

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

A MEDIAÇÃO E SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO:

aspectos conceituais e uma análise acerca das implicações do PL 94/2002.

PAULO ROBERTO AGUIAR BARBOZA

Juiz de Fora

2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

A MEDIAÇÃO E SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO:

aspectos conceituais e uma análise acerca das implicações do PL 94/2002.

**Monografia de conclusão de curso
apresentada pelo Acadêmico PAULO
ROBERTO AGUIAR BARBOZA à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora, para obtenção
do título de Bacharel em Direito, sob
orientação da Professora CLARISSA
DINIZ GUEDES, na área de
concentração de Direito Processual**

Juiz de Fora

2011

Paulo Roberto Aguiar Barboza

A MEDIAÇÃO E SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO:

aspectos conceituais e uma análise acerca das implicações do PL 94/2002.

Monografia de conclusão de curso apresentada pelo Acadêmico PAULO ROBERTO AGUIAR BARBOZA à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, para obtenção do título de Bacharel em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Aprovado em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. CLARISSA DINIZ GUEDES (Orientadora)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. ALINE PASSOS ARAÚJO
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. ISABELA GUSMAN RIBEIRO DO VALE
Universidade Federal de Juiz de Fora

*A minha família, por estar ao meu lado em todos os momentos.
Em especial, a minha querida avó Marlene, que partiu no último ano
e me deixou um grande exemplo de vida.*

AGRADECIMENTOS

Chega ao fim mais uma caminhada. Por mais que tenha sido longa a jornada, e que barreiras inesperadas tenham surgido, o momento é de conclusão. A árvore gera seus frutos. As crianças crescem. O aprendizado permanece.

E como de praxe, nessas horas de conquistas, é essencial lembrar que nada se consegue sozinho.

E agradeço primeiro a Deus pelo dom da vida.

À minha mãe, guerreira, modelo de honestidade e de sagacidade.

À minha avó que partiu no último ano, me deixando “órfão” do seu colo, dos seus cafunés, da sua doçura e do seu carinho. E ao meu avô também pelo exemplo de simplicidade, honestidade e determinação. Ao meu pai, pelo apoio e compreensão nos momentos difíceis e ao Samuel.

À Tatiana, minha irmãzinha, companheira de aventuras e cúmplice, e ao enorme (e pequeno) presente que ela me deu no último ano, chamado João Guilherme, meu sobrinho querido.

À tia Luíza, minha segunda mãe.

Também às tias Márcia, Lóide, Noêmia (*in memoriam*), Rute. E aos meus primos.

Ao André, por todo apoio, força e compreensão. Essa conquista com certeza também é sua! E à toda família “Duque”, Geraldo (Vô), Fatinha (Vó), da qual eu já me considero membro também.

Aos amigos de todas as horas Guilherme Fagundes, Jocimar Ovídio, Margarita Rigoli, Gisele Bernardes, Joaquim Vilela e Rute do Couto. A todos os demais inúmeros amigos que me apoiaram e que se fizeram presentes nessa jornada.

A todos os professores da Casa Benjamim Colucci, que foram o suporte para que nascesse em mim, o respeito, a ética e o amor pelo Direito. Vocês fizeram toda a diferença!

Em especial à orientadora Professora Clarissa pelos ensinamentos tanto na aurora quanto no ocaso desta caminhada.

E também à querida Professora Flávia, de quem eu fui monitor durante todo o último ano, e com quem eu muito aprendi.

Ainda à Professora Isabela, ao Professor Karol e à toda a equipe do Núcleo de Prática Jurídica da UFJF, por todo o apoio, compreensão e aprendizado que me foi dispensado.

*"A solução do problema muitas vezes está simplesmente na comunicação."
João Vitor Rocha*

RESUMO

Ante a persecução pela efetividade das garantias fundamentais, como a ampliação do acesso à Justiça, o respeito à duração razoável do processo e a obtenção de maior celeridade processual, novas ferramentas precisam serem utilizadas. O sistema judicial pátrio necessita evoluir.

Neste contexto, ganham força as ADR's (*Alternative Dispute Resolution*), como ferramentas hábeis a propiciar uma verdadeira redução do número de demandas, sem, contudo, lesar as garantias fundamentais desde que devidamente manuseadas, propondo técnicas que fornecem maior racionalidade à atuação jurisdicional.

Com destaque no presente estudo para a mediação e para o PL 94/2002 que propõe a sua introdução e disciplina, no ordenamento processual civil brasileiro.

E para que o leitor obtenha a devida compreensão das implicações contidas em tal enxerto, tendo em vista nossa ausência de tradição quanto ao uso do método, é imperioso primeiro, que seja fornecido substrato.

Por isso, de antemão apresenta-se uma visão conceitual do instituto pautada na ótica de ilustres doutrinadores.

A partir do panorama apresentado, o foco do estudo é alterado, voltando-se para o PL 94/2002, que após longa tramitação, recebeu aprovação do Senado, e recente confirmação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

Assim busca-se lançar um olhar crítico sob as escolhas realizadas pelo referido Projeto de Lei, apontando eventuais equívocos, mas também celebrando os acertos e conquistas que possivelmente sobrevirão, com a sua vigência.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Processual Civil. Mediação. PL 94/2002. Métodos alternativos de solução de conflitos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. MEDIAÇÃO	15
2.1. ASPECTOS CONCEITUAIS	15
2.2. PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS.....	18
2.3. MEDIAÇÃO: MODALIDADES.....	21
2.2.1. QUANTO À METODOLOGIA E ÀS PREMISSAS.....	22
2.2.2. QUANTO AO MOMENTO E QUANTO À QUALIDADE DO MEDIADOR.....	22
2.2.3. QUANTO AOS LIMITES À INTERVENÇÃO DO MEDIADOR.....	26
3. DISTINÇÃO ENTRE AS ADR'S	27
3.1. ARBITRAGEM	27
3.2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO	29
4. PL 94/2002 E A MEDIAÇÃO.....	34
4.1. BREVE HISTÓRICO.....	34
5. PL 94/2002: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....	37
5.1. A OPÇÃO PELA MEDIAÇÃO “PASSIVA”.....	37
5.2. A OAB E OS CARGOS DOS MEDIADORES JUDICIAIS.....	39
5.3. OBRIGATORIEDADE X VOLUNTARIEDADE	40
6. COTEJO ANALÍTICO FINAL.....	45
7. CONCLUSÃO.....	50
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

