos, onde deposito,
com amor e carinho, todas as minhas forças para
poder enfrentar o futuro.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que me protege e me guarda de todo o mal, e que me proporcionou a realização de um grande sonho.

À minha matriarca, Francisca Alves de Lima, e a minha mãe, Geralda Antônia Alves, que me criaram com todo esforço e dedicação possível, e ao qual me orgulharei para o resto de minha vida.

À minha querida tia Luciana Alves de Lima, a seu esposo Francisco Willams Bezerra, pais das crianças mais lindas: Brena e Breno; onde agradeço a eles todo apoio e esperança depositadas em mim.

À minha enorme família detentora de meu amor infinito.

Às minhas queridas amigas, que compartilham comigo momentos especiais, e onde irei lembrá-las onde quer que eu esteja.

À minha orientadora Geórgia Graziela Aragão de Abrantes, pela atenção e contribuição no desenvolvimento deste trabalho.

Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação uns com os outros, autodeterminarem-se na produção da diferença.

Luis Alberto Warat

RESUMO

Torna-se preocupante nos dias de hoje, a situação ao qual enfrenta o Judiciário no nosso país. Por causa da grande demanda fica difícil conseguir uma prestação jurisdicional satisfatória. Resultando assim, num total descrédito da sociedade com a verdadeira justiça. Enfim, este trabalho vem demonstrar a importância do instituto da mediação, como alternativa para os cidadãos, que buscam uma solução rápida e eficaz para sua contenda. Sendo importante a formação do operador do direito nas diversas técnicas de solução de conflitos, estimulando-se o conhecimento de ferramentas úteis para a identificação dos conflitos que se apresentam em seu adequado tratamento, voltado preponderantemente à pacificação social. Nesse contexto, a divulgação e a utilização da mediação em juízo ganham extrema relevância pelos inúmeros benefícios gerados a todos os envolvidos no dia-a-dia forense, substituindo-se, paulatinamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação. Verifica-se, portanto, a necessidade de um estudo mais aprofundado como forma de reflexão na seara jurídica. Nesses termos, a pesquisa mostra as diversas características da mediação, revelando os aspectos gerais e legais do instituto, bem como a legislação pertinente à matéria. Utiliza-se dos métodos bibliográficos, histórico-evolutivo e exegético-jurídico, para desenvolver a pesquisa. Objetiva-se realizar uma análise acerca da utilização da mediação no processo judicial, apresentando um exemplo satisfatório, realizado com muita seriedade e responsabilidade por aqueles que já despertaram para o problema do Judiciário, e que desejam reverter a temerosa situação.

Palavras-chave: Solução de Conflitos. Mediação. Possibilidade. Processo Judicial.

ABSTRACT

Turn becomes preoccupying in the days today, the situation to which faces the Judiciary in our country. In that, the demand is big to get an installment satisfactory jurisdiccional. Resulting like this, in a total discredit of the society with the true justice. Finally, this work comes to demonstrate the importance of the institute of the mediation, as alternative for the citizens, that look for a fast and effective solution for yours contends. And, it is important the formation of the operator of the right in the several techniques of solution of conflicts, being stimulated the knowledge of useful tools for the identification of the conflicts that they come in its appropriate treatment, returned preponderantemente to the social pacification. In that context, the popularization and the use of the mediation in judgement win it carries to an extreme relevance for the countless generated benefits the whole ones involved them in the forensic day-to-day, being substituted, gradually, the culture of the sentence for the culture of the pacification. It went as soon as it happened to choice of the theme in analysis, that is to say, the need of a study more deepened as reflection form in the juridical seara. In those terms, the research exhibition the several characteristics of the mediation, that is to say, he/she studies the general aspects and you delegate of the institute, as well as the pertinent legislation to the matter, through the bibliographical, historical-evolutionary and exegético-juridical methods, among the three chapters of the present study. It is objectified to accomplish an analysis concerning the use of the mediation in the lawsuit, presenting a satisfactory example, accomplished with a lot of seriousness and responsibility for to those that already woke up for the problem of the Judiciary, and that want to revert the fearful situation.

Word-key: Mediation. Solution of Conflicts. Possibility. Lawsuit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS.....	13
1.1 Sociedade e Direito.....	13
1.2 A necessária eliminação dos conflitos.....	14
1.3 Da autonomia à distribuição de justiça.....	16
1.4 Equivalentes Jurisdicionais.....	18
1.4.1 Autotutela.....	19
1.4.2 Autocomposição.....	20
1.4.3 Arbitragem.....	23
1.4.4 Mediação.....	26
1.4.4.1 Histórico da mediação.....	26
1.4.4.2 Conceito.....	28
1.4.4.3 Características.....	30
CAPÍTULO 2 ASPECTOS LEGAIS DA MEDIAÇÃO.....	34
2.1 Papel do mediador.....	34
2.2 Técnicas da mediação.....	39
2.3 Legislação brasileira vigente sobre a mediação.....	46
CAPÍTULO 3 A MEDIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EFETIVA NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PROCESSO JUDICIAL.....	53
3.1 A importância da mediação como forma de solução dos conflitos.....	53
3.2 Matérias de incidência do procedimento da mediação.....	61
3.3 Projeto de lei.....	63
3.4 Setor de mediação na cidade de Guarulhos/SP.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69

REFERÊNCIAS.....	72
ANEXOS.....	74

INTRODUÇÃO

A mediação pode ser entendida como forma de pacificação de conflitos pela qual se oferece às partes a oportunidade de construir solução para o problema de ordem subjetiva que estão enfrentando. Mas faz-se necessário que ocorra a erradicação de preconceitos e haja ousadia para desenvolver o novo, no sentido de buscar outra forma de trabalho, para assim colocar este instituto em prática.

O objetivo maior da mediação não é a rápida obtenção do acordo, mas a condução das partes a um estado de cooperação. O mediador aplicará as técnicas da negociação para que as partes, que antes eram incapazes de negociar diretamente, acabem por fazer através de um terceiro que conduz a discussão do problema, mas, não opina nem faz qualquer sugestão quanto ao teor do acordo.

O presente estudo tem o condão de analisar o instituto da mediação, e seus aspectos, dando enfoque para a possibilidade da utilização deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, como também demonstrar que pela mediação poderá ser realizada a satisfação do litígio e do conflito social.

Destarte, buscar-se-á demonstrar a importância deste estudo dentro da sociedade, através de uma boa atuação dos mediadores, incentivando uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, que desde os bancos da faculdade é moldada no sentido de buscar-se a solução de conflito por meio de decisões judiciais. O que acaba por não observar o escopo primordial da atividade jurisdicional que é a pacificação dos conflitos de forma justa, escopo que pode ser atingido de forma mais rápida e mais satisfatória respeitando o interesse das partes.

Para isso, faz-se necessário à divisão do tema em três capítulos. No primeiro capítulo será feita uma abordagem acerca dos aspectos gerais do instituto da mediação, onde buscar-se-á analisar a relação de sociedade com o direito; tratando da necessária eliminação dos conflitos; bem como descrevendo desde à autotutela até à distribuição de jurisdição. E ainda tratará de pormenorizar os equivalentes jurisdicionais existentes desde a antiguidade.

Neste capítulo se verá o que realmente objetiva a mediação, ou seja, seu histórico, conceito, e a análise de suas positivas características.

O segundo capítulo abordará os aspectos legais da mediação, tratando do papel que deverá atuar o mediador, bem como das técnicas da mediação, e apresentará a legislação brasileira vigente acerca do tema em deslinde.

Foram elencadas várias considerações, que constituem em orientação inicial para o mediador, em que consiste na utilização correta desta atividade de natureza privada, pouco desenvolvida, como também para a formação de um bom profissional de solução de conflitos.

O terceiro capítulo terá o escopo de demonstrar a importância da mediação, aponta os campos de incidência para o procedimento da mediação, apresenta os resultados favoráveis da implantação do setor de mediação na cidade de Guarulhos/SP, trazendo, por fim, uma análise do Projeto de Lei relacionado ao tema (onde segue em anexo para maiores esclarecimentos do tema).

A experiência brasileira, repetindo a dos outros países, promove a oportunidade de abrir a todos os profissionais o acesso às técnicas trazidas pela mediação. Desta forma, permite-se a eles favoráveis contribuições a partir de suas visões diferenciadas para o alcance de soluções bastante criativas.

Detecta-se que de uma maneira geral o procedimento, seja ele relativo a casos familiares, comerciais, trabalhistas, organizacionais, institucionais, meio ambiente, etc., acaba por atingir uma solução que atenda aos interesses e necessidades dos mediados e de toda a estrutura de sua

inter-relação em uma, duas ou três semanas, dependendo da frequência com que forem empreendidas as três fases, lembrando sempre que dependerá da complexidade da controvérsia, das condições pessoais das partes e do profissional coordenador do procedimento.

Os métodos utilizados para a elaboração deste estudo: o histórico-evolutivo; direcionado na evolução do conceito de mediação nas soluções de conflito; o método de estudo comparativo, utilizado com o intuito de traçar um parâmetro entre elementos focalizados e por fim o método exegetico-jurídico, para análise das proposições legais relativas ao tema. A metodologia utilizada constituiu no estudo bibliográfico (doutrina, legislação e jurisprudência).

CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS

Hodiernamente, verifica-se a importância de temas voltados para uma solução em busca do problema que atravessa hoje o Judiciário brasileiro, ou seja, a não observância do direito fundamental à razoável duração do processo. Isto dá-se devido a grande demanda de ações, haja vista a insensibilidade desta prestação jurisdicional quanto aos interesses pessoais das partes em litígio, causando assim, a morosidade, a onerosidade e a ineficácia na prestação jurisdicional, o que, por conseguinte vem a transgredir o direito fundamental ao devido processo legal e a sua razoável duração.

Contudo, diante dessa problemática, pode-se fazer uma análise desde o surgimento até a possível aplicação prática da mediação no processo judicial, buscando demonstrar a seriedade e a evolução deste instituto, e também como uma viável saída tanto para o Judiciário quanto para o melhoramento das relações entre os indivíduos no seio da sociedade.

Assim, propõe-se demonstrar todos os aspectos relacionados ao instituto da mediação com intuito de proporcionar uma mudança na mentalidade dos operadores do Direito, onde seria o requisito fundamental para a revolução na prestação jurisdicional que se pretende viabilizar. Como também busca-se incentivar a cultura da pacificação nos conflitos.

1.1 Sociedade e Direito

Não resta dúvida de que deve existir uma importante relação entre o instituto da sociedade e o direito nos dias de hoje, pois entende-se que não há sociedade sem direito, *ubi jus ibi societas*. É o que observa Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 19) em sua obra:

O direito exerce na sociedade a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros. E pelo aspecto sociológico, o direito é geralmente apresentado como uma das formas do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

Entende-se que um fator importante na ordem jurídica onde possa orientar a coordenação ou harmonização nas relações sociais, seria o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar, e assim melhorar essas relações sem prejudicar os valores humanos existentes na sociedade.

1.2 A necessária eliminação dos conflitos

O termo conflito está relacionado com “discussão injuriosa”, “briga”, até mesmo “guerra”. Mas pode-se classificar o conflito como sendo aquele inerente ao comportamento humano nas suas mais variadas espécies.

O entendimento de Milard Zhaf Alves (2000, p.1), é o de que todo o conflito, seja constituído por guerras (coletivos), ou pelos individuais, tem pessoas envolvidas as quais são responsáveis pelos acontecimentos, que nasceram de um sonho, de uma aspiração, de um desejo, que para serem realizados demandam ações. O problema é a revelação desses desejos escondidos, visto que a verdadeira conscientização, obtém-se o equilíbrio e as possibilidades de soluções e mudanças. Muitas vezes o conflito, após clarificar-se, trata-se de um simples mau entendido, ou uma distinta compreensão da realidade. Outras vezes o conflito não existe realmente, mas

reveste-se de um falso conflito, visto que foi interpretação individual. Tudo isso deve-se ao fato de que a vida é um conflito, é movimento, é crescimento, é desenvolvimento.

Sendo que os conflitos de interesses podem ser percebidos de duas formas, ou seja, há um conflito jurídico envolvendo direitos violados ou supostamente violados, como também existe o conflito social envolvendo as relações entre indivíduos que desestabilizam a sociedade e nem sempre são reestruturados, pois apenas foi solucionado o conflito emergente, mas a insatisfação permanece intrínseca entre os indivíduos, concluindo que a realidade o conflito relaciona-se com questões subjetivas e emocionais, não apenas materiais.

Com relação a característica da insatisfação de um interesse existente entre as pessoas em conflito, observa Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 20) que:

A insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio jus punitionis do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor liberdade uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.

Embora existam normas reguladoras dispostas para cooperar na relação entre as pessoas, verifica-se a importância que é também de conversação entre as partes conflitantes para que cheguem a uma saudável satisfação da pretensão. Por que se deve, contudo, respeitar o pensamento das partes, ou seja, entender que as pessoas estão renovando constantemente, através da adequação pessoal com o meio coletivo em que vivem.

Schnitman (1999, p. 170) retrata que os conflitos são inerentes a 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. 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.

E para que essa eliminação ocorra, Luiz Guilherme Marinoni (2006, p.30) entende que:

Os conflitos civis podem ser eliminados por ato dos próprios envolvidos, quando ocorre a autocomposição, ou mediante ato do Estado, através do processo individual ou do processo coletivo, ou ainda por via da mediação ou da arbitragem (por um terceiro que não exerce o poder do estatal). Sendo que o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução dos conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade.

1.3 Da autotutela à distribuição de jurisdição

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

Antigamente a sociedade primitiva vivia no regime de vingança privada, onde um indivíduo que se achava impedido de usufruir alguma coisa que estivesse em poder de outrem, buscava este conseguir com sua própria força a satisfação da pretensão, prevalecendo então a “justiça do mais forte sobre o mais fraco”.

Foi então que o Estado (imponente até aí), chamou a si o *jus punitivis*, exercendo inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, acabando com aquele regime chamado de autotutela (ou autodefesa) em que havia ausência de um juiz distinto das partes, como também prevalecia a imposição da decisão por uma das partes à outra.