1. INTRODUÇÃO

A partir da década de 80, e, no Brasil, mais notadamente com o advento da Constituição Federal de 1988 e a intensificação dos movimentos de constitucionalização e internacionalização dos direitos e garantias fundamentais, desenvolvidos principalmente na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos como a Corte Européia de Direitos Humanos, buscou-se elencar um núcleo basilar, propiciador da garantia de fornecimento de tutela jurisdicional efetiva, com vistas a erigir sobre este, proteção especial. A este núcleo básico, minudenciado então em uma série de regras que deveriam ser universalmente acolhidas pelos países que instituem a dignidade humana como pilar do Estado Democrático de Direito, convencionou-se chamar por “garantias fundamentais do processo”.

E no cerne de tais proteções, insculpiu-se, com enorme destaque, a necessidade de garantia ao amplo acesso à justiça por todos os cidadãos.

Salienta CARREIRA ALVIM ¹:

Não resta a menor dúvida de que a obra de CAPPELLETTI foi um marco na busca de soluções para tornar a Justiça uma instituição acessível a todos, e a sua grande repercussão animou os operadores do direito a partir em busca de novos caminhos, reformulando as estruturas judiciárias, e, especialmente, as legislações processuais, com o propósito de alcançar esse objetivo.

Como afirmado por CARREIRA ALVIM, enorme foi a repercussão causada em todo continente latino-americano, e em especial no Brasil, rumo a persecução da efetividade do amplo acesso à justiça, com fomento na proposta das “ondas renovatórias cappellettianas”.

Em suma, três foram as ondas visualizadas por seus idealizadores, Cappelletti e Garth: 1^a) assistência judiciária para os pobres; 2^a) representação dos interesses difusos; e 3^a) acesso à representação em juízo, com uma concepção mais ampla de acesso à Justiça e mesmo um novo enfoque; por

¹ ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078>>

fim, já referindo-se até mesmo à uma “quarta onda renovatória²” do processo, a saber a efetividade dos direitos processuais.

De modo geral, nesse sentido, perseguindo uma justiça que pudesse funcionar para todos, da forma mais rápida possível, igualitária e equânime, e mesmo numa busca pela retomada da confiança da população na atuação da instituição Judiciária, uma série de reformas foram encetadas no sistema jurisdicional brasileiro, a partir da década de 80.

Nessa trajetória íngreme, a título meramente exemplificativo, podemos citar algumas memoráveis inovações, como a Lei dos Juizados de “Pequenas Causas”, posteriormente Juizados Especiais, localizando entre suas metas de criação a descentralização da justiça, com vistas à maior aproximação da população em geral e ainda, favorecendo o acesso das camadas menos favorecidas; no plano da defesa coletiva, inúmeros diplomas legais, ressaltando-se a Lei que regula a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) para defesa de direitos difusos em geral, formulada em 1985; e ainda, nos anos 90, a feitura de diversas normas processuais inovadoras, que procuravam minimizar as diferenças existentes entre as partes, possibilitando por exemplo a inversão do ônus probatório etc.: nessa linha encontramos o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90); quanto à Concessão de Assistência Judiciária, já há muito tratada pela Lei 1060/1950, alguns enxertos foram realizados numa busca pela ampliação no alcance dos objetivos traçados de isonomia, de acesso, sob uma forma concreta.

Enfim, muitos esforços foram (e estão sendo) realizados no intuito de se ampliarem as formas de acesso, objetivando a concretização material da garantia fundamental de acesso à justiça, e a superação de todas as históricas barreiras.

De um movimento que segue nesse sentido, apesar da busca também pela veiculação de instrumentos “minimizadores” do impacto dos efeitos da ampliação ao acesso, o esperado, logicamente, seriam as cenas que acabamos de presenciar nos últimos anos, até mesmo como uma

² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

consequência natural das alterações perseguidas: aumento substancial do volume de ações judiciais.

Logo, não deveria ser motivo de grande “surpresa”, nos depararmos com o primeiro maior (e mais divulgado) “entrave” à efetividade da prestação jurisdicional na atualidade: a morosidade.

Afinal, com os incentivos, os processos vêm crescendo em proporção geométrica.

Do outro lado da balança, o número de magistrados têm se mantido estagnado ou com pouca evolução. O Brasil apresenta uma grande desproporção no número de juízes por habitantes³ (cerca de um para cada 25 mil habitantes, enquanto na Alemanha, por exemplo, a proporção é de um para cada 3 mil habitantes; sendo a proporção mundial de cerca de um juiz para cada 9.000 habitantes). A par disso, com a avalanche de serviço e a falta de juízes, o esperado era mesmo por altos índices de morosidade no fornecimento da prestação jurisdicional. Esse processo é o que a mídia contemporânea vem rotulando de “crise do Judiciário”.

E nesse contexto, saídas precisam ser alcançadas.

Insta de antemão salientar, entretanto, conforme sabiamente o professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA nos lembra, que o problema da morosidade, não é um fenômeno somente brasileiro: é problema praticamente universal. Apesar de haverem algumas pontuais exceções, como a situação supra referida, em que se encontra hoje a Alemanha. Ainda destaca, de forma lúdica, que não existe uma “fórmula mágica” (ou “Abracadabra”) para o problema da morosidade enfrentado no campo processual; ou seja, de forma diversa ao que é defendido por alguns processualistas na atualidade, que se apegam a um único caminho, fechando os olhos pra outras soluções, não existe uma única, exclusiva e satisfatória medida que irá solucionar a todos os males enfrentados pela jurisdição atual, mas sim posturas que somadas, poderão abrandar a questão.

³ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. “Imagem do Poder Judiciário”. Brasília, junho, 2004.

Afirma BARBOSA MOREIRA⁴:

A lentidão processual explica sem dúvida a preferência de inúmeros litigantes por vias extrajudiciais, e aí está o motivo pelo qual o fenômeno da *Alternative Dispute Resolution* (ADR, na sigla usual) encontrou nos Estados Unidos o solo de sua máxima florescência.