Contudo, verifica-se que naquela época também existia o instituto da autocomposição, claro que de outra forma que conhecemos hoje. A autocomposição é aquela em que uma das partes em conflito (ou ambas), abrem mão do interesse ou de parte dele. É o que explica Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 21):

São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

Em Roma, existia a figura do magistrado, ou pretor (*in jure*), e o árbitro, ou *judex (apud judicem)*, os quais desenvolviam o processo civil, onde os cidadãos conflitantes (contrários ao Estado) compareciam perante o pretor para se comprometerem a aceitar o que ficasse decidido. Esse sistema perdurou durante todo o período clássico (do século II a.C. ao século II d.C.).

Foi assim que apareceu a figura do legislador para elaborar regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões. Logo após surgiu a jurisdição, exercida através do processo, onde esta é acionada pelas partes conflitantes que buscam a prestação jurisdicional do Estado, ou seja, a solução da contenda.

Para Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 23) o conceito de jurisdição seria:

O instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.

Um fator importante que está relacionado com a aplicação da jurisdição, mas que não é observado nos dias de hoje é a pacificação da solução, seja por causa da demanda dos processos, ou pelo descuido de alguns magistrados. No entender de Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 24):

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade de cada um.

Mas explicita Mílard Zhaf Alves (2000, p. 4), que ocorre no processo judicial uma verdadeira batalha de poder econômico e paciência, haja vista que a parte que melhor advogado constituir ou maior poder econômico tiver poderá arrastar o processo por muitos anos, além do que ao final uma delas sairá insatisfeita, pois, nas guerras só existe um vencedor. Sendo esta a roupagem que o processualismo nacional hoje possui. Não há no sistema processual pátrio uma análise pessoal das partes em correlação a seus posicionamentos e interesses reais, pois a jurisdição tem o escopo maior a aplicação da lei, para posterior pacificação social.

1.4 Equivalentes Jurisdicionais

Como a justiça é bastante procurada nos dias atuais, e o Poder Judiciário não alcança a demanda dos conflitos jurídicos, então faz-se importante tratar dos mecanismos alternativos que evoluem na sociedade oferecendo a rapidez e a eficácia tão sonhada na composição destes conflitos que podem ser solucionados por outros caminhos que não seja tão somente a prestação jurisdicional.

Chama-se a atenção também para um problema fácil de ser resolvido que é a de dirimir mais a utilização dessas formas alternativas de solução de conflito, ou seja, que tratem mais da matéria desde a formação acadêmica dos operadores do direito, pois hoje é voltado, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos por meio de processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz como representante do Estado. Sendo esse o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do Brasil. Quase nenhuma delas oferece aos discentes, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos.

Nesse contexto, é que se podem citar alguns dos vários institutos para a solução de conflitos, tais como as formas autônomas: a Conciliação, a Mediação, e a Negociação (que são as formas onde o poder de decisão dos conflitos será das próprias partes); e as heterônomas: a Arbitragem, a composição estatal exercendo a jurisdição em todo o país (sendo que o poder de decidir compete a terceiros); dentre outros institutos que estão aparecendo hodiernamente.

1.4.1 Autotutela

Como visto anteriormente, a autotutela é proibida nos dias de hoje pelo Estado, ou seja, este acabou com a “justiça do mais forte sobre o mais fraco”. Logo após que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, onde proporcionou àquele que não podia realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer à justiça.

Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 31) chega à seguinte conclusão:

Se o particular foi proibido de exercer a ação privada, o Estado, ao assumir a função de resolver os conflitos, teria que propiciar ao cidadão uma tutela que correspondesse à realização da ação privada que foi proibida.

Fredie Didier Jr (2006, p. 82) exemplifica algumas regras de autotutela encontradas hoje, sendo elas: “a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos, a guerra etc.” Em qualquer caso, é passível de controle posterior pela solução jurisdicional, que legitimará ou não a defesa privada. Ainda se justifica, em alguns casos, pela impossibilidade de o Estado-Juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo e pela ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio.

1.4.2 Autocomposição

Com relação às formas conhecidas de autocomposição (solução do conflito por ato das próprias partes), encontram-se a conciliação e a negociação, que serão expandidas a seguir.

A conciliação (artigos: 125, IV, 331, 447 a 449, 599, do Código de Processo Civil) que também é composição paraestatal, e é o instituto praticado, hodiernamente, junto ao Poder Judiciário, como, por exemplo, utilizado intensamente nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, onde já alcançaram resultados consideráveis como equivalente jurisdicional. Mas que, mesmo assim, o índice de soluções amigáveis alcançadas deixa muito a desejar, isto em razão da falta de investimento maior no recrutamento, capacitação e treinamento dos conciliadores/mediadores, segundo foi revelado por recente pesquisa de âmbito nacional realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ).

Esta forma de solução de conflito é informal e não estruturado, realizado com a presença de um terceiro chamado conciliador, que no entendimento de Gabriela Assmar (2006, p.1) “o conciliador conduz as partes na análise de seus direitos e deveres legais, buscando um acordo. As partes é que decidem os termos do acordo, mas o conciliador pode fazer sugestões e opinar quanto ao mérito da questão. O objetivo da conciliação é o acordo”.

Para o instituto da Conciliação, é definido um dia da Conciliação (que ocorre todos os anos no mês de dezembro), com a finalidade de que o Poder Público possa alcançar índices ainda mais elevados em relação aos acordos dos processos. Mas para isso, faz-se necessário a implantação de uma Central de Conciliação, instituída por meio de uma resolução oficializando essa implantação desta Central, que deverá atuar nela vários conciliadores, um oficial de justiça, um promotor e um defensor público.

Essa Central de Conciliação tem o objetivo de promover acordos entre pessoas, de forma rápida, eficaz e gratuita. Além de reverter o baixo índice de conciliações existentes nos Estados e difundir uma nova cultura para a resolução de conflitos. Porque no Brasil, taxa de conciliação ainda é baixa, está entre 30% (trinta por cento) e 35% (trinta e cinco por cento).

Portanto verifica-se que as implantações das Centrais de Conciliação e a realização de atividades extras, como o Dia Nacional de Conciliação, são estratégias positivas para desafogar o Poder Judiciário. Inspirado em modelo desenvolvido em São Paulo. A primeira Central de Conciliação do Tribunal de Justiça do Ceará foi inaugurada em agosto de 2004, e em dois anos de funcionamento, a Central já registrou 563 audiências e 200 acordos.

Para Juliana Demarchi (2007, p. 54) deve-se diferenciar ainda, o instituto da conciliação (técnica de resolução de conflitos objetivos) e da mediação (técnica de resolução de conflitos subjetivos) observando a seguinte característica:

Na conciliação as partes não se conheciam anteriormente e o único vínculo existente entre elas é a necessidade de reparação dos danos causados, tratando-se, portanto, de relacionamento circunstancial; exemplo seria dos conflitos decorrentes de acidente de trânsito. Já na mediação os esclarecimentos sobre o conflito necessitam ser mais aprofundados, pois se voltam ao relacionamento interpessoal que envolve as partes, exigindo maior preparo do profissional de solução de conflitos, mais tempo e dedicação, sendo que é preciso esclarecer a estrutura da relação existente entre as partes (como elas se conheceram, como foi/é seu relacionamento), bem como a estrutura do conflito, para, depois, tratar das questões objetivas em discussão, por exemplo, regime de visitas, valor de pensão etc.

Já a negociação depende do interesse das próprias partes que deverão conversar diretamente, buscando um acordo, mas sem a presença de terceiros. Sendo que o processo da negociação implica numa mudança de atitude de todos os envolvidos, que se desprendem de suas posições para discutir seus reais interesses, gerando o que se chama de acordo “ganha-ganha”, que consiste em buscar uma solução por meio da qual ambas as partes saiam satisfeitas, obtendo-

se um ato de composição que não implique, necessariamente, “renúncia” a direitos, mas verdadeira composição de interesses. Observa-se aqui, a estrutura da apresentação do problema, ou seja, as pessoas em conflito deveram apresentar suas posições, aquilo que dizem querer obter da outra parte.

Assim, encontram-se três elementos fundamentais que devem ser investigados durante a negociação: identificar a posição das partes, investigar seus reais interesses e obter um acordo exeqüível, ou seja, que respeite às necessidades das partes. Onde se elucida o conflito, a partir da investigação e se passa à fase de criação de opções independentemente de qualquer vinculação ou compromisso da parte com a sugestão fornecida. Todas essas idéias traçadas serviram para possíveis acordos discutidos livremente e, depois, escolhem-se a melhor alternativa para ambas as partes.

E por último, pode citar um novo sistema chamado Multiportas de Resolução dos Conflitos (*multi doors system*), adotado já por alguns estados americanos, que integra o painel de opções da *American Arbitration Association* e da Câmara de Comércio Internacional (CCI), entidades renomadas no campo da resolução extrajudicial de controvérsias. Ele oferece formatos para atuar preventivamente, resolvendo o conflito durante a sua construção, ou antes dela (resolução em tempo real – just in time resolution).

Vislumbra-se ainda a idéia de atuação preventiva na formação de conflitos fazendo surgir uma outra possibilidade de resolução em tempo real conhecida como Sistema de Manejo de Conflitos (SMC), instrumento que vem sendo utilizado por algumas empresas. Esses sistemas implicam em outra forma de lidar com as diferenças e as desavenças internas e aquelas ocorridas nas interfaces empresariais. Os SMCs propõem que as diferenças e as desavenças citadas sejam manejadas e administradas dentro da empresa antes ganharem exterioridade. Convidam os integrantes da empresa a tentarem a negociação direta e a mediação já praticadas na empresa

(*workplace mediation*) antes de buscarem os mesmos instrumentos fora dela, deixando a resolução judicial como opção extrema. A idéia dos SMCs está pautada na mediação, em norteadores de solução cooperativas e não-adversariais.

Tânia Almeida (2006, p. 4) chama atenção para o fato de que a Arbitragem integra também o sistema multiportas de resolução de controvérsias e pode estar precedida pela Mediação ou a ela estar formalmente articulada em um processo chamado Méd-Arb:

Essa composição Med-Arb pode ser previamente escolhida pelas partes, em comum acordo. Mas esse processo tem sofrido críticas por parte de alguns e é defendido por parte de outros. Os que criticam assinalam a possibilidade de distanciamento da imparcialidade do terceiro imparcial durante a fase de Mediação pelo fato de estar predestinado a atuar como árbitro. Os que defendem ressaltam o fato de o processo ser eleito pelas partes e relembram que o terceiro imparcial por elas escolhido foi considerado qualificado a ser imparcial na ocupação da dupla função.

Vale ressaltar que o último texto do Anteprojeto nº 4827/98 de Lei de Mediação Paraprocessual inclui o sistema multiportas como recurso a ser utilizado pelo juiz na audiência preliminar em que o acordo não for alcançado.

1.4.3 Arbitragem

Com relação à Arbitragem (Lei dos Juizados Especiais e a Lei nº 9.307/96), este instituto trata-se de uma composição paraestatal, conhecida por ter sua decisão proferida pela figura do árbitro, equidistantes entre as partes, desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes jurisdicionais. E segundo José de Albuquerque Rocha (1998, p. 37), na definição de arbitragem existem três elementos essenciais, a saber:

- a) a escolha do árbitro ou árbitros pelas partes, que é seu traço mais saliente, pois serve para distingui-la do sistema judiciário, em que o juiz é imposto às partes pelo Estado;
- b) o tipo de conflito que pode ser decidido pela arbitragem, isto é, os conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis e;
- c) os efeitos jurídicos produzidos pelas decisões dos árbitros, iguais aos das sentenças dos órgãos do Judiciário, o que significa dizer que a sentença arbitral tem seus efeitos protegidos pela coisa julgada – o que os torna definitivos, salvo os casos de sua anulação, taxativamente previstos pela Lei – e, sendo condenatória, tem o valor de título executivo, independentemente de homologação judicial.

A arbitragem, como explicita José de Albuquerque Rocha (1998, p.28), é conhecida como uma instituição complexa: privada em sua origem e pública quanto a seus efeitos, ou seja, esse instituto é uma realidade que tem por base uma atividade contratual privada que a lei toma em consideração, erigindo-a a categoria de fato jurídico, para o fim de imputar-lhe efeitos jurisdicionais, qualificados pela coisa julgada, que é uma característica essencial da atividade jurisdicional.

Existe, portanto, uma diferença entre o Poder e o Exercício do Poder, posto que o Estado transfere ao árbitro o exercício do poder, ou seja, a agentes privados constituindo a instituição da arbitragem, e não sua titularidade que permanece privativa do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a justiça privada não fere o direito de acesso à justiça.

No entendimento de Ada Pellegrini (2003, p. 30) o juízo arbitral é delineado no direito brasileiro da seguinte forma:

- a) convenção de arbitragem (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato- artigo 3º da Lei nº 9.307/96);
- b) limitação aos limites aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º da Lei);
- c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão (artigo 4º, §2º);
- d) capacidade das partes (artigo 1º);
- e) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que esta “se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (artigo 2º, §§2º e 3º);

- f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (artigo 31);
- g) distribuição a esta dos mesmos efeitos, entre as partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória: artigo 31);
- h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior, a ser provocado pela parte interessada (artigo 33, *caput* e §§);
- i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (artigos 34 e ss.).

E ainda, José de Albuquerque Rocha (1998, p. 43) entende que para a realização da convenção arbitral, que é o acordo escrito através do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral; é necessário ocorrer ou pelo compromisso arbitral ou pela cláusula compromissória. O compromisso arbitral é a espécie de convenção de arbitragem pela qual as partes submetem à via arbitral uma controvérsia existente entre elas, respeitando os requisitos obrigatórios exigidos pela Lei nº 9.307/96. Já a cláusula compromissória, é a espécie de convenção arbitral, inserida em um contrato, ou em um documento separado que a ele se refira, pela qual as partes estabelecem que os litígios que venham a nascer do mesmo contrato sejam decididos por árbitros.

Sendo assim, pode-se afirmar que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial.