Nesse quadro então, como destacado pelo ilustre doutrinador, as soluções alternativas para os conflitos, recebem um “novo olhar” e passam a serem apontadas como instrumentos capazes de minimizar o entrave propiciado pelos elevados índices de litigiosidade e desproporção frente ao vagaroso desenvolvimento do maquinário judiciário.

Ainda assim, torna-se de grande importância aclarar a necessidade de utilização de tais instrumentos com cautela, por parte do Judiciário: não se pode simplesmente fazer uso com intuito unicamente de diminuição do número de processos, sem uma análise mais cuidadosa de cada situação concreta específica, sob pena mesmo, de estar-se incorrendo em visível agressão aos princípios da inafastabilidade de apreciação da tutela jurisdicional, ou mesmo em vedação ao acesso à justiça.

Nas palavras de HUMBERTO DALLA B. DE PINHO⁵:

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito.

Conforme ainda, instrui MAURO CAPPELLETTI⁶:

Embora a atenção dos modernos reformadores se concentre mais em alternativas ao sistema judiciário regular, que nos próprios sistemas judiciários, é importante lembrar que muitos conflitos básicos envolvendo os direitos de indivíduos ou grupos, necessariamente continuarão a ser submetidos aos tribunais regulares.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *idem*. p. 76.

As soluções alternativas para os conflitos não podem ser simplesmente utilizadas como forma de “freio” ao número de demandas. Pois certamente haverá situações em que o seu uso irrestrito mais dificultará do que auxiliará. Não podemos perder de vista, como salientado pelo ilustre doutrinador, que a jurisdição é a fórmula suprema e mesmo um dever do Estado. Todavia, há “espécies” de conflitos, que a própria jurisdição tem certa dificuldade em solucionar. Ou mesmo, sua prestação pode se tornar muito mais custosa para as partes, e, portanto, menos eficiente quanto ao alcance dos fins pretendidos.

E, como se pretende esclarecer, principalmente por meio do direito comparado, para cada “espécie” de conflito, há uma técnica própria, um meio específico de comprovada eficácia nos países que já têm tradição quanto a sua utilização. Por exemplo, há situações em que será recomendada a mediação, como forma comprovada de maior eficácia ante o caso concreto, como em outros, a arbitragem, ou em outros ainda, constatar-se-á, em um primeiro momento, pela técnica, a provável ausência de solução por quaisquer meios alternativos, devendo de imediato submeter-se à jurisdição. Seria a utilização das ferramentas pela forma mais lógica, razoável, com vistas a obter maior eficiência na solução das demandas, menor custo, duração razoável.

Tal esclarecimento torna-se de enorme relevância principalmente frente ao momento atual de grande perspectivas para o processo civil brasileiro: em que pese acerca da mediação, falamos da possível introdução desta em nosso ordenamento por meio do PLS 166/2010 e do PL 94/2002. Este último, disciplinando de forma mais pormenorizada a aplicação e as escolhas pra utilização do método, em nosso sistema. Mais uma vez, fazendo uso das palavras do renomado professor BARBOSA MOREIRA⁷:

Antes de reformar a lei processual (rectius: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente, e por quê.

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In Temas de Direito Processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.1-13.

Nesse sentido, faz-se mister salientarmos um aspecto: a ausência de tradição, em nosso ordenamento, pela busca de alternativas pacíficas para superação dos conflitos. Temos tradição pelo litígio. Mesmo no imaginário da população, vigora a crença em uma demanda que ao final, será decidida pelo juiz soberano, que trará a tão aguardada “justiça” para o pleito, como “único meio eficaz” para um desfecho da lide. Situação fomentada até mesmo, por nossa “cultura jurídica”. Ante essa ausência de “tradição”, deve-se ter redobrada cautela ao realizar a inclusão do instituto em nosso sistema.

O doutrinador Eduardo Medina⁸ nos aponta ainda um fator que fomenta tal condição: a escassez de literatura específica sobre o assunto no Brasil e o reduzido número de cursos jurídicos que tenham em seus conteúdos programáticos disciplinas que abarquem o tema.

Feitos todos estes introdutórios esclarecimentos, cabe-nos tão somente ressaltar o objetivo precípua do presente trabalho: um estudo minucioso sobre a mediação e suas características, diferenciando-a das demais formas de meios alternativos para solução de conflitos, e estendendo conseguinte análise ao PL 94/2002, que “institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos”.

De fato, o PL 94/2002 já possui uma longa trajetória de debates, nascendo na Câmara e seguindo ao Senado, que o aprovou após a realização de inúmeras alterações. Feito isso, regressou pra Câmara para análise final. E desde 2007, aparentemente, os debates envolvendo o referido Projeto de Lei, se encontravam inativos. Tudo isso levou mesmo à crença generalizada entre os processualistas da desistência de sua adoção. Chegou-se mesmo a cogitar, com o advento do PLS 166/2010 que trata do Anteprojeto do novo CPC, que o legislador teria deixado tão-somente a cargo deste o tratamento dado à introdução do método da mediação em nosso ordenamento. Enorme foi a surpresa, quando em 12 de Julho de 2011 o PL 94/2002 recebe a aprovação da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania da Câmara (CCJC)⁹, retomando-se seus estudos.

⁸ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2004. p. 178.

⁹ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>. Acesso em 23/11/2011.

Com efeito, como será apropriadamente tratado, incumbiram-se o PLS 166/2010 e o PL 94/2010 de distintas tarefas distintas no que tange à abordagem introdutória da mediação em nosso ordenamento. No Anteprojeto do novo CPC divulgado, apesar de haver seção específica tratando das conciliações e mediações, este primou por traçar linhas gerais ao instituto, e principalmente, critérios norteadores da atividade e da seleção de mediadores. Ao que parece, deixou-se mesmo a cargo do PL 94/2002 a disciplina mais pormenorizada do método adotado para a introdução da mediação.