Pode ocorrer também a arbitragem: para homologação de rescisão trabalhista para fins de saques do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal); na nova Lei de Falência ou Recuperação na modalidade dos convites de credores (Lei nº 11.101/2005); no Direito do Consumidor pode ser disponível, desde que o julgamento seja individual e não afronte a ordem pública (ex. o não pagamento de aluguéis de um imóvel); a Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista podem se submeter à arbitragem se

estiver na lei que a criou o foro da justiça arbitral; nos dissídios coletivos; e na Partilha e Inventário desde que maiores e capazes.

Ressalta-se que a arbitragem pode ser organizada pelas próprias partes (*ad hoc*), pois as partes quem estabelecem as regras da arbitragem respeitadas as disposições de ordem imperativa contidas na lei, nomeando os árbitros, estruturando o procedimento, etc; ou ainda pode ser organizada por uma instituição arbitral, isto é, instituição específica, como nos tribunais ou cortes arbitrais, etc.

É importante saber que ninguém, sob hipótese alguma, é obrigado a aceitar as regras da arbitragem e nem assinar qualquer documento. Trata-se de uma livre escolha a aceitação ou não deste serviço, bem como estar ou não acompanhado de um advogado. Nesse sentido, observa-se que os tribunais arbitrais devem atuar de forma séria, idônea e com eficácia na solução dos conflitos, e que sejam fiscalizadas tanto pelo Ministério Público como pela OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), com a finalidade de regular os procedimentos e custas processuais, evitando desproporções entre as formas de agir das entidades arbitrais.

1.4.4 Mediação

1.4.4.1 Histórico da Mediação

Depois de tratar sobre algumas formas de solução de conflitos existentes antigamente, tais como a autodefesa (ou autotutela), e a autocomposição (que se dava pela desistência, submissão ou transação), verifica-se, portanto, o surgimento de meios para resolver as contendas devido os conflitos entre indivíduos serem inerentes à vida em sociedade.

Logo após surgem as formas de heterocomposição de conflitos, que se dá pela necessidade de meios privados de composição organizados que prescindem de um processo. Eis que surgem: a mediação, a arbitragem e a busca ao judiciário.

A jurisdição, contudo, surge quando o Estado ora impotente, assume a responsabilidade de resolver os conflitos. Portanto, o processo de estatização da tutela jurisdicional efetiva, teve início no Direito Romano, aproximadamente no século III d.C.

O instituto da Mediação veio se desenvolver a três décadas, nos Estados Unidos como forma de solução de conflitos, a partir das idéias, sugestões e deliberações das próprias partes, tornando entre eles um compromisso e responsabilidade pelo que foi acordado.

O serviço prestado nos Estados Unidos é dotado de seriedade, o mediador tem que merecer a confiança das partes. As informações que lhe foram dirigidas das partes são confidenciais. E os tribunais reconhecem esse direito pelo qual o serviço lutou.

No Brasil, a mediação passou a ser conhecida a partir da década de noventa, por causa do surgimento de entidades voltadas para a prática e regulamentação da técnica da mediação, tais como: o CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – fundado em 1997 por representantes de várias instituições sediadas em diversos Estados Brasileiros); o MEDIARE (Centro de Mediação de Conflitos – uma empresa especializada na prevenção, avaliação, administração e resolução de conflitos fundada em 1997 e pioneira na utilização dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos no Rio de Janeiro); o INAMA (Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem - é uma instituição privada, independente, neutra/imparcial, sem fins lucrativos, fundada em 1991, que tem por objetivo treinar e desenvolver profissionais que desejam atuar como Conciliadores, Mediadores e/ou Árbitros, em algumas áreas); o IMAB (Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil – é uma entidade civil, criada em 1994, com sede nacional em São Paulo – SP, sem fins lucrativos, com o objetivo de promover a pesquisa, a

divulgação e o desenvolvimento técnico e científico destes modernos métodos não-adversariais de resolução de conflitos); dentre outras instituições encontradas atualmente.

Sendo assim, a mediação pode ser utilizada no Brasil antes, durante e depois do decorrer do processo judicial realizando acordos em torno de 80% (oitenta por cento) de índice dos resultados totais das mediações, segundo estatística de alguns países. Tudo devido à mediação superar seus objetivos pautados na composição de interesses com caráter consensual, aplicado aos direitos disponíveis, além de promover o exercício da cidadania, quando proporciona ao indivíduo autonomia no sentido de dirimir seus conflitos e gerenciá-los.

1.4.4.2 Conceito

O instituto da mediação pode ser conceituado como o método consensual, não adversarial e voluntário de solução de conflitos havida entre duas ou mais pessoas, que visa à facilitação do diálogo entre elas, assistido por um terceiro neutro chamado de Mediador, que irá aproximar e facilitar a negociação entre as mesmas no sentido de que a animosidade entre elas cesse, e assim administrem seus problemas e consigam por si só alcançar acordos mutuamente satisfatórios. Prezando sempre o relacionamento entre as partes envolvidas.

Na mediação encontram-se as seguintes características: é autônomo, voltados para os bens disponíveis patrimoniais (que são aqueles em que seu titular pode livremente se abdicar, ou seja, podem ser dispostos, cedidos, transferidos, contratados, doados, adquiridos, abandonados, vendidos, etc), ou relativamente indisponíveis; poderá ser judicial ou extrajudicial; processo sigiloso (pois não tem o caráter de publicidade, ficando adstrita ao conhecimento das partes envolvidas e do mediador); informal (não requer a formulação de pedidos ou defesas na forma escrita); baixo custo (pois o único gasto é com o terceiro mediador, que será pago por ambas as

partes); celeridade (resultante da própria informalidade) e menos desgaste emocional para as partes (porque o mediador a todo tempo deverá facilitar a conversação dos indivíduos para que cheguem a um acordo, de forma bastante pacífica).

Os problemas solucionados pelo instituto da mediação são conseguidos de forma ilimitada pelas partes, ou seja, estas como os principais interessados, não ficarão presos a lei ou a jurisprudência, mas questionarão a lide até que se chegue a um acordo.

Pode também qualificar a mediação como um tipo de método “amigável”, que no dizer de Gabriela Assmar (2006, p. 2):

Pressupõem a Voluntariedade (o processo só dura enquanto ambas assim desejarem), a Boa fé e o Ânimus transaccional das partes. Sendo estes processos voluntários, qualquer das partes poderá, a qualquer momento, optar por recorrer a outro método de resolução de conflitos que julgue mais apropriado. Assim, nenhuma das partes pode ser forçada a continuar negociando, e, logicamente, só permanecerá enquanto julgar que um acordo lhe trará melhores resultados que as vias impositivas. Somente ao final do processo, após a celebração de acordo, se houver, as partes estarão vinculadas a ela. Ao acordo se aplicarão as regras de direito contratual.

Poderá ser aplicado naqueles conflitos decorrentes de relações continuadas, tais como: relações de família, nas questões ambientais e comunitárias, nos mercados comuns, nas junções empresariais, integrando muitas vezes o funcionamento de algumas organizações, a mediação vem sendo o instrumento de autocomposição escolhida pelos mais diferentes setores da convivência humana, valendo enfatizar àqueles dos âmbitos político, comercial, trabalhista, empresarial e familiar.

A esses casos aconselha-se a utilização da mediação, podendo também sem oposição, aplicar outros métodos, como também não há impedimentos em se utilizar a mediação para a solução de outros tipos de conflitos. Por que a aplicação da mediação é mais recomendada para

os conflitos em que haja inter-relação entre as partes, para que depois de algumas conversas entre elas, seja reestruturada a relação ora rompida.

Faz-se necessário observar mais o caráter sociológico ora esquecido na solução de conflito por meio do judiciário. Utilizar sempre o diálogo entre as partes pelos profissionais do campo da solução dos conflitos é a saída para promover o entendimento das pessoas entre grupos comunitários ou de trabalho, entre empresas, entre países etc. onde proporcionam aí a criação de uma série de novos instrumentos e abordagens na área desta resolução de conflitos.

Vale salientar que os conflitos sociológicos representam a parte envolvida do conflito no plano material que não foi levado a juízo, por que o conflito jurídico busca uma solução justa por meio de Estado.

1.4.4.3 Características

Ao se analisar a mediação encontram-se as seguintes características importantes trazidas por Morais (1999, p.149): a *privacidade*, pois se desenvolve em ambiente secreto sendo divulgado somente mediante autorização das partes; a *economia financeira e de tempo*, pois o conflito é solucionado no menor lapso temporal possível havendo conseqüentemente um menos custo do processo; a *oralidade* possibilitando que as próprias partes debatam em busca de uma solução para o conflito concretizando a informalidade do procedimento; a *reaproximação das partes*, pois enquanto o processo judicial tem como objetivo sentenciar impondo uma decisão as partes à mediação, como justiça informal, tem como objetivo prevenir conflitos pacificando as relações sociais entre as partes; *autonomia das decisões* dispensando a homologação pelo judiciário pois cabe as partes decidirem sobre o conflito o que farão de acordo com o que for melhor para cada uma, em prol do restabelecimento social e o por último, o *equilíbrio das*

relações entre as partes, estando estas em perfeita igualdade de tratamento viabilizando a pacificação das relações entre elas.

Tratando-se, portanto, de vantagens para as partes ao escolherem este instituto, que irá educar e ajudar a identificar as diferenças realizando decisões por meio das próprias partes, sem intervenção de terceiros e atingindo seu objetivo: respeitar o cidadão. Por que a mediação visa a manutenção dos relacionamentos humanos, procurando uma solução menos traumática na resolução de suas controvérsias.

Ressaltando a crise da Justiça, esta é devido a morosidade dos processos, a burocratização na gestão dos processos, seu custo, a complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que seguem presos ao poderes concedidos pelos códigos; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do benefício gratuito, dentre outras dificuldades encontradas para se chegar a prestação jurisdicional pelo Estado. Que no entendimento da professora Ada Pellegrini Grinover (2007, p.2):

O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os "justiceiros").

Deve-se esclarecer que o Estado exerceu papel fundamental de disponibilizar a jurisdição pública para os indivíduos no momento em que concede inúmeros direitos e garantias ao cidadão, sem observar que a demanda na procura desta prestação jurídica é muito maior que a estrutura ao qual o Estado detém, impedindo assim, por conseguinte, o pleno exercício da cidadania.

É interessante o posicionamento de Cappelletti (1998, p. 35):

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e medianas, pelas quais se busca a satisfação de ambas as partes em primeiro plano, de modo humano e pessoal, expungindo-se assim a lentidão, a morosidade, os altos custos e a politicagem que macula nosso Ordenamento Estatal Legal.

Seria, portanto, um equívoco referir-se no sentido de que a mediação não é uma forma segura de solucionar conflitos, baseado na idéia de que é uma novidade ainda desconhecida por muitos, pois é um instituto jurídico que se encontra ao lado do Poder Judiciário (este atualmente em crise), tornando assim um meio alternativo para efetivar esses direitos e garantias assegurados na Constituição Federal.

Eis que a mediação se torna uma saída prática e segura para o entendimento de Caetano Lagrasta (2007, p.14):

A mediação reflete outra formação e especialização, com envolvimento de recursos encontrados quase que com exclusividade nas atividades privadas. Sempre buscando a pacificação dos conflitantes, alcançando com resultado ao tempo do processo: a diminuição da pauta de audiência; impedimento do recurso; representando a instauração de verdadeira política pública.

Sendo que, a mediação, como técnica alternativa de resolução de conflitos, exerce papel fundamental na construção cidadã dos direitos humanos, através do fator que utiliza, que é a humanização nos procedimentos de resolução de controvérsias, observando o sentimento das partes com supremacia sobre os seus conflitos, ou seja, valorizando as pessoas e seus sentimentos, visando a preservação dos relacionamentos interpessoais.

Eis que se faz necessário à aplicação da mediação dentro da composição de controvérsias como forma de concretização da democracia, cidadania, autonomia do indivíduo, do bem estar de todos, e o mais importante: dirimir uma nova cultura para a sociedade.

CAPÍTULO 2 ASPECTOS LEGAIS DA MEDIAÇÃO

Neste capítulo será demonstrado que pelo instituto da mediação, o mediador facilita o diálogo entre as partes, mantendo tudo em absoluto sigilo. O mediador busca o entendimento das partes, pelas próprias partes. Ele não deverá opinar sobre o mérito da questão, e mesmo quando faça sugestões (a pedido das partes) deverá fazê-lo de forma não tendenciosa. O objetivo da mediação é a pacificação das partes, tanto para resolver os conflitos atuais quanto para evitar futuros conflitos, buscando preservar as relações e a autoria das soluções.

Percebe-se também que a mediação não é obrigatória, pois não impede o acesso à justiça, é meio alternativo, e tem por objeto os direitos disponíveis que se caracterizam por serem regulados pelo princípio da autonomia da vontade, ou seja, a forma como seus titulares acharem mais oportuno.

2.1. Papel do Mediador

Como se pode perceber a mediação, é o processo voluntário, escolhido pelas partes, onde este se desenvolve com a presença de um terceiro neutro que irá auxiliar na recuperação do diálogo entre as partes, facilitando assim a negociação do conflito existente.

É o que expôs em uma entrevista concedida à Revista Justilex o mestre em direito Ildemar Egger (2005, p.3), sobre o instituto da mediação como forma alternativa de resolução de conflitos:

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de soluções de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes.

O mediador (ou os mediadores se houverem mais de um), utilizará as técnicas da mediação voltadas para o quesito da melhoria da comunicação entre as partes, de maneira construtiva e interativa, transformando assim o *ánimus* existente entre as mesmas, com o objetivo de aproximação para que elas negociem diretamente até chegar a uma solução viável. Tudo isso se torna um diferencial benéfico para nesse instituto, como também a rapidez e efetividade de seus resultados, ou seja, alcançando uma redução do desgaste emocional, conseqüentemente uma transformação dos relacionamentos. E tendo inclusive, a garantia do sigilo e da privacidade, como também a redução com o dispêndio financeiro necessário para a propositura do processo.