Nessa última empreitada, qual seja, de tecer crítica sobre o PL 94/2002 e as escolhas realizadas pelos seus elaboradores no que tange à importância da disciplina da mediação e sua introdução em nosso ordenamento pátrio, notadamente, tomaremos como principal elemento norteador, as aplicações e entendimentos adotados pelo sistema norte-americano, considerado berço do instituto. E onde a sua utilização tem alcançado maior desenvolvimento e eficiência na atualidade, conforme destacam doutrinadores renomados como BARBOSA MOREIRA¹⁰ e HUMBERTO DALLA¹¹, já devidamente citados.

Importante comentar ainda, a brilhante atuação do CNJ ao emitir a Resolução 125 de 2010: ante a perceptível morosidade legislativa em introduzir e disciplinar os mecanismos de obtenção de solução pacífica, notadamente a mediação e a conciliação, e ante as imposições advindas do princípio do acesso à justiça, como a necessidade de eficiência operacional, emitiu-se tal Resolução. A busca, verdadeiramente, foi por consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. Atuação extremamente louvável.

Partindo pra uma outra análise, mais metodológica, quanto ao substrato de que dispomos para o presente estudo, torna-se imperioso salientarmos um ponto: a grande escassez de doutrina pátria, tratando da temática, perfeitamente justificada ante a ausência de tradição de que dispomos. Tal ocorrência acabou por restringir-nos a alguns específicos

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *In: Temas de Direito Processual, oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias, *in Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

doutrinadores, mas não maculando, de forma alguma, os resultados finais obtidos e a qualidade do estudo.

À luz dessas considerações, o presente trabalho pretende explorar a concepção adequada da mediação como mecanismo de solução de conflitos para o ordenamento pátrio, partindo dos ensinamentos de renomados doutrinadores, e tomando por premissa seus estudos, indicando-nos as opções realizadas por países que já possuem tradição quanto ao seu uso; realizando ao fim, breve análise crítica do PL 94/2002.

Deste modo, o trabalho se comporá de quatro etapas distintas e complementares. No capítulo 2, o intuito maior é de cunho conceitual, apresentando as diversas aplicações do instituto, seus princípios, características e mesmo limites; no capítulo 3, realizada a preliminar e essencial abordagem conceitual da mediação, a busca será por efetuar distinção objetiva desta, frente aos demais métodos de obtenção de solução pacífica (ADR's); no capítulo 4, já partiremos para abordar a questão do PL 94/2002, seu histórico e características, e ainda, a evolução legislativa que se deu, na procura pela introdução no ordenamento pátrio, do método da mediação; no capítulo 5, após realizadas todas as distinções estruturais iniciais e fundamentais, nos disporemos a tecer uma análise crítica ao PL 94/2002, apontando seus pontos polêmicos, e em confronto com os modelos adotados por ordenamentos que já possuem tradição quanto à utilização da mediação, alicerçados em posicionamentos assumidos por alguns ilustres doutrinadores.

2 – MEDIAÇÃO

2.1 – ASPECTOS CONCEITUAIS

De fato a mediação tal como a conhecemos, desenvolveu-se a partir da segunda metade do século XX, nos Estados Unidos, como nos informa BARBOSA MOREIRA¹².

No Brasil, a partir da década de 90, surgem algumas entidades voltadas à prática e sistematização de uma teoria da mediação. Dentre elas, podemos citar o CONIMA¹³ – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – fundado em 1997.

Feitas essas considerações, passemos à tarefa de buscar uma definição mais precisa para a mediação. Saliente-se, entretanto, tratar-se de tarefa complexa obter uma delimitação rígida, universal, sobre o instituto e suas consequentes delimitações. Tendo em vista, principalmente, receber o método, um tratamento diverso em cada ordenamento.

Por exemplo, o art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008¹⁴, emitida pelo Conselho da União Européia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Observa-se, portanto, que são elementos da mediação, de acordo com tal Diretiva: a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes,

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In *Temas de Direito Processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹³ O CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - fundado em 1997 por representantes de várias instituições sediadas em diversos Estados brasileiros. Dessa iniciativa resultou a elaboração de dois documentos fundamentais à Arbitragem e à Mediação no Brasil - os "Regulamentos - Modelo" - harmonizadores da prática daqueles institutos, bem como os respectivos "Códigos de Ética", os quais são de observância obrigatória pelos Árbitros e Mediadores das Instituições associadas ao CONIMA.

¹⁴ DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives. "Article 3. Definitions. For the purposes of this Directive the following definitions shall apply: (a) 'Mediation' means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seized to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question".

a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

O *Uniform Mediation Act*¹⁵ dispõe em seu item 1: Mediação significa um processo no qual um mediador facilita a comunicação e a negociação entre as partes, ajudando-as a alcançar um acordo voluntário sobre a disputa.¹⁶

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg¹⁷ afirma que “mediação é a negociação realizada com o auxílio de um terceiro”.¹⁸

Fazendo uso de algumas das inúmeras citações doutrinárias utilizadas por HUMBERTO DALLA¹⁹, a fim de demonstrar as divergências freqüentes, nitidamente influenciadas pela tradição local, quer pelo molde adotado pelo legislador no momento da introdução do instituto no ordenamento, tomemos por exemplo a definição “amadurecida” de Helena Soletto Muñoz²⁰:

Por outro lado, esta perspectiva da mediação se encontra vinculada A mediação é um procedimento através do qual uma terceira pessoa, imparcial, ajuda as partes em conflito a chegar a um acordo.

A essência da mediação, que reflete esta definição, é a autonomia da vontade das partes: são as partes que chegam a um acordo livremente, e auxiliadas por um terceiro, que, conseqüentemente, tem que ser imparcial.

ao conflito, que é objeto ou pode ser objeto de um processo.²¹

O Projeto de Lei n. 94, em sua versão final, apresentada em julho de 2006, contém o seguinte conceito em seu artigo 2º:

¹⁵ Aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>, consultado em 25 de outubro de 2008.

¹⁶ No original: *Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute.*¹⁶

¹⁷ GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

¹⁸ No original: *mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party.*

¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

²⁰ MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

²¹ No original: *La mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, conseqüentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso.*

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Deste modo, podemos identificar de imediato, a presença de 3 elementos básicos, no molde de mediação acolhido pelo PL 94/2002, e expressos em seu art. 2º, quais sejam: a atuação de um “terceiro imparcial”; eleição voluntária deste, pelas partes; e ainda, limites à atuação deste “terceiro imparcial”, que orienta e auxilia-as na obtenção da solução, mas “sem apresentar soluções”.

Feitas essas considerações, podemos conceituar a mediação, de forma mais objetiva, como o método consensual de solução de conflitos, que visa a “facilitação” do diálogo entre as partes, numa busca por que melhor administrem seus problemas e consigam, *por si só*, alcançar uma solução.

Sendo assim, a mediação é a ferramenta mais indicada para aqueles conflitos oriundos de relações continuadas ou cuja continuação seja importante, como as relações familiares, empresariais, de vizinhança, trabalhistas. O intuito primordial de sua utilização é permitir o restabelecimento ou aprimoramento das citadas relações, atuando como elemento fomentador da pacificação social.

É o método mais indicado em tais casos, porque transfere para a esfera de responsabilidade das próprias partes a obtenção de uma solução, por meio de uma compreensão do conflito, educando-as a administrar eventuais lides, e por consequência, evitando o surgimento de novos desentendimentos futuros.

Importante ainda, destacar, que os conflitos submetidos à via da mediação só podem envolver direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis²².

De modo fático²³, três requisitos são imprescindíveis para que tenhamos um processo de mediação, quais sejam: a existência de partes em

²² Direitos relativamente indisponíveis são aqueles direitos indisponíveis que podem ter seu valor convencionado, como a pensão alimentícia, por exemplo.

conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro e capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Quanto às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem inclusive, tratarem-se de entes despersonalizados, desde que passível a identificação de seu gestor ou representante. Mesmo menores, podem fazer uso do método na proteção de seus interesses, desde que devidamente assistidos ou representados por seus pais, tutores, conforme a situação.

Quanto ao segundo elemento fático identificado, há uma delimitação clara da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. Apesar das peculiaridades do instrumento da mediação, é mister esclarecer que:

Não se trata de um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico. Portanto deve se estabelecer um limite claro, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável, e portanto, infrutífero²⁴.

Torna-se imperioso ressaltar ainda, que o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que detenha reputação ilibada, credibilidade no meio social. Além disso, deve ainda manifestar aptidão para interagir com as partes, mostrando-se confiável no transcorrer do procedimento, auxiliando concretamente na solução do conflito.

2.2. PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS

Apesar de todas as peculiaridades contidas no instituto da mediação frente aos mais diversos sistemas, como já devidamente salientado, existem algumas características e princípios básicos norteadores da aplicação do método.

De início, torna-se importante conferirmos o que dispõe o PL 94/2002, em sua versão final aprovada pelo Senado, novamente em seu artigo 2º, e ainda arts. 6º e 14:

²³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Art. 6º. A mediação será sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário pelas partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto nos arts. 13 e 14.

Art. 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.

Doutrina majoritária defende tratar-se a mediação, necessariamente, de método voluntário em que as pessoas devem ter a liberdade de escolha deste método como forma de lidar com seu conflito, e, ainda quanto à eleição do mediador. Tem liberdade também quanto às decisões a serem tomadas no curso do procedimento.

Mesmo nos países em que as partes são “obrigatoriamente” encaminhadas para mediação, os envolvidos devem ter a liberdade de optar pela continuidade ou não do processo, sob pena mesmo de estar-se incorrendo em vedação desarrazoada ao acesso à justiça.

Quanto ao princípio da “confidencialidade”, ou da “privacidade”, afirma-se que os envolvidos em um conflito e o mediador devem fazer um acordo de sigilo, oportunizando um clima de confiança e respeito, necessário a um diálogo franco, honesto, para a obtenção da solução. Se eventualmente as sessões contarem com a presença de advogados das partes, estes também devem submeter-se ao referido pacto de confidencialidade.

A imparcialidade do terceiro também é elemento imprescindível de ser novamente mencionado. É característica basilar de todo o procedimento. Assim sendo, o mediador deve ter cautela para manter-se todo momento, em posição equidistante das partes.

Uma característica notável é a de que a mediação deve ser sempre regida pelo princípio da informalidade e da oralidade²⁵, mesmo em se tratando de mediação realizada no curso de demanda – processual. Afinal, trata-se de procedimento em que as intervenções são feitas por meio do diálogo, propiciando maior celeridade.

De forma diversa também, do que ocorre num processo judicial tradicional, para a mediação não basta a mera elaboração de um acordo. Se as partes envolvidas não conseguirem restabelecer o relacionamento, o processo de mediação não terá sido completo. Segundo nos informa JOSE LUIZ BOLZAN DE MORAIS²⁶, um dos precursores na discussão acerca da disciplina do instituto em nosso ordenamento, “a mediação não será exitosa se as partes acordarem um simples termo de indenizações, sem conseguir reatar a relação existente entre elas.”

Outra característica notável da mediação é a autonomia das decisões obtidas. O procedimento se desenvolve por meio de auto-composição, com o acordo sendo obtido pelas próprias pessoas em conflito, auxiliadas pelo mediador. Independente da modalidade de mediação – que trataremos com maiores detalhes em capítulo posterior – é vedado ao mediador decidir pelas pessoas envolvidas no conflito: a estas é que cabe a responsabilidade por suas escolhas, e o poder de decisão.

Nesse sentido, salienta LÍLIA MAIA DE MORAIS SALES²⁷:

Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.

²⁵ DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives.

²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 149.

²⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Princípio que deve nortear também a mediação, é o da “não-competitividade” ou da colaboração. Procura-se, deste modo, uma busca pelo fomento de práticas cooperativas, conscientizando as partes das vantagens de obterem, por si mesmas, uma solução. E ainda, amenizando eventuais posicionamentos “negativistas”, arraigados mesmo em muitos casos, em nossa tradição pela lide.