Vale salientar que o mediador não é juiz, pois apenas administra a mediação, não julga qualquer conteúdo, e não é vinculado ao Estado; muito menos se assemelha a um árbitro, porque não decide nada; não sendo um negociador, pois não tem interesse direto nos resultados. Mas é sim, um terceiro neutro ao conflito, um auxiliar que conduzirá o processo sem decisão sobre a causa, ajudando a esclarecer os reais interesses que possibilitarão o acordo final.

Ressalta-se ainda, que como o mediador deve ser escolhido pelas partes de comum acordo, este deverá permanecer neutro durante o processo, não julgando ou valorando provas e argumentos de qualquer tipo. As partes envolvidas devem perceber a pessoa do mediador, ao qual agirá: estabelecendo credibilidade como uma terceira pessoa imparcial, explicando o processo e

as etapas da mediação; favorecendo uma atitude de cooperação, inibindo a confrontação freqüentemente utilizada pelo sistema tradicional; equilibrando o poder entre as partes, facilitando a troca de informações; facilitando a negociação.

A importância de tais atitudes se dá ao fato de que assim as partes confiarão no mediador, a ponto de revelarem informações necessárias a uma ampla compreensão do conflito, pois com essa segurança de que estão sendo dirigidas por um terceiro neutro, terão a certeza de que essas informações estarão guardadas e que nunca serão utilizadas contra as mesmas.

Interessante o posicionamento de Ildemar Egger (2005, p. 8) quando trata do papel do mediador, e enfatiza as seguintes qualidades de que o mesmo deve ter:

A autenticidade: as pessoas autênticas desenvolvem um conhecimento de si próprias, uma segurança e uma capacidade de fazer com que ao seu redor exista um clima de confiança e serenidade; a capacidade de escuta ativa: permite a coleta de informações e contribui para a definição da situação; a capacidade de entrar na relação: a utilização de uma linguagem neutra facilita o estabelecimento da relação; a capacidade de não dramatizar: dar aos fatos as suas devidas proporções; a arte de bem resumir a situação assegurar que todos os participantes tenham a mesma compreensão dos fatos; a aptidão de ressaltar os aspectos positivos e estimular os esforços dos participantes; a capacidade de ver e criar alternativas; a capacidade de abertura às diferenças culturais; a persistência e a perseverança; e também, o mediador deve estabelecer um diálogo produtivo firmado no respeito e manter sempre comunicação direta; saber quando interromper uma discussão não apropriada; dirigir a entrevista e assumir o controle com atitude calorosa.

Dotado de técnicas desenvolvidas para propiciar uma comunicação mais eficiente, o mediador procurará ouvir o que as partes receiam, e deverá facilitar diálogos em situações de adversarialidade, auxiliando assim, na identificação de interesses comuns e divergentes, sempre buscando construir uma pauta de negociação a respeito de todo o objeto que está em contenta. A sua principal função será a de aproximar as partes para que elas negociem diretamente a solução desejada de sua divergência e, portanto, estará o mediador utilizando as técnicas da mediação

transformativa, visando tanto a solução do conflito, como a reconstrução da relação social entre as partes, ora interrompida.

Vislumbra ainda Idemar Egger (2005, p. 5), que o instituto é voltado para a utilização de total confidencialidade, tanto para o processo quanto para a própria existência do litígio, será indispensável para a aplicação da mediação e requisito essencial do seu sucesso. Portanto, é importante que as partes e o mediador se comprometam a manter em absoluta confidencialidade a realização da mediação, o local e as sessões da mesma; não utilizem em juízo arbitral ou judicial qualquer informação (oral, escrita ou informática) produzida para, durante ou em resultado da mediação; e não indiquem, nem arrolem ou contratem o mediador ou outras pessoas que tenham participado ou contribuído para a mediação como testemunhas, consultores, árbitros ou peritos em qualquer processo judicial ou arbitral relativo ou relacionado com o litígio em causa; para isso esses objetivos aqui mencionados devem ser claramente expressos no termo de acordo de mediação, como também impostas sanções adequadas e exequíveis no caso de ser descumprido tal procedimento.

Mas o único tipo de decisão “finalista” que inevitavelmente recairá sobre o mediador é quanto aos pressupostos processuais. O mediador ao constatar que qualquer das partes está presente não por vontade própria, mas por ter sofrido algum tipo de coação, ou que está ali apenas para protelar uma decisão efetiva, ou ainda com o fito de obter informações e usá-las contra a outra parte em outra oportunidade, será dever ético do mediador zelar pela integridade do processo e das partes, e, assim, encerrar o processo aconselhando as partes a buscarem um procedimento mais apropriado. Obviamente os limites deste convencimento são muito sutis e cada entidade especializada em mediação, conciliação ou nos tipos híbridos de heterocomposição amigável deverá submeter seus afiliados a um código de ética pertinente.

Enfatiza bem esse papel correspondente ao mediador o advogado e mediador Adolfo Braga Neto (2007, p.65):

Os profissionais que atuam na mediação de conflitos, face à inexistência de paradigma para o procedimento e com o objetivo de melhor esclarecer suas especificidades, normalmente fazem uso de recursos didáticos, separando todas as etapas do procedimento, motivo pelo qual este mesmo recurso será utilizado para diferenciar a mediação da conciliação, cujas etapas ocorrem de maneira distintas em ambos os procedimentos, muito embora tenham aparentemente objetivos semelhantes.

Fica bastante claro de que a atuação do mediador será como um facilitador do diálogo para que as partes possam expor as suas dificuldades num ambiente sigiloso e imparcial e, por isso, confiável. Assim, Juliana Demarchi (2007, p. 59) entende que toda a investigação será voltada para a resolução pacífica de controvérsias, é preciso atentar para a existência de inter-relações específicas entre as partes e de conflitos subjetivos. Detectadas tais relações, primeiro se discute o relacionamento das pessoas e só depois as questões que ensejaram o acirramento do conflito, pois essa ordem de abordagem dos temas leva as pessoas a refletirem e a elaborarem novas formas de atuação para o futuro. É de se lembrar que todo o acordo é celebrado para regular o futuro da relação entre as partes: se a sociedade continuará com aqueles sócios, se o contrato de fornecimento será renovado, se o casal irá se separar e como será o relacionamento comum voltado à educação dos filhos etc.

Nesse sentido, entende-se que havendo preponderância de aspectos interpessoais, o meio ideal de resolução da controvérsia é a mediação, pois esse método privilegia a pacificação social, e não necessariamente a conclusão de um acordo formal.

Os mediadores deverão conduzir o processo com esse sigilo por que assim os são obrigados pelo Código de Ética do Mediador, e por isso não podem dispor do conhecimento da

matéria levada para o processo de Mediação. E onde as partes se comprometerão também, dando ao sigilo a extensão que deliberarem.

Para tanto, é necessário que a figura do mediador, ao qual irá administrar a mediação entre as partes, seja vinculado a uma das entidades de Mediação e Arbitragem, e que siga às regras estabelecidas pelo Código de Ética, e que tenha um regulamento próprio.

Nesse sentido, é importante enfatizar que as entidades existentes para essa finalidade de solução alternativa de conflito sejam entidades sérias, voltadas a uma prestação responsável, sem irregularidades, e com profissionais interessados, como também devendo ser fiscalizadas por instituições como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para evitar assim a banalização e o desprestígio dessa nova cultura que está se desenvolvendo em nosso país como em diversos países pelo mundo afora.

2.2. Técnicas da Mediação

A mediação, forma de composição particular, é a técnica de negociação processualizada, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico com o fim de dirigi-las a um ponto comum. Nesse sentido, a mediação compreende a técnica não judicial de solução de conflitos através da qual um terceiro, o mediador, exerce a função de aproximar os litigantes para que eles mesmos ponham termo às divergências de forma direta ou pessoalmente.

Pode-se ressaltar que é um processo não conflitante de solução de controvérsias, visto que as partes mantêm pleno controle dos procedimentos, possuem poder de decisão e criam opções de resoluções para seus conflitos. Além disso, observa um desenvolvimento lógico e ordenado e alternativo porque constitui uma via jurisdicional que não colide com o procedimento judicial e

voluntário, porque as pessoas em litígio decidem participar ou não deste processo, bem como põem fim a essa instância, se considerarem que lhes é mais prejudicial do que benéfica.

Entende-se que na mediação há possibilidade de solicitação de uma nova mediação a qualquer momento, se algumas das partes não estiver satisfeita ou não se tenha chegado a uma boa solução do conflito. Como também poderão recorrer a arbitragem, sendo que o assunto deve versar apenas sobre bens patrimoniais disponíveis.

Destarte, o instituto da mediação busca despertar o sentimento de harmonia existente naqueles que o perdeu. Faz com que os conflitantes observem melhor a relação ora rompida, e passem a discutir soluções para o caso deles e modifiquem também àquele sentimento de animosidade, para que alcancem com essas atitudes, a uma sociedade mais unida, como também faça surgir uma nova cultura chamada de Mediação.

Assim, para desenvolver esse trabalho, o mediador deverá utilizar técnicas específicas para além dos métodos já descritos da negociação e conciliação, os quais serão expostas agora de acordo com a Mediadora e Advogada Juliana Demarchi (2007, p. 59), onde:

Na abertura da mediação as partes são recebidas pelo mediador, identificam-se reciprocamente e estabelecem regras básicas de tratamento a serem previamente esclarecidas sobre o procedimento a que vão se submeter como instrumento do diálogo, frisando-se a necessidade de cooperação das partes a fim de que as informações trazidas à sessão de mediação sejam verídicas e o comportamento sempre pautado pela boa-fé e respeito mútuo. Convém que tais esclarecimentos sejam feitos separadamente a cada um dos mediados por um terceiro que não atuará na mediação propriamente dita. Este procedimento prévio à abertura dos trabalhos denomina-se pré-mediação.

Iniciada a sessão de mediação, as partes são convidadas a relatar seus interesses. Nesse momento o mediador desenvolve a escuta, que deve ser atenta, neutra e depurada de quaisquer juízos de valor. Não importa a concepção de certo e errado que o mediador tenha dos fatos narrados, mas sim a relevância e repercussão desses fatos para as partes e a influência verificada

em sua inter-relação. Na narrativa da situação que ensejou o início da mediação, as partes permanecem em suas posições, não revelando seus reais interesses. Mostra-se necessário, então, proceder à investigação dos interesses das partes, o que se faz mediante a formulação de perguntas, pelo mediador, dirigidas aos mediandos. Essas perguntas não se prestam à satisfação de meras curiosidades; têm a função de possibilitar às partes a exposição de seus anseios e aflições de maneira mais confortável.

Ao longo da sessão de mediação, o mediador deve fazer resumos sobre os temas debatidos, chamando a atenção das partes para as questões expostas por elas. Estes resumos podem ser literais, quando somente delimitam o objeto do conflito (por exemplo, “pelo que vejo, os senhores estão aqui porque um desentendimento e a manutenção da sociedade tornou-se inviável”), ou cooperativos, se expressam pontos de convergências do discurso das partes e estimulam a cooperação (v.g., “se eu entendi bem o que os senhores disseram, ambos estão aqui para encontrar uma forma de assistência ao filho comum que melhor atenda às necessidades da criança”).

Efetivamente esclarecidos os interesses e necessidades de cada parte, passa-se a conversa sobre o futuro, sobre os temas em que as partes deverão pensar e como encaminhá-los, enfim, como as partes gostariam que sua inter-relação se desenvolvesse doravante, abrindo-se espaço para a criação de opções, no qual surgem as alternativas para possíveis acordos.

Identificadas as diversas opções viáveis, as partes decidem qual a mais conveniente para elas e, assim, redige-se o acordo. Lembre-se, aqui, que o procedimento de mediação é voluntário e prossegue segundo a conveniência das partes, podendo ser interrompido por elas a qualquer momento.

Segundo o também Medidor e Advogado Adolfo Braga Neto (2007, p. 66 e seguintes), pode-se fazer o desdobramento da utilização da mediação em sete etapas, sendo estas percorridas pelas partes em conjunto com o mediador, da seguinte forma:

(1) Pré-mediação, é o primeiro momento de contato das partes com o procedimento. Nela é apresentado pelo mediador, a minuta de contrato de prestação do serviço da mediação, bem como o modo em que se realizará. É um momento importante, por que propicia a construção de uma abordagem apropriada com as partes, que facilitará o nascimento de sua confiança no procedimento, para posterior transferência desta confiança para o mediador;

(2) Investigação, inicia-se com uma primeira reunião em que mediador, coordenador do procedimento, fará de imediato novos esclarecimentos sobre o procedimento. Receberá o contrato de mediação já com as modificações ou assinaturas e tentará conhecer, por intermédio de perguntas para os mediados e sua escuta ativa e atenta à várias formas de comunicação verbal e não verbal, toda a complexidade da inter-relação entre eles. Nesta etapa, é fundamental que o profissional coordenador do procedimento já aporte consigo diversas técnicas e consiga bem definir a controvérsia, as posições e, sobretudo, os interesses e necessidades dos mediados. Esta etapa é fundamental para que o mediador incentive a cooperação e desperte a confiança dos mediados, pois sem elas não poderá dar andamento ao procedimento;

(3) Criações de opções, esta etapa só poderá ser iniciada pelo mediador quando este perceber que bem conhece a realidade daquelas pessoas, os fatos, as respectivas visões dos mesmos e toda a estrutura que os levaram a gerar o conflito. Será o momento que exige muita criatividade de sua parte, pois ele caberá estimular os mediados a refletirem nas eventuais opções, e quanto maior o número, maiores serão as chances de possíveis soluções. Neste momento, é firmado um compromisso entre todos, no qual as idéias trazidas não serão objeto de avaliação e nem de tomada de decisões. Não se pretende dizer com isso que a criatividade deva ser somente

sua atribuição, pode partir também dos mediados a utilização da criatividade, pois que seria o ideal, já que são eles os que melhor conhecem seus interesses e necessidades;

(4) Escolha das opções, consiste no auxílio que o mediador deverá dar às partes para que façam a melhor escolha dentre as diversas opções e idéias trazidas à mesa de negociação, sempre tendo como referência seus interesses, necessidades, desejos e anseios. Este auxílio é realizado por intermédio da avaliação entre os mediados e não com sugestões ou escolha das mesmas pelo mediador;

(5) Avaliação das opções, depois de feita a escolha mais apropriada para a resolução da controvérsia passa-se para esta etapa. Em conjunto com os mediados, será realizada uma projeção para o futuro das opções apontadas, com a avaliação de cada uma das possibilidades escolhidas, lembrando sempre que deverá estar dentro dos parâmetros da estrutura onde está alicerçada a realidade que os cercam;

(6) Preparação para o acordo, é iniciada através da construção conjunta do termo final de tudo aquilo que os mediados escolheram e identificaram como solução que atenda a seus interesses e necessidades. As palavras empregadas no futuro termo final devem exatamente os objetivos almejados e contemplar os seus devidos valores, motivo pelo qual deverá ser o mais claro possível, com a expressão exata das responsabilidades de cada uma das partes e envolvimento de muita simplicidade;

(7) Acordo propriamente dito e sua assinatura, depois de atingidos os interesses e necessidades dos mediados, faz-se um termo final iniciado na etapa anterior, que retrate todos os compromissos assumidos na superação do conflito, devendo receber o tratamento que as partes assim o determinarem.