2.3. MEDIAÇÃO: MODALIDADES

Ao se tecer análise sobre determinada obra de arte, torna-se imperioso primeiramente localizá-la num contexto histórico. A partir daí podemos entender quais eram os elementos materiais de que dispunha o seu criador, e mesmo qual era a busca precípua, o intuito maior da escola que estaria em voga naquele momento. Por exemplo, num contexto clássico, nos primórdios, em que a busca era por retratar “o belo”, numa jornada rumo à intangível perfeição, não podemos imaginar a utilização, por exemplo, de cores ousadas. Ou mesmo, de uma pitada de crítica modernista, de cubismo, expressionismo. O universo do pintor era outro. E outras eram também as cores contidas em sua paleta.

No entanto, a genialidade sempre existiu. Nesse contexto era demonstrada pelo modo como eram combinadas as cores de forma a se obter descrição mais perfeita possível, da realidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, de extrema importância é conhecermos o contexto e as modalidades de mediação existentes na atualidade, para que possamos tecer abordagem crítica frente às escolhas realizadas pelos elaboradores por ocasião da construção do PL 94/2002. As escolhas foram bem sucedidas ou errôneas? Com vistas a possibilitar da melhor forma, a satisfação ao anseio emergencial pela diminuição de demandas, pela celeridade e, em última instância, pela obtenção de pacificação social, foram as escolhas mais eficientes possíveis?

2.2.1. QUANTO À METODOLOGIA E ÀS PREMISSAS

Há duas formas básicas de classificação das modalidades de mediação, quanto às premissas a serem adotadas.

A primeira é denominada “*rights-based*”. Por este método, os envolvidos partem de uma análise das perspectivas caso a questão fosse submetida à apreciação jurisdicional, delimitando objetivamente a solução prática a ser alcançada. Essa análise e as conclusões são os pontos de partida para a negociação.

Com “*interested-based*” adota-se metodologia diversa. Parte-se, para obtenção da solução, de uma análise da necessidade das próprias partes, deixando-se a análise “fria” do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executoriedade ao termo de acordo.

O PL 94/2002, não foi taxativo ao eleger uma das modalidades como obrigatória para análise e proposição de solução do conflito, deduzindo, portanto, tratar-se de área inserida na esfera de administração, de independência dos mediadores e das partes. Ao realizar apreciação das variadas situações concretas, faculta-se a opção pela modalidade metodológica que melhor fornecer a solução para o conflito.

2.2.2. QUANTO AO MOMENTO E QUANTO À QUALIDADE DO MEDIADOR

Dispõem os arts. 3º, 29, 30 e 34 do PL 94/2002, em sua versão final, acerca das modalidades de mediação a serem introduzidas em nosso ordenamento, quanto ao momento de sua realização.

Apesar da grande preocupação de não mergulhar em “exaustivas citações” de artigos do Projeto de Lei na íntegra, outro caminho não nos resta ao tratar das modalidades classificatórias estudadas neste capítulo, tendo em vista certo grau de complexidade existente na forma como estão disciplinadas. Para obtenção de uma perfeita interpretação dos dispositivos, faz-se mister, de antemão, proceder à leitura da redação dos dispositivos em sua forma original:

Art. 3º. A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

Art. 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.

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.

Pelo disposto expressamente no texto, podemos concluir que os elaboradores do Projeto de Lei se preocuparam em viabilizar da forma mais ampla possível, a realização da mediação.

Via de regra, na grande maioria dos sistemas, “a mediação é um procedimento extrajudicial”²⁸. Até mesmo porque quando a população adquire o entendimento das vantagens desta opção, torna-se o caminho natural antes da procura pela via judicial e esta, ao que tudo indica, é a expectativa dos juristas.

²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

Contudo, nada obsta que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, incidentalmente, resolvam retroceder em suas posições e tentar a via da autocomposição.

Assim sendo, da forma como está disciplinado no PL 94/2002, haverá quatro modalidades de mediação. Quanto ao momento de realização, se antes ou se no curso do processo: prévia ou incidental; e quanto à qualidade do mediador, sendo este “oficial” ou “independente”: mediação judicial ou extrajudicial.

Ao que se percebe, não há grandes dificuldades em classificar um procedimento como prévio ou incidental. O procedimento “prévio” é o realizado anteriormente ao ingresso em juízo. Por outro lado, conforme disposto no PL 94/2002, por “incidental”, teremos qualquer hipótese de mediação instaurada após o ingresso pela via Judicial, com o início do processo. Mesmo em se tratando-se de hipótese de “mediação inicial obrigatória”.

Quanto à qualidade do mediador, alguns esclarecimentos necessitam serem feitos. Nos termos do que dispõe o PL 94/2002, haverá duas classes de mediadores: os judiciais e os extrajudiciais.

Qualquer que seja a classe, os requisitos essenciais para ingresso serão conduta ilibada e formação técnica ou experiência comprovada de atuação na área, além de tratar-se o mediador, obviamente, de pessoa capaz.

Entretanto, para os mediadores “judiciais”, será exigido o requisito de serem advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, “selecionados e inscritos no Registro de Mediadores”, enquanto que para os mediadores “extrajudiciais”, os critérios serão outros, devendo estes tão-somente submeterem-se a procedimento de seleção e inscrição no registro de Mediadores, mantido pelo respectivo Tribunal.

Afirma-se ainda nos artigos 29, 30 e 36, que caberá à parte, ao procurar o Judiciário, realizar opção pelo tipo de mediador que dirigirá o procedimento, tanto em sede de mediação prévia quanto em se tratando de incidental.

Em se tratando de mediação realizada por mediador judicial, haverá, entretanto, um formulário diferenciado, conforme dispõe artigo 30. Entretanto, qualquer que seja a hipótese de mediação, o mero requerimento já ensejará

interrupção da prescrição, conforme afirmam artigos 29, parágrafo único e 35 do PL 94/2002.

Qualquer que seja a hipótese adotada, o controle, a fiscalização e a manutenção do Registro de Mediadores serão realizados pelos respectivos Tribunais. Em se tratando de mediadores “Judiciais”, conjuntamente, o PL confere tarefa de fiscalização à respectiva Seccional da OAB. O que é importante ressaltar é que ante a atuação indevida do mediador, após a realização de procedimento de apuração e respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, este poderá ser excluído do Registro de mediadores.

Outro ponto de importante menção, é o que diz respeito à figura dos mediadores “extrajudiciais”: por tratar-se, via de regra, de atividade de cunho privado, apesar do controle e da fiscalização realizados pelos Tribunais, estes poderão ainda se organizar sob a forma de instituições especializadas em mediação, ou ainda, atuarem de forma independente mesmo, como dispõe artigo 32.

Vale ainda ressaltarmos, que em nosso sistema pátrio, mesmo em etapa anterior à introdução de lei disciplinando a mediação, esta prática já vem sendo realizada. Primeiro por tratar-se de modalidade, como já afirmado, de autocomposição. Em se tratando de direitos de cunho patrimonial, disponíveis via de regra, são abarcados pela autonomia da vontade das partes envolvidas.

Judicialmente, o substrato legal para fundamentação de sua aplicação, tem seguido este molde: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um “intermediador” ou designando auxiliar para tal finalidade (arts. 331, 447 CPC); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para efetivação das tratativas de autocomposição, fora do juízo (art. 265, II, c/c §3º. também do CPC)²⁹.

Em se tratando de mediação incidental ou judicial, há margem para extensa discussão doutrinária, no que tange a dotação de obrigatoriedade de submissão para todas as demandas de conhecimento, de natureza cível, salvo exceções expressas no art. 34, supracitado, devendo ser encaminhada para o procedimento logo após a distribuição do feito, tendo prazo máximo de 90 (noventa) dias para sua conclusão. Acerca do assunto, trataremos oportunamente em maiores detalhes.

²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Idem*, pp 32/34.

2.2.3. QUANTO AOS LIMITES À INTERVENÇÃO DO MEDIADOR

De acordo com os limites à interferência do mediador, à sua atuação, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva é vedado ao agente a apresentação “do seu ponto de vista”. A tarefa deste limita-se a facilitar a comunicação das partes, obstando-se de sugerir eventuais propostas concretas, e menos ainda, de impor-lhes decisão.

Já na mediação ativa, o ente agirá como uma espécie de conciliador. Assume sim, posição avaliadora, sendo-lhe facultado interferir em maior proporção, sugerindo saídas, soluções às partes. Importante salientar que mesmo ante a esta ampliação da margem de intervenção do mediador, a este, logicamente, não é cabível impor decisão aos envolvidos. Por mais que esteja no seu âmbito de atuação a possibilidade de apresentar possíveis soluções concretas, sugestões, às partes envolvidas cabe a decisão final, de modo livre e consciente. Este é o sistema adotado pelo modelo norteamericano.

Conforme nos lembra HUMBERTO DALLA³⁰:

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

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

A mediação é um trabalho artesanal.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito.

Como se pode conferir no artigo 2º, o PL sinaliza expressamente a adoção pela opção de mediação passiva ao afirmar que o terceiro imparcial atua orientando, escutando e estimulando as partes, mas sem apresentar soluções. A respectiva escolha comporta também opiniões doutrinárias contrárias, que adiante trataremos com maiores minúcias.

³⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Idem*, pp 35.

3. DISTINÇÃO ENTRE AS ADR'S

Dando seguimento a tarefa de delimitar a mediação, torna-se de enorme importância a diferenciação desta ante aos demais ADR's (*Alternative Dispute Resolution*).

Torna-se imperioso ainda, mais uma vez, destacarmos que tal distinção comporta peculiaridades frente aos diversos ordenamentos, tendo em vista a conceituação peculiar adotada por cada um, para definir e delimitar a mediação.

Na busca por demonstrar a relevância da questão, e principalmente suas implicações frente à distinção com os outros ADR's, visualizemos o direito Italiano, a título exemplificativo.

A grande maioria dos autores lá, estão traduzindo a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione*³¹ para a gestão especificamente dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal³².

Em nossa situação específica, tomaremos as noções conceituais de mediação contidas no PL 94/2002, e, subsidiariamente no sistema norte-americano, também por entender assemelhar-se muito a proposta realizada aqui, com os modelos aplicados lá, quais sejam, de mediação paraprocessual e mediação prévia.

3.1. ARBITRAGEM

A arbitragem é regulada pela Lei 9.307/96, sendo o método no qual as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial,

³¹ Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 2821, que traz os seguintes conceitos:

"Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intendeper:

a) mediazione: l'attivit , comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o pi  soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;"

³² Conferir, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação*

  luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

submetem a solução de seu litígio a um terceiro – árbitro -, que decidirá de acordo com a lei ou com a equidade, conforme acordarem expressamente. Note-se a presença da figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito.

Quanto á opção pela arbitragem, esta pode se dar em dois momentos: pode ser convencionada ante do surgimento do litígio, por meio da chamada “cláusula compromissória”; ou posteriormente, por meio de “compromisso arbitral”, sendo certo ainda, como já mencionado, que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes.

Importante ressaltar que o laudo arbitral tem força de título executivo judicial e sujeita-se à apreciação pelo Judiciário apenas nos casos de nulidade previstos na lei. É mais adequada para aqueles conflitos que necessitam de conhecimentos extremamente técnicos para sua solução.

É a segunda modalidade de adjudicação, colocando-se ao lado da jurisdição, monopólio do Estado. Na jurisdição não há limites subjetivos (quanto aos sujeitos que a ela podem se submeter) ou objetivos (quanto às qualidades de demandas, tendo em vista a necessidade de disponibilidade dos direitos envolvidos) para apreciação do conflito. O laudo ou decisão arbitral também, de modo diverso da adjudicação judicial, apesar de deter o elemento da “substitutividade”, sobrepondo-se a decisão do terceiro à vontade das partes, não possui autoexecutoriedade e coercibilidade³³: há necessidade de posterior ingresso em juízo, em caso de não cumprimento voluntário pelas partes ao que foi decidido na via arbitral – por exemplo, em sede de necessidade de ação executiva posterior, por não adimplemento voluntário da prestação a que foi condenado o ente.