Depois destas importantes informações que orientam as formas que deverão ser utilizadas para se chegar a uma boa aplicação do instituto da mediação, ressalta-se que, com relação às

perguntas iniciais que deverão ser formuladas na mediação estas devem ser de forma aberta, ou seja, requerer das partes informações sobre determinado tema, v. g., “como é seu filho?”, “como funciona sua empresa?”, “fale sobre o senhor, como é seu dia-a-dia?”. Desse modo, as partes possibilitam ao mediador, e a elas próprias, uma maior percepção da relação discutida.

Outra tática boa de fazer a aproximação entre as partes e conduzi-las a um ambiente cooperativo, devem ser pela formulação de perguntas circulares e reflexivas. As perguntas circulares, dirigidas a uma das partes, na verdade envolvem a ambas e fazem com que um dos participantes fale de si enquanto pensa estar se referindo ao outro, v. g., “o que o senhor pensa que o seu sócio fez e/que nunca lhe contou?”; “o que a senhora pensa que seu marido esperava do casamento e nunca lhe disse?”; estas perguntas servem para que as partes revelem o que imaginavam ser o pensamento ou anseio da outra, e acabam por facilitar o diálogo na medida em que são afastadas as interferências, concentrando-se as mesmas no conflito real, e não o que elas imaginassem que fossem.

Já as perguntas reflexivas, por sua vez, estimulam as partes a se colocarem no lugar uma da outra, avaliando melhor as circunstâncias e condições que as levaram a agir da forma como agiriam: “o que o senhor faria se estivesse no lugar de seu sócio?”, “que reação o senhor teria se sua mulher o tratasse dessa maneira?”, “se o senhor estivesse no lugar de seu vizinho, como agiria?”.

Percebe-se que este instituto visa a dar atenção o que ora não é dado por outros institutos afins, ou seja, há conversação, e o esclarecimento de fatos que nunca foram buscados de maneira correta, sem qualquer euforia ou constrangimento, enfim, tudo pela reaproximação entre as mesmas e com isso ao alcance de um acordo favorável a ambas.

É importante esclarecer o requisito da criação de opções (como foi exposto outrora), pois só será possível alcançar um bom acordo depois de discutidas as várias maneiras de resolver o

conflito. Deverão ocorrer por meio da elaboração de várias idéias, diversas opções, estas sugeridas e apontadas livremente pelas próprias partes, sem qualquer compromisso e sem se avaliar, de início, a viabilidade das hipóteses criadas. Daí passa-se à escolha de opções para um possível acordo e somente então serão avaliadas as opções criadas. Observando ao fato de que apenas não pode ser homologado o acordo que ofenda normas de ordem pública ou implique em renúncia a direitos indisponíveis.

Vale ressaltar que o teor contido no acordo, é sempre decidido pelas partes, embora estejam estes assistidos por advogados, para analisar a conveniência ou não da celebração do acordo.

E com relação ao tempo de duração do procedimento da mediação, esta é mais longo que o da conciliação, pois depende da formulação das perguntas e das respostas obtidas pelas partes, já que a mediação é baseada no princípio da autonomia da vontade, ou seja, poderá o procedimento ser rápido ou lento, ou ainda curto ou longo, se as partes assim o desejarem.

O acordo elaborado pelas partes terá também o tratamento jurídico adequado. Apesar do procedimento não prescindir de advogados, o mediador tem o dever ético de exigir que as partes tenham suficientes informações legais sobre tudo aquilo que está sob análise e possa ser objeto de decisão. Ademais, ele deverá permitir que os mediados, se o desejarem, compareçam às reuniões acompanhados por seu advogados, a fim de que esclareçam eventuais dúvidas ou indiquem encaminhamentos legais para preocupações e questionamentos que por ventura ocorram na mediação.

Por fim, é interessante o posicionamento da jurista Juliana Demarchi (2007, p. 61), quando trata do acordo provindo de ambas as partes:

O acordo deve ser redigido em conjunto pelas partes, seus advogados e o conciliador/mediador para que reflita da forma mais clara e completa aquilo que foi combinado. Para que o acordo tenha, de fato, a mesma força vinculante que a sentença, sua redação deve ser clara para evitar divergências na interpretação de suas cláusulas. Além disso, o acordo deve prestar, se possível, a solucionar os problemas presentes e futuros que já são previsíveis. Por exemplo, em mediação, pode-se fixar determinado regime de visitas para a criança que reside com a mãe e tem apenas um ano de idade e já se determinar, no mesmo acordo, que, a partir de quando a criança atingir determinada idade e se tornar menos dependente da mãe, o regime de visitas poderá ser mais amplo, pré-estabelecendo-se determinadas características futuras.

2.3 Legislação Brasileira vigente sobre a Mediação

A mediação, como também a conciliação, são métodos amigáveis de resolução de conflitos, que podem ser entendidos como diferente aspecto da negociação assistida, que pressupõe a voluntariedade das partes, não requerendo, contudo, permissão legal para serem praticadas. No tocante aos métodos amigáveis de resolução de conflitos, apenas a sua imposição, como etapas antecedentes ou incidentes no processo judicial, é que requer previsão legal. Ao contrário do que ocorre nos métodos impositivos de resolução de conflito, ou seja, quando as partes atribuem a um terceiro o poder de aplicar-lhes o direito, pois este já é mandamento constitucional atribuído diretamente ao Poder Judiciário exercendo a devida jurisdição.

Porém os métodos de resolução de controvérsias alternativos à via judicial, ainda que não literalmente autorizados, estão em consonância com as premissas constitucionais de justiça e paz social. Importante destacar o posicionamento da Ministra Ellen Gracie, em voto proferido nos autos da Sentença Estrangeira 5206-7 (Agravo Regimental), ao analisar a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), frente à garantia constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constitucional Federal, artigo 5º, XXXV), e concluiu que: “Como se vê, o cidadão pode invocar o judiciário, para a solução de

conflitos, mas, não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos”.

Com isso, embora a legislação brasileira não trate sobre a mediação, é de se reconhecer que este instituto envolve a tentativa das partes em litígio para resolver suas pendências ajudadas por um terceiro imparcial, que irá desenvolver atividade consultiva, buscando sempre reaproximar as partes, no sentido de que as mesmas ponham fim à querela, mediante propostas e soluções próprias, e o mais importante: que acabem com as desavenças contidas antes do acordo firmado.

Pode-se citar, portanto, as disposições legais aplicáveis que serão mostradas a seguir, de acordo com o posicionamento de Gabriela Assmar (2007, p. 5 e seguintes):

Na nossa Constituição Federal traz o artigo 5º, *caput*: Direitos e garantias individuais e coletivas, ou seja, à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade (Igualdade – todos são iguais perante a lei, e o Mediador deve ser escolhido consensualmente pelas partes; Liberdade Interna – livre arbítrio, a decisão entre duas possibilidades opostas, v.g., negociar ou não negociar, pertencendo exclusivamente à vontade do indivíduo; e Liberdade Externa – expressão exterior do querer individual). No inciso II, do artigo 5º: Liberdade de consciência e ação, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No artigo 5º, X: Direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas: Intimidade – quase sempre sinônima de privacidade; Privacidade – “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde ou em que condições, sem isto poder ser legalmente sujeito” (deriva desse direito a proteção constitucional ao segredo profissional, que “obriga a quem exerce uma profissão regulamentada, em razão da qual há de tomar conhecimento do segredo de outra pessoa e guardá-lo com fidelidade – Confidencialidade, ou seja, cabimento das reuniões privadas). Artigo 5º, XIII: É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”— Livre o exercício da Mediação. Artigo 50, LIII: Ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente, e no gozo das garantias de independência e imparcialidade. — Neutralidade do Mediador; Impossibilidade de apreciar provas. Artigo 50, LIV: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal – Neutralidade do Mediador; Impossibilidade de apreciar provas. Artigo 50, LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – Processo Adversarial X Processo Amigável, Pacificador.

Pelo Código Civil encontra-se o contrato, que constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados. São requisitos gerais de validade dos Contratos: agente capaz; objeto lícito e possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104, Código Civil).

Por agente capaz entende-se: existência de duas ou mais pessoas, já que o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral; capacidade genérica das partes para praticar os atos da vida civil (se praticados por incapazes ou relativamente incapazes, os atos serão nulos ou anuláveis); aptidão específica para contratar, *i.e.*, não se enquadrar o objeto do contrato ou a relação das partes num dos casos em que a lei limita a habilidade de contratar; e ausência de vício (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação ou fraude) na vontade das partes que contratam.

Já por objeto lícito e possível, determinado ou determinável, entende-se a obrigação constituída, modificada ou extinta pelo contrato, cuja validade depende: de ser lícito e não contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios de ordem pública; da possibilidade física ou jurídica do objeto; e da expressão de elementos necessários e suficientes para a determinação do objeto (gênero, espécie, quantidade). Para que o contrato seja juridicamente protegido, é preciso ainda que o objeto seja economicamente apreciável, *i.e.*, que possa ser traduzido em termos financeiros.

Como se sabe, a forma prescrita ou não defesa em lei, segundo é o conjunto de formalidades que se deve observar para que a declaração de vontade tenha eficácia jurídica. Atualmente o rigor da forma cedeu espaço à prevalência da intenção das partes. O art. 107 do Código Civil esclarece que: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Assim, a menos que legislação específica o

exija, o contrato pode ser: escrito (em instrumento particular ou escritura pública) ou oral (expresso ou tácito).

Os princípios que regem o direito contratual são: autonomia da vontade (*voluntariedade e neutralidade do mediador*) — Consiste no poder das partes de estipularem livremente, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses e sua respectiva tutela jurídica. Esta autonomia resguarda também a opção de não contratar. O limite imposto a essa liberdade de contratar é a função social do contrato, pelo qual o arbítrio dos indivíduos subordina-se aos interesses coletivos.

Também se sobrepõem ao “direito de contratar” as obrigações de *probidade e boa fé* de todos os contratantes; do consensualismo — o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar um contrato válido; da obrigatoriedade da convenção (*pacta sunt servanda*) — o contrato faz lei entre as partes e qualquer descumprimento às obrigações pactuadas poderá ser objeto de execução patrimonial através da coerção estatal. Apenas por caso fortuito ou força maior poderá um contratante escusar-se de cumprir suas obrigações contratuais sem o consentimento dos demais

O princípio da obrigatoriedade da convenção não é absoluto; ele é limitado pelo princípio do equilíbrio contratual (*rebus sic stantibus*), segundo o qual, caso ocorram desequilíbrios supervenientes, em função de fatores imprevisíveis no momento da celebração do contrato, o Poder Judiciário poderá rever as obrigações de parte a parte, buscando uma nova fórmula de composição que às restitua o equilíbrio originalmente pretendido (o Código de Defesa do Consumidor amplia a possibilidade de revisão do contrato também para casos onde não tenha havido imprevisibilidade e extraordinariedade).

Vale ressaltar que o equilíbrio contratual regulamentado pelo nosso Código Civil é baseado em diversos preceitos constitucionais somente regula o equilíbrio das obrigações já

contratadas. Isto em nada tem a ver com o zelo do mediador pelo equilíbrio de forças das partes durante as negociações mediadas; da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual — o contrato vincula única e exclusivamente as partes que a ele anuíram, não tem efeito perante terceiros a menos que a lei assim o determine ou que o terceiro concorde (*voluntariedade*); da boa fé objetiva — na interpretação do contrato presume-se a boa fé dos contratantes.

No direito Pré-contratual, um contrato só é juridicamente existente uma vez que determinada oferta de uma parte tenha sido aceita pela outra. As negociações que precedem um contrato (quer numa negociação direta, quer numa conciliação ou numa mediação) nada mais são, perante o Direito, que sondagens, estudos, reflexões das partes sobre propostas ainda não aceitas. Esta fase pré-contratual não gera, portanto, nem direitos nem obrigações. Ainda que acordos parciais sejam alinhavados ao longo das tratativas, estes só obrigarão as partes uma vez que todo o arcabouço lógico da operação tenha sido fechado de comum acordo pelas partes. Contudo, apesar de faltar obrigatoriedade aos entendimentos preliminares, pode incidir responsabilidade civil extracontratual. Caso uma das partes incorra em despesas ou deixe de contratar com terceiros, com razoabilidade (*boa fé*), em decorrência de tal curso negocial, e a outra parte desista do negócio injustificada ou arbitrariamente, esta deverá ressacir-lhe os danos.

Com relação ao contrato preliminar, uma situação diferente ocorre com os contratos preliminares, onde as partes “contratam de contratar”, criando para si a obrigação de finalizar um contrato definitivo (obrigação de fazer). Um exemplo é a Promessa de Compra e Venda.