Já na conciliação ou na mediação, de modo geral, o que se busca é um acordo. Não há a presença de substitutividade da vontade das partes pela vontade de um terceiro. O terceiro se faz presente, mas tão-somente na condição de auxiliador, facilitador, na obtenção de um eventual acordo. De

³³ Explica-se: se o árbitro profere uma sentença arbitral que é descumprida por uma das partes, não pode ele aplicar providências coercitivas para garantir o adimplemento. Deve oficiar (ou requerer, segundo alguns) tal providência a um Juiz de Direito, na medida em que o legislador resolveu transferir ao árbitro todos os poderes do Juiz, exceto aqueles que decorrem da coertio.

modo diverso ao que ocorre na adjudicação, tanto na conciliação quanto na mediação, respeitadas as singularidades e os limites peculiares a cada um dos métodos, ao concluir pela impossibilidade de obtenção de acordo voluntário, ante a realização de frustradas tentativas, cabe ao terceiro a tarefa de atestar a impossibilidade de obtenção do referido acordo, esquivando-se de decidir pelas partes.

3.2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Dito isso, partamos pra tarefa mais complexa e também a que vem na prática, fazendo os juristas, advogados e demais aplicadores do direito, incorrerem nos maiores equívocos, qual seja: estabelecer distinção entre conciliação e mediação.

Chamamos, singelamente, a atenção para a necessidade de os juristas manterem redobrada cautela ante o nascimento de um instituto, antes estranho ao ordenamento local. Deve-se esquivar de emitir quaisquer pareceres antes da obtenção de um conhecimento mais aprofundado da matéria, evitando-se assim, a fecundação de noções equivocadas dos modelos adotados. E como no caso, ante a nossa ausência de tradição pela utilização do método da mediação, trata-se de desconhecimento perfeitamente escusável. É um instituto extremamente novo para nós. E como já afirmado, mesmo frente aos diversos ordenamentos que já lhe fazem uso, comporta plurais e divergentes aplicações, peculiares a cada sistema. Já estamos habituados, de certo modo, com as conciliações, o que causa maior embaraço no momento da distinção os institutos.

E realmente a distinção entre estes métodos é digna de acutelada menção. O grande entrave, que dificulta inicialmente a tarefa, como já afirmado, é a coexistência, nos diversos sistemas e ordenamentos jurídicos de distintas conceituações de mediação.

Quanto à conciliação, até por ter se popularizado de certo modo sua prática em nossa sociedade nos últimos anos, a noção já é bem mais natural.

Assim sendo, na conciliação o que se busca também é um acordo, é o fim da controvérsia em si mesma, por meio de concessões mútuas na grande maioria das vezes; não há preocupação com a manutenção da relação

existente entre as partes, sendo seu objeto principal, a obtenção de solução para o caso estritamente descrito. Deste modo, numa ótica tecnicista de utilização das ADR's o papel a que se destina a conciliação é o de obtenção de acordo para relações “descartáveis”, ou seja, aquelas hipóteses em que não se vislumbra necessidade de manutenção de convívio posterior e duradouro entre as partes. Seu objeto são os conflitos oriundos de situações singulares, como por exemplo, um acidente automobilístico: neste, as questões de cunho indenizatório eventualmente discutidas, após a obtenção de acordo se encerram. Não se preocupa a conciliação com a busca pela manutenção da qualidade da relação posterior entre os envolvidos, até mesmo porque, possivelmente, estes não mais se encontrarão.

E para a perfeita execução de sua tarefa, possui o conciliador ampla margem de liberdade para atuação, podendo sugerir às partes o que fazer, opinar sobre o caso, apresentar possíveis propostas. O único limite encontrado é frente ao desinteresse em conciliar, quando manifesto pelas partes, ou ainda quando observado após a realização de infrutífera tentativa. Vale lembrar que não cabe também ao conciliador a tarefa de decidir pelas partes, nem mesmo de intimidá-las. Sua atuação se limita, à busca pela obtenção de um acordo consensual entre as partes, mesmo que dispondo de ampla margem de intervenção.

Quanto às distinções frente à mediação, no nosso caso em específico, partindo do modelo adotado pelo PL 94/2002, a tarefa torna-se um pouco mais simples.

No art. 2º. do projeto, que se dispõe a conceituar a mediação, o texto afirma tratar-se a mediação de “atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.” Assim sendo, como se observa e já tendo sido devidamente tratado, optou-se pela mediação na modalidade passiva, impondo limites claros à atuação do mediador, que deve assumir postura de “facilitador”, orientador das partes, eximindo-se, entretanto, de apresentar soluções concretas. Sua atuação é bem mais contida do que em caso de mediação ativa, em que o mediador pode intervir de forma mais ampla,

frente à obtenção do acordo. Esta opção inclusive comportará cuidadosa crítica, que realizaremos posteriormente.

De antemão, saliente-se que esta distinção quanto ao limite de autorização para intervir, não deve ser tomada como elemento intrínseco, necessariamente diferenciador entre os métodos da mediação e da conciliação. Até porque coexistem, em alguns ordenamentos, a conciliação e a mediação na modalidade ativa – com margem de intervenção muito mais ampla e similar a da conciliação, como já tratado – por exemplo, no sistema norte-americano.

De fato, há uma distinção bem mais clara dos métodos, quanto ao cunho institucional, frente ao modelo previsto hoje no PL 94/2002: enquanto a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, realizada por juiz togado, leigo ou por alguém designado para a função específica de conciliador, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não estando incluída formalmente na estrutura do Poder Judiciário. Mesmo a mediação paraprocessual, mantém a característica privada, realizando o Tribunal tão somente a tarefa de registro, incentivo, seleção se preenchidos os requisitos, e fiscalização. A remuneração pela atuação dos mediadores advirá das próprias partes envolvidas, salvo algumas pontuais exceções, como a eventual concessão de assistência judiciária, como expressamente dispõe o art. 42 do PL 94/2002:

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.

Entretanto, a distinção mesmo que deve ser atentada para se delimitar o âmbito dos dois métodos, é a que trata do seu objeto. Deste modo, a mediação é voltada para o tratamento das chamadas “relações continuadas”, e, em contrapartida a conciliação se satisfaz com a mera obtenção de acordo pra o litígio, oriundo de uma relação descartável.

A mediação é “um trabalho artesanal”³⁴. Cada caso é único. Demanda redobrada atenção e cuidado, devendo o mediador se inserir no contexto emocional-psicológico das partes, investigando seus interesses reais, nem sempre externados. O intuito, além da obtenção do simples acordo