Para a efetiva realização dos direitos materiais, o direito processual brasileiro organiza-se em torno de 3 (três) formas de resolução de conflitos: autotutela (ou autodefesa - imposição, pela força, de uma vontade sobre a outra), autocomposição (negociação direta ou assistida) e heterocomposição (mediante intervenção de terceiro, ao qual as partes estão vinculadas). Há

autores que entendem que a mediação de conflitos se enquadra dentre as formas de autocomposição, porquanto o terceiro que assiste a negociação não possua poder decisório, enquanto outros a enquadram dentre as formas de heterocomposição, pelo simples fato de um terceiro tomar para si a função de intermediador entre as partes.

A jurisdição do Estado para dirimir conflitos que as partes não lograram resolver por si mesmas (heterocomposição regulada em nosso Direito Processual Civil) deve ser atividade secundária do Poder Estatal. A atribuição primária do Estado na pacificação social deve ser a de estimular a autocomposição das partes, dentro de parâmetros razoáveis para a vida em sociedade. O Estado só deve intervir quando as partes não tenham logrado compor-se diretamente.

Embora os princípios fundamentais do direito processual (como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a isonomia, etc) são mais utilizados na atividade jurisdicional do Estado, mesmo destinando-se a qualquer processo (administrativo, legislativo e também negocial) alguns doutrinadores, que começam a analisar as “Alternative Dispute Resolutions - ADRs”, já entendem que tanto a Conciliação como a Mediação têm forte impacto processual e representam a quintessência do contraditório, uma vez que melhoram a comunicação entre as partes, para que efetivamente se compreendam.

O Sistema Multi-Portas, ora citado no capítulo anterior, já começa a ser praticado no Brasil, é um exemplo de que o Estado reconhece que a sua tarefa pacificadora precisa se adaptar ao atual estágio de desenvolvimento social.

Mantendo-se em mente que no campo extrajudicial a mediação de conflitos não requer autorização expressa em lei para ser praticada, até que entre em vigor a Lei de Mediação, que por ora ainda tramita no Congresso Nacional, o que se pode dizer da inserção da mediação de conflitos no processo judicial.

Duas são as hipóteses que nosso Código de Processo Civil faculta a negociação assistida para resolução pacífica de conflitos no processo judicial: o juiz, ele próprio, funciona como um conciliador ou designa auxiliar para tanto (artigos 331 e 447 e seguintes do Código de Processo Civil) - Vale ressaltar aqui que, embora o juiz ou seu auxiliar possam empregar instrumentos da mediação de conflitos nestas oportunidades processuais, faltam-lhes as características de *neutralidade e confidencialidade*, sem as quais a natureza da mediação fica fatalmente prejudicada. As partes podem solicitar a suspensão do processo, pelo prazo máximo de 6 (seis) meses, para a tratativa de conciliação fora do juízo. Vale ressaltar que, conforme a legislação brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, as converte em título executivo extrajudicial (artigo 585, II do Código de Processo Civil), seja antes, durante ou depois de um processo judicial.

Pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se o artigo 4º, III e V da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), estabelecendo como política nacional de consumo o incentivo aos meios alternativos de solução de conflito.

E por fim, que no Direito do Trabalho, como tentativa para prevenir o ajuizamento de Dissídios Coletivos, no contexto do Plano Real, o próprio Estado se preocupou em prover, no espaço de livre negociação das partes, a mediação como suporte ao equilíbrio de forças entre elas.

CAPÍTULO 3 A MEDIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EFETIVA NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PROCESSO JUDICIAL

Por último, verifica-se diante do exposto, que há a adequada possibilidade para uma efetiva utilização do instituto da mediação dentro do processo judicial. Ressalte-se sua importância como alternativa de solução de conflitos.

Dessa forma, busca-se com a aplicação do referido instituto dirimir uma nova cultura, e assim conseguir com que a sociedade acredite mais na justiça de nosso país.

3.1 A importância da mediação como forma de solução dos conflitos

Hodiernamente, percebe-se a busca constante pela justiça, com a inoperância do Poder Judiciário em face de sua inadequação às exigências sociais, torna-se difícil alcançar uma prestação jurisdicional satisfatória, mais rápida e menos dispendiosa. Deve-se ao fato de que há um maior desenvolvimento nas relações sociais e econômicas que são responsáveis por impulsionar a máquina administrativa de um país.

Sendo a partir daí o aparecimento dos meios alternativos de solução de conflitos viáveis para uma prestação mais célere e simples das contendas mesmo no âmbito do Judiciário, de acordo com o caso concreto. Porque o Estado não possui uma estrutura que suporte a realização material dos direitos e garantias concedidos por este, e que assim impede o pleno exercício da cidadania.

Assevera-se ao fato de que as garantias elencadas na Constituição Federal com o objetivo de resguardar o jurisdicionado, mas de pouca efetividade em face da crise enfrentada pelo direito, não podem representar obstáculos do cidadão à justiça a que garantem devendo dar-se respaldo aos novos meios compositivos de conflitos numa perfeita concretização do justo impedindo-se desta forma a injustiça legalizada pois caminham lado a lado o Poder Judiciário e os mecanismos alternativos devolvendo ao Estado a legitimidade perdida.

Para o autor Figueira Júnior (1999, p. 129), essa insatisfação entre as partes é consequência de sentenças judiciais e arbitrais que visam apenas o aspecto jurídico da solução do conflito:

A sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não solucionam o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro.

Como se pode observar através da análise de todo o conteúdo que foi exposto acerca da mediação, é possível afirmar que o instituto apresenta os pressupostos necessários para se tornar uma alternativa eficiente de acesso à justiça, e assim dirimir uma nova cultura em nosso país, por ser ainda, do ponto de vista prático, que seu campo de atuação é bem limitado.

Como se pode perceber, a mediação é um mecanismo alternativo de caráter extrajudicial e autônomo, visando sempre à devida conciliação entre as partes e o restabelecimento das relações sociais. Tem por principal objetivo a busca do apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia, e não apenas a busca de um direito a ser aplicado ao conflito.

Interessante a análise que faz Warat (2000, p. 9) sobre o desenvolvimento da mediação:

À diferença do que ocorre em um processo judicial, no qual na realidade são advogados que intervêm e manejam o conflito, na mediação são as partes os principais autores, as donas do conflito que mantêm, em todos os momentos, o controle do mesmo, dizendo quais são as questões que estão envolvidas, assim como o modo de resolvê-las. O acordo decorre de uma mediação, satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que escapam das possibilidades que a justiça ou o árbitro podem oferecer, limitados pelas disposições legais e jurisprudenciais.

No entendimento de Astried Brettas Grunwald (2003, p. 2) não resta dúvida da importância à cerca do papel desempenhado pelo mediador no processo da mediação, e na concretização da justiça, ou seja, de cooperador, ajudando a discutir com respeito; de coordenador da discussão entre as partes. Deve ainda, ressaltar as convergências e divergências em torno do objeto do conflito de interesses; é identificador dos pontos de atrito entre as partes que originaram o conflito; é motivador da criatividade na busca de alternativas para a solução do conflito bem como auxilia as partes a descobrir seus reais interesses, permitindo que o acordo firmado por elas seja justo, equitativo e duradouro.

A mediação tem como característica importante, dentre outras, a transformação do contexto adversarial em colaborativo, porque esta visa à reestruturação entre os indivíduos que estão apartados, pois desenvolve o conflito social e não o conflito jurídico (que envolve direitos violados). Ocorre que as práticas sociais de mediação constitui um verdadeiro exercício da cidadania na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito.

Nesse sentido, observa-se que na prática ainda falta mais ousadia por parte dos operadores do direito, para poder inovar a sua atuação através de novas técnicas alternativas de solução de conflito; pois são estes que mais sentem a dificuldade na prestação jurisdicional, e atribuem a esse fato o problema com a morosidade, carência dos juízes, custas elevadas, excesso de formalismo e deficiências estruturais.

Entretanto, seria mais pertinente que, por exemplo, um advogado ao receber um cliente em seu escritório, procure automaticamente adaptar o problema a configuração processual da mediação, ou outra forma de resolução da controvérsia, se o caso concreto assim puder ser utilizado, e não se acomodar somente com a via judicial como única solução viável.

Todos esses fatores estão ligados ao contexto socioeconômico da era da globalização, no qual os clientes exigem que as soluções para seus litígios se desenvolvam numa velocidade compatível com a das novas relações socioeconômicas.

A priori, para que isto ocorra é necessário que os profissionais da área jurídica estejam aptos a adotar as formas extrajudiciais de solução de conflitos. Falta mesmo a utilização desses meios alternativos para que se possa inovar a atuação do advogado, é o que expressa Wagner Leão do Carmo (2001, p. 25): “pois ele é treinado para o litígio e a única solução é pela via judicial. Sua escuta e sua visão do problema apresentado sempre estão dirigidas a estratégias e formalismos para adequar o problema à configuração processual”.

A verdade é que, faz-se necessário o incentivo para a aplicação deste instituto a partir dos bancos das universidades, pois nem sequer as instituições de ensino superior dão atenção a esses meios alternativos de solução de conflito, o que se tornaria eficaz a colaboração dos principais responsáveis pela formação de novos profissionais, ou seja, dos professores universitários.

Vislumbra-se que o instituto da mediação, para se tornar efetivo precisa ser conhecido pela população, pois que o mesmo é baseado no princípio da autonomia da vontade das partes, e assim necessita-se de uma divulgação maior por meio dos profissionais da área. Mas se estes não tiverem a formação voltada para o novo, dificilmente se sentirão preparados para buscar a solução dos litígios em meios alternativos ao Judiciário, como é o caso da mediação.

Entende-se que, com a atuação dos mediadores e conciliadores, haverá um incentivo para uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, que desde a faculdade é moldada no sentido de buscar, via de regra, a solução do conflito por meio de decisões judiciais. Tal perspectiva não leva em conta que o escopo primordial da atividade jurisdicional é a pacificação dos conflitos de forma justa, escopo que pode ser atingido de forma mais rápida e mais satisfatória por meio da composição dos interesses das partes.

Isto posto, para Juliana Demarchi (2007, p.62) torna-se importante a formação do operador do direito nas diversas técnicas de solução de conflitos, pois que a divulgação e a utilização da mediação e da conciliação em juízo ganham extrema relevância pelos inúmeros benefícios gerados a todos os envolvidos no dia-a-dia forense, substituindo-se, paulatinamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação.

Fica evidente que a mediação deve buscar sempre a pacificação dos conflitantes, trazendo como resultado ao tempo do processo: a diminuição da pauta de audiências, impedir o recurso, representando a instauração de verdadeira política pública. Para Caetano Lagrasta Neto (2007, p. 11) é necessário:

Infra-estrutura adequada, de material e pessoal, garantida pela Constituição Federal/1988, que, em seu artigo 99, menciona a independência financeira do Poder Judiciário; investimento na educação (capacitação, treinamento e aperfeiçoamento dos conciliadores e mediadores), com a necessária adaptação dos currículos das Escolas de Direito e de Profissionais, visando atingir verdadeira mudança de mentalidade; capacitação obrigatória dos conciliadores/mediadores; e busca de parcerias (com setores universitário e privado, alheias a interesses subalternos no Judiciário). Assim se evita o atraso e retrocesso, como ocorre os Juizados Especiais (instalados sem equipamentos e pessoal habilitado, além da ausência de conciliadores capacitados).

Como exemplo bem sucedido, temos o que ocorreu no Tribunal de Justiça de São Paulo: a criação inicial se deve ao Provimento 783/02 – Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau (modificado pelo Provimento 819/03 – a obrigar a intimação das partes, quando do ingresso do recurso no Tribunal de Justiça, para querendo solicitar audiência conciliatória), iniciado em 26/3/03. um ano depois, o Provimento 743/04 criou o Setor de Conciliação em Segundo Grau, que funciona no 5º andar do Palácio da Justiça. A média de conciliações alcançadas atingiu em 2005, 36% (trinta e seis por cento).

Enquanto que o Provimento 893/05, diante do sucesso da experiência, obriga a instalação, em cada Fórum, do referido Setor, observa-se extrema dificuldade, ante a ausência de conciliadores/mediadores capacitados, através de cursos regulares, nada obstante tivesse a Escola Paulista da Magistratura iniciado Curso de Mediadores/Conciliadores e realizado convênio regular com o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) para imediata implantação de cursos para os fóruns do Interior.

Caetano Lagrasta Neto (2007, p. 13) apresenta todas essas informações, como também, à iniciativa do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais que passou a contar com entidades como o IMAB (Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil), além de outras do mesmo gênero, iniciando cursos de capacitação de conciliadores, com três estágios (sensibilização, iniciação e aperfeiçoamento), tendo sido realizados nas Comarcas de Serra Negra, Patrocínio Paulista, Paulínia, Jundiaí, Franca, Campinas, Vinhedo, dentre outras, contando com o entusiasmo e a juventude de juízes, promotores de justiça e advogados. E essa mesma estrutura está sendo implantada no Ministério Público, através de sua Escola, solicitada parceria pela Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo e iniciadas junto às Prefeituras Regionais da Capital.

Vale fazer ainda uma ressalta importante quanto ao Projeto 94/02, aprovado pelo Senado Federal, que se refere a mediadores judiciais os advogados com no mínimo três anos de exercício efetivo (artigo 10) e acresce: que serão mediadores extrajudiciais aqueles capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores (artigo 11).

E na fase para-processual (prévia ou incidental – artigo 3º) serão considerados auxiliares da justiça, equiparados a funcionário público (artigo 12) e, em seu artigo 14, pontua:

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 regimento respectivo.

Prevê ainda o substituto que a mediação é lícita em qualquer matéria que admita a conciliação, reconciliação, transação ou acordo (artigo 4º). A mediação prévia pode ser judicial ou extrajudicial (artigo 29 e seguintes) e seu artigo 42, determina que estes serviços sejam remunerados, como a coroar o anseio de prestação de serviço não honorífico (como previsto no Provimento 1.077/06) igual ao desempenho de função relevante. Revela notar a redação do artigo 31 do substituto, que prevê a mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, e que fica a cargo de mediador independente ou de instituição especializada em mediação.

Verifica-se então a credibilidade alcançada por este instituto da mediação, devido o trabalho de alguns órgãos e poderes envolvidos, e através do controle das atividades dos mediadores, de seus registros, das audiências e resultados, a fim de demonstrar ao cidadão que a mediação atinge ao anseio de justiça mais rápida, econômica e de acesso fácil a uma ordem jurídica justa, bastando agora ser utilizada pelos operadores de forma efetiva.

É o que entende o jurista Daniel Issler (2007, p. 88), quando diz vale ressaltar que:

A Mediação vem sendo considerada uma salutar alternativa ao processo judicial, proporcionando soluções esclarecidas, dadas pelas próprias partes envolvidas, de modo mais rápido e barato, acarretando não apenas maior satisfação daqueles envolvidos no litígio como também alívio na sobrecarga de serviço que assola nosso sistema judiciário.

Para Caetano Lagrasta Neto (2007, p. 16), ocorre na prática um desinteresse por parte de alguns operadores do direito, apesar de que a experiência do Setor de Mediação em Segundo Grau trouxe substancial aumento da demanda:

Este crescimento não veio acompanhado de uma real mudança de mentalidade, posto que os advogados peticionam sem consulta aos autos e comparecem sem se fazerem acompanhar dos clientes, sem proposta efetiva de conciliação, quando não deixando de procurar antecipadamente ao colega da parte contrária, ou cancelando a audiência às vésperas, tornando inútil um trabalho que padece de absoluta falta de estrutura material e humana. Onde o Ministério Público também revela-se despreparado para a nova mentalidade – o que vem sendo objeto de extenso esforço de sua Escola Superior, no sentido de obrigar a presença dos procuradores e promotores de Justiça às audiências, posto que a impugnação a distância se presta, exclusivamente, a burocratizar e inviabilizar o sistema. Por fim, juízes e relatores encaminham processos ao setor, sem qualquer preocupação com a possibilidade efetiva de mediação e sem observar a sistemática, atravancando o sistema e tornando inúteis as remessas e as obrigações. Desta forma, sem plano de reeducação dos lidadores do Direito e de capacitação dos conciliadores e mediadores dificilmente se atingirá uma eficaz mudança de mentalidade, inviabilizando todo o sistema e mais uma vez relegando ao fracasso uma experiência que pretende acabar com a morosidade da Justiça e torna possível o atendimento em prazo razoável das partes.

Onde existe a aplicação da mediação de forma correta, e dessa forma respeitando o princípio da vontade das partes (norma fundamental), são resolvidos mais de setenta e cinco por cento dos casos que de outra forma teriam ido diretamente ao Poder Judiciário. Foi assim que, com uma mudança de cultura, com o novo meio de resolver as disputas, conseguiu-se desafogar o Poder Judiciário. Nos lugares onde a mediação foi imposta, como na Argentina, a falta de preparo dos profissionais, os baixos honorários recebidos além da obrigatoriedade, produziu um movimento de rejeição pelo qual só resultou, até agora, num baixo índice de acordos. Verifica-se, portanto, a observação para com a vontade das partes na utilização da mediação.

Não resta dúvida da importância dos mediadores e conciliadores para ajudar a desafogar o Judiciário, especificamente no atendimento junto dos Juizados Especiais Cíveis, encontrando

fundamento no artigo 7º da Lei Federal nº 9.099/95; como também por interpretação teleológica dos artigos 277, §1º, e 331, do Código de Processo Civil.

3.2 Matérias de incidência do procedimento da mediação

Dentro deste contexto é pertinente tratar de orientações gerais sobre o procedimento em que se podem empregar meios consensuais de solução de conflitos, como por exemplo, nas Ações de Alimentos, em que versem sobre alimentos em direito de família, ou seja, podem ser ações com pedido de alimentos, ações com oferecimento de alimentos, ações de execução de alimentos, ações revisionais de alimentos, ações de exoneração de alimentos (de acordo com a Lei nº 5.478/68). Onde desde a audiência de conciliação irá atuar o mediador/conciliador capacitado para tal procedimento, dando às partes oportunidade para que procurem resolver o conflito por meio de um acordo. Mas a única questão a ser discutida em processo de alimentos, é o valor mensal da pensão. Não se devendo esquecer, contudo, que é preciso explorar as questões subjetivas existentes entre as partes (vida em comum, relacionamento com os filhos, conscientização e responsabilização pelo sustento dos filhos etc.).

As partes possuem ampla liberdade para a fixação do valor da pensão por meio de acordo. Sendo que esse valor da pensão poderá ser em porcentagem de salário mínimo, em porcentagem dos rendimentos do alimentante, pela forma de desconto em folha de pagamento, ou em depósito em conta bancária, e poderá ser também mediante recibo (critérios objetivos). Em cada caso, o conciliador/mediador deve expor as formas possíveis de pagamento e ressaltar as vantagens e desvantagens de cada forma, para que as partes escolham a mais adequada, e assim ficarem determinadas todas as cláusulas de maneira clara e objetivo sobre tudo o que foi acordado.

Já as Ações de separação, divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável e investigação de paternidade, tramitam pelo procedimento ordinário e, em Comarcas em que há a atuação de mediadores e conciliadores, o processo, via de regra, inicia-se com a citação do requerido e intimação das partes para uma audiência destinada tão-somente para a tentativa de composição. Não obtido o acordo, inicia-se, a partir da data da audiência, o prazo para apresentação de defesa. Em outras hipóteses, a audiência de conciliação é designada depois de já apresentada a defesa e a réplica, nos moldes do artigo 331 do Código de Processo Civil.

Ressalta-se que nestas Ações poderá haver uma série de questões a serem solucionadas, v. g., partilha dos bens comuns (quando houver); fixação de pensão entre as partes ou a dispensa recíproca da pensão; fixação da guarda dos filhos menores; fixação do regime de visitas para os filhos menores; fixação de pensão para os filhos menores; nas ações de reconhecimento e dissolução da união estável deve ser estabelecido, além dos itens acima, o período em que houve a união estável; esclarecimento quanto ao nome da mulher, que geralmente volta a adotar o nome de solteira após a separação; dentre outras possibilidades de acordo que possa ser discutido.

Nas Ações de Guarda e regulamentação de visitas (que tramitam pelo procedimento ordinário), em que se disputa a guarda de uma criança, e, portanto, merecem especial atenção dos mediadores, pois, via de regra, há grande litigiosidade entre as partes. Neste ponto, é preciso convidar as partes à reflexão sobre a relação existente entre pais e filhos. Esse diálogo é importante para conscientizar os pais acerca das responsabilidades afetivas e materiais que têm para com os filhos, levando-os mais a zelar pelo bem-estar do menor do que a permanecer alimentando o litígio entre os pais, porque o importante é mostrar que o exercício da criatividade com responsabilidade permite às partes uma solução viável para suas pendências.

E por último, saindo do campo do Direito de Família, e se deparando nas diversas hipóteses de ações cíveis, Daniel Fabretti (2007, p. 71) verifica que a atividade do mediador e do

conciliador pode se dar nos problemas entre vizinhos, entre empresas e consumidores, acidentes de trânsito, cobrança em geral, etc. Valendo salientar que prevalecerá sempre a vontade das partes e seus interesses na discussão do conflito e na obtenção da melhor solução possível para todos os envolvidos, como também, dar maior atenção naquelas ações que existe relacionamento anterior entre as partes, seja tal relacionamento pessoal, profissional ou comercial, pois mostra-se produtivo aprofundar-se a investigação acerca dos interesses e da inter-relação das partes. E com relação ao que o acordo que poderá ser homologado judicialmente recebendo o mesmo valor jurídico que uma sentença para fins de execução do acordo.

Enfatiza bem a importância do instituto da mediação Daniel Issler (2007, p. 84):

O funcionamento saudável do Poder Judiciário depende da adoção e correta utilização das formas de solução alternativas de conflitos, entre as quais se destaca a mediação. A demora e o custo excessivo para a solução judicial de controvérsias não podem ser admitidos, sob pena da continuidade na causação de prejuízos sociais irreparáveis e do dispêndio produtivo de recursos que deveriam sim estar dirigidos para a melhoria geral da qualidade de vida das pessoas. Porque o Estado não representa um fim em si mesmo, deve servir a seus cidadãos de forma real. A mediação, especialmente a aplicada a conflitos familiares e causas relativamente a atos infracionais de menor gravidade, representa melhoria substancial na atividade jurisdicional.

3.3 Projeto de lei

É importante trazer a baila algumas análises sobre o anteprojeto apresentado pelo Ministério da Justiça, em setembro de 2003, que regulamenta a mediação no direito brasileiro, bem como sendo esta uma forma de utilização pelo Judiciário, onde é resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei n. 94, de 2002, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, e o anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura.

Explicita Fredie Didier Jr (2006, p. 83) que de acordo com esse projeto, haverá duas espécies de mediação: a) a *prévia*, que é opcional; b) *incidental*, cuja tentativa é obrigatória, e que terá lugar sempre que for distribuída a demanda, excepcionadas algumas hipóteses (mais ou menos o que se faz atualmente em litígios de família, inicialmente submetidos a uma câmara de conciliação). O projeto prevê que, em causas de família, haja co-mediação, com a participação de psiquiatra, psicólogo e assistente social.

Portanto dispõe o artigo 3º: “A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele”; no artigo 4º diz que: “em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três meses), prorrogável por igual período. Parágrafo único: O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos”. E dispõe o art. 6º que: “antes de instaurar o processo pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos dos conflitos e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer à audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência”.

Percebe-se no artigo 4º do projeto em comento, que o termo mediação judicial designa como sendo a mediação realizada no processo, por intermédio de mediador indicado pelo Judiciário. Assim, entende-se logicamente, que se for realizada durante o processo ou não, sem intermédio do Judiciário, será mediação extrajudicial. Mas observa-se que o texto deixa explícita a possibilidade de as partes recusarem o mediador indicado, já que este deve necessariamente ser eleito por aquelas. Como está bem claro até aqui, sabe-se que as partes devem ter a liberdade de

utilizarem ou não a mediação, pois esta se orienta pelo princípio da liberdade e autonomia da vontade, não devendo ser imposta jamais.

Interessante o esclarecimento de Lília Almeida (2007, p. 5) onde diz a mesma que os processos judiciais embora se sujeitam ao princípio da publicidade, a mediação, por sua vez deve ser sigilosa, onde não perde em sua característica o método autônomo de solução de conflitos que é, juntamente com seus próprios princípios e objetivos, mesmo sendo judicial. Um desses objetivos é fazer com que as partes conversem, descubram seus reais interesses ocultos; para isso, é preciso uma atmosfera propícia, que lhes inspirem para se chegar a um acordo satisfatório. Nesse sentido, encontra-se a idéia de que uma mediação coordenada pelos mediadores judiciais deve ser realizada em um local destinado para isso, como um setor de mediação, que inclusive, pode ser organizado em conjunto com a Defensoria Pública, para facilitar sua operacionalização.

O projeto de lei trata ainda que a qualquer tempo ou grau de jurisdição o juiz poderá convencer as partes a utilizarem-se da mediação (artigo 4º). É necessária essa permissão por que seria incoerente que a lei restringisse a realização da mediação judicial a uma determinada fase sob pena de preclusão, já que as partes podem, a qualquer momento pedir desistência da ação ou do recurso, por terem resolvido seu conflito por meio de acordo; ou se quiserem obter esse acordo por meio da mediação, não há por que negar-lhes, seja qual for a fase em que se encontre o processo. É por que o juiz deve estimular um acordo em todo o decorrer do processo, seja ele do meio de solução que for.

Lília Almeida (2007, p. 6) aponta quanto à suspensão do processo por até três meses (artigo 4º), prorrogável por igual período, durante a realização da mediação, esta seria adequada, já que há casos em que a mediação precisa ser realizada em diversas reuniões para alcançar um resultado satisfatório. Assim, enquanto se estiver tentando outra forma de resolver a contenda, não há porque continuar a prática dos atos processuais, que podem até prejudicar a mediação por

realçarem o antagonismo das partes. Com relação ao citado art. 6º do projeto, este trata da mediação prévia, em que irá interromper a prescrição e impedir a decadência do direito, embora a lei costume prever a interrupção da prescrição quando o autor pratica atos que demonstrem seu interesse na defesa do direito. Assim, se a lei não previsse a interrupção (ou a suspensão) da prescrição, a parte ficaria pressionada a propor a ação apenas para não perder o prazo, mesmo estando interessada em primeiro tentar resolver a contenda amigavelmente.

3.4 Setor de mediação na cidade de Guarulhos – SP

É pertinente salientar a análise feita por Daniel Issler (2007, p.83 e seguintes), a respeito da experiência desenvolvida no Projeto Piloto de Mediação desenvolvida na Comarca de Guarulhos/SP, onde observa-se a prática desde a implementação ao funcionamento do sistema, o qual tem se mostrado, desde o início das atividades, em 24 de novembro de 2003, efetivamente útil para o atingimento da meta principal, consistente na satisfação do usuário, cuja importância social, e em relação ao funcionamento do sistema judicial, é indiscutível.

Inicialmente, a idéia era restringir a atuação à Vara da infância e da Juventude de Guarulhos, e apenas nos casos de guarda de menores e atos infracionais de menor gravidade. Rapidamente, no entanto, as estatísticas mostraram que o Projeto era capaz de absorver número de processos muito maior do que aquele que a Vara da Infância e da Juventude tinha capacidade de encaminhar. Desta forma, decidiu-se pela expansão do atendimento aos conflitos familiares de modo geral, da competência dos Juízos de Família, que, em Guarulhos, eram exercidos cumulativamente pelos Juízes das 10 Varas Cíveis (litígios de Regulamentação de Visitas, Guardas, Tutela, Alimentos, Separação e Divórcio) e, a partir do final do ano de 2006, pelos juízes das seis Varas de Família então instaladas.

Está a cargo da UNIMESP-FIG (Centro Universitário de São Paulo) fornecer as necessárias instalações, próximas ao prédio do Fórum de Guarulhos, bem como o pessoal necessário para a realização do projeto. O Projeto-Piloto é conduzido na forma do modelo “*court-connected*”, ou seja, um projeto ligado à Vara. O Projeto-Piloto funcionou em caráter experimental pelo período de um ano, após o que, verificada a eficácia e conveniência, tornou-se definitivo mediante a assinatura de convênio entre o Tribunal de Justiça e a UNIMESP/FIG, assumindo o nome de Setor de Mediação de Guarulhos. O formato desenvolvido está disponibilizado para replicação a outras unidades de jurisdição, em todo o Estado.

Os mediadores receberam treinamento, a cargo do Juiz da Infância e da Juventude, que pode valer-se da colaboração de pessoas de reconhecido conhecimento na matéria. Estes comparecem nos setores de mediação pelo menos uma vez por semana, em horários alternados, estabelecidos conforme a conveniência de cada um, durante quatro horas por dia, exceto autorização do Juiz da Infância e da Juventude. Sendo indicados pelas Faculdades Integradas de Guarulhos, com a aprovação do Juiz da Infância de Guarulhos, ou selecionados diretamente pelo Juízo da Infância e da Juventude de Guarulhos.

Os momentos processuais para o encaminhamento são, em princípio para os casos de litígio sobre guarda de menores: - o do despacho saneador; - após sugestão do Setor Técnico da Vara; - e durante audiência de tentativa de conciliação; e para os casos de atos infracionais menos graves: - por sugestão do Ministério Público, antes da oitiva informal; ou durante a audiência de apresentação.

Devem também, os mediadores assinarem ao iniciar o exercício de suas funções, termo de compromisso de desempenharem a função com zelo e de forma ética, constando especificamente o dever de confidencialidade inerente à Mediação. Uma vez eleito o caso para a mediação pelo

juiz, este fixa um prazo máximo para o procedimento de mediação, de até 90 (noventa) dias, e determina a remessa dos autos ao Projeto.

Cabe aos mediadores o agendamento das sessões e a cientificação das partes para o comparecimento, preferencialmente por telefone, ou por carta.

Antes do início das sessões, as partes assinam o termo de concordância com a mediação e preenchem questionário de dados sociais. Onde no curso do procedimento, os mediadores fazem relatórios para registro confidencial dos dados relevantes à sua atividade, para seu uso e dos demais mediadores que intervenham eventualmente no caso.

Uma vez obtido o acordo entre as partes, é redigido em linguagem simples, e assinado, pelas partes, pelo mediador e advogados, se houver. E quando terminada a Mediação (bem sucedida ou não), as partes preenchem o questionário relativo à satisfação com o serviço prestado. Em seguida, os autos e o acordo são restituídos à Vara de origem, para manifestação (“de acordo”) do Ministério Público e homologação pelo juiz.

Deseja-se que o presente Projeto não só possa servir para melhor atender aos jurisdicionados de Guarulhos, mas também ser replicado a outras unidades de Jurisdição, expandindo o modelo. Porque apenas com a experiência e a prática na condução de mediações levam ao seu aperfeiçoamento.

Vale ressaltar que além do Judiciário, por meio de vários setores, a sociedade civil participa ativamente, por meio de instituição de ensino superior, entidades não governamentais e do voluntariado (embora busquemos em futuro próximo a profissionalização).

E por fim, pode-se afirmar que a mediação é um meio alternativo de solução dos conflitos muito confiável, bastando, contudo, ser utilizado com responsabilidade, desde sua instalação até os profissionais credenciados para a aplicação deste instituto, e assim deverá expandir mais e mais essa nova cultura em todo o país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constatou-se que embora a Mediação seja um instituto ainda desconhecido em grande parte do meio jurídico, esta promete ser o ponto central de considerável mudança de paradigma nos próximos anos.

Hodiernamente, as concepções sociais, jurídicas e processuais giram em torno do sistema de adjudicação do direito pelo Estado-Juiz. Ocorre que, importantes alterações legislativas deram espaço mais recentemente ao instituto da conciliação como uma das maneiras de solucionar as demandas, tal como a Lei dos Juizados Especiais. Vislumbra-se, portanto, um exemplo de mudança de paradigma ao qual já se iniciou; e que serve de apoio positivo para a mediação.

Inicialmente analisou-se os aspectos gerais da mediação, tratando desde o conceito de conflitos até as outras alternativas de solução de contentas. Demonstrou-se em que consiste este instituto, e quais são suas características, abordando de forma positiva para se chegar a uma satisfatória aplicação junto ao processo judicial.

Não resta dúvida de que a mediação, nada mais é do que a negociação operada pelas partes interessadas com a ajuda de um neutro, chamado de mediador, que não é o Juiz da causa. O mediador é a pessoa conhecedora das técnicas de negociação que tem a aptidão para auxiliar as partes a se comunicarem de modo produtivo e esclarecido, a fim de que elas mesmas cheguem à solução com um acordo. Observa-se que a mediação é vigorada por princípios éticos que garantem o resultado desejável alcançada pelas partes, que têm controle sobre ele, controle este que não existe no caso adjudicação do Direito pelo Estado-Juiz.

Vale ressaltar que as vantagens da mediação são enormes, a começar pelo fato de que proporciona solução muito mais rápida e barata; também não se deve esquecer que a solução

passa pelo melhor esclarecimento das partes a respeito do conflito social, como forma de pacificar as mesmas para que reestruturem a situação amizade que ora existia entre elas, pois esta característica da mediação é o grande diferencial com relação aos outros institutos de resolução de conflito.

Com isso, a mudança de paradigma está se tornando clara, na medida em que aumentou o número de profissionais, das mais diversas áreas, se fazendo necessário a divulgação nas faculdades de Direito, como por exemplo, passarem a integrar a Mediação como disciplina em seus currículos, bem como o surgimento de mais organizações não governamentais ligadas à solução alternativa de conflitos.

O avanço da conscientização popular e da cidadania tem ocasionado enorme procura pelo Judiciário, e a solução alternativa de conflitos é inevitável para que o sistema judiciário deixe de estar sobrecarregado e possa aplicar os escassos recursos disponíveis naquelas demandas que realmente exigirem sua atuação.

Importante esclarecer que o mediador não precisa ser necessariamente advogado, é o que também ocorre nos países estrangeiros; especialmente nas causas relacionadas à Infância e Juventude e Família, pode ser psicólogo, assistente social, psiquiatra etc., alcançando-se excelentes resultados com a necessária idoneidade provida por regramentos éticos. Obviamente que as partes podem fazer-se assistidas por advogados, se assim desejarem, como também podem dispensá-los se entenderem que têm capacidade própria para se conduzir na solução das questões envolvidas, evitando dispêndio que entendam desnecessário.

Assim, espera-se que o desenvolvimento do Projeto possa levar futuramente à remuneração dos mediadores, inicialmente voluntários.

Por fim, verificou-se que os benefícios para a sociedade poderão ser de consideráveis proporções com a expansão da Mediação. Onde nos campos do Direito da Infância e da

Juventude ou Direito de Família, as melhorias serão ainda maiores. O funcionamento mais saudável de nosso sistema Judiciário é condição necessária ao próprio progresso da economia; sendo necessário o contínuo atendimento a todos jurisdicionados. Aconselha-se também a outras unidades da jurisdição expandirem o modelo implantado na comarca de Guarulhos-SP.

Observou-se que o acordo quando homologado judicialmente tem o mesmo valor jurídico que uma sentença para fins de execução do acordo. Isso porque muitas vezes as partes se mostram desconfiadas em relação à outra parte diante de um anterior descumprimento de contrato e se negam a celebrar qualquer tipo de acordo, por desconhecerem os efeitos de um acordo homologado judicialmente.

Conclui-se que a mediação como alternativa de solução de conflito, é viável para ser utilizada no processo judicial, apresentando uma séria de vantagens tanto para a sociedade como para os operadores de direito. No entanto, entende-se que sua utilização se torna solução que se consegue de forma gradativa com relação a crise do Judiciário, porque esta somente se resolverá através de uma considerável reforma.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. *A mediação na virada do milênio*. Disponível em: <www.mediare.com.br/08artigos_01vir_milen.htm> Acessado em: 23/08/07.

_____. *Século XXI: A mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias*. Disponível em: <www.mediare.com.br/08artigos_02sec21.htm> Acessado em: 23/08/07.

_____. *Para além da mediação e da arbitragem*. Disponível em: <www.mediare.com.br/08artigos_08para_alem_da_mediacao.html> Acessado em: 23/08/07.

ASSMAR, Gabriela. *Legislação brasileira no que tange a mediação de conflitos*. Disponível em: <www.mediare.com.br/08artigos_09legislacaobrasileira.html> Acessado em: 27/08/07.

Brasil. *Código Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Brasil. *Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2004.

Brasil. *Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Monole, 2004.

CARMO, Wagner Leão do. *Mediação e Arbitragem: os avanços tecnológicos e a expectativa profissional dos operadores*. In: Revista Consulex, Ano V, nº 105, maio 2001. p. 22-26.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CONIMA. Disponível em: <www.conima.org.br>

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processo Civil; Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2006.

EGGER, Ildemar. *O papel do mediador*. Disponível em: <www.egger.com.br/ie/mediacao.htm> Acessado em: 27/08/07.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Watanabe, Kazuo. Lagrasta Neto, Caetano: Coordenação. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*; com posfácio de Vincenzo Vigoriti. – São Paulo: Atlas, 2007.

GRUNWALD, Astried Brettas. *A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito*. Disponível em: <www.jus.com.br > Acessado em: 24/08/07.

LEHMKUHL, Mílard Zhaf Alves. *A nova Ciência: Mediação*. Disponível em: <www.jus.com.br> Acessado em: 24/08/07.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEDIARE – Centro de mediação de conflitos. Disponível em: <www.mediare.com.br >

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SOUSA, Lília Almeida. *A utilização da mediação de conflitos no processo judicial*. Disponível em: <www.jus.com.br > Acessado em: 24/08/07.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1 v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flavio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 1 v.

WARAT, Luis Alberto. *Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa Del conflicto*. *Scientia Iuris*, Londrina, n. 4, p. 09, 2000.

ANEXOS

PROJETO DE LEI QUE INSTITUI A MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL PROCESSO CIVIL

Projeto original da Câmara de autoria da Dep. Zulaiê Cobra PL 4827,

Substitutivo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentado ao Senador Pedro Simon, relator do projeto no

Senado Federal (PLC 94/2002)

Substitutivo do IBDP acatado pelo relator com diversas alterações

PL 482 7/98 - Texto submetido à Câmara dos Deputados:

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflito 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, 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 qualquer momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualificação dos mediadores.

Art. 4º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, conciliação, 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 17

Art. 7º O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser assinado pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes envolvidas, 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. 10. 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, 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. 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.

§ 5º No caso de atuação de defensor público como mediador, o registro, a fiscalização e o controle da atividade serão realizados pela Defensoria Pública.

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) nomes e dados pessoais das partes envolvidas;

b) indicação da causa de impedimento ou suspeição;

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 1, 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 noventa dias.

Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, caso em que o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu defensor público ou advogado, sendo, no último 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 noventa 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.

§ 12 Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.

§ 2 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.

§ 2 Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tomando 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 § 32 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 cento e oitenta 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 quatro meses após a data de sua publicação. Sala das Comissões, 21 de junho de 2006.

Senador ANTONIO CARLOS MAGALHÃES

Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

CÓDIGO DE ÉTICA PARA MEDIADORES

INTRODUÇÃO

A credibilidade da MEDIAÇÃO no Brasil, como processo eficaz para a solução de controvérsias, vincula-se diretamente ao respeito que os Mediadores vierem a conquistar, por meio de um trabalho de alta qualidade técnica, embasado nos mais rígidos princípios éticos.

A Mediação transcende a solução da controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo. É um processo confidencial e voluntário, onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas. Difere da negociação, da conciliação e da arbitragem, constituindo-se em uma alternativa ao litígio e também em um meio para resolvê-lo.

O MEDIADOR é um terceiro imparcial que, por meio de uma série de procedimentos próprios, auxilia as partes a identificar os seus conflitos e interesses, e a construir, em conjunto, alternativas de solução, visando o consenso e a realização do acordo. Ele deve proceder, no desempenho de suas funções, preservando os princípios éticos.

A prática da Mediação requer conhecimento e treinamento específico de técnicas próprias, devendo o Mediador qualificar-se e aperfeiçoar-se, melhorando continuamente suas atitudes e suas habilidades profissionais. Deve preservar a ética e a credibilidade do instituto da Mediação por meio de sua conduta.

Nas declarações públicas e atividades promocionais o Mediador deve restringir-se a assuntos que esclareçam e informem o público por meio de mensagens de fácil entendimento.

Com frequência, os Mediadores também têm obrigações frente a outros códigos éticos (de advogados, terapeutas, contadores, entre outros). Este CÓDIGO adiciona critérios específicos a serem observados pelos profissionais no desempenho da Mediação. No caso de profissionais vinculados a instituições ou entidades especializadas somam-se suas normativas a este instrumento.

I- AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A Mediação fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo o Mediador centrar sua atuação nesta premissa.

Nota explicativa

O caráter voluntário do processo da Mediação garante o poder das partes de administrá-lo, estabelecer diferentes procedimentos e a liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo.

II- PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O Mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: Imparcialidade, Credibilidade, Competência, Confidencialidade e Diligência.

Notas Explicativas

Imparcialidade: condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho. **Credibilidade:** o Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente. **Competência:** a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente. Por isso o Mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes. **Confidencialidade:** os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que participarem do processo de vem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por ela convencionados, desde que não contrarie a ordem pública. **Diligência:** cuidado e a prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

III .DO MEDIADOR frente a sua NOMEAÇÃO

1. Aceitará o encargo somente se estiver imbuído do propósito de atuar de acordo com os Princípios Fundamentais estabelecidos e Normas Éticas, mantendo íntegro o processo de Mediação.
2. Revelará, antes de aceitar a indicação, interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre sua continuidade.
3. Avaliará a aplicabilidade ou não de Mediação ao caso.
4. Obrigar-se-á, aceita a nomeação, a seguir os termos convencionados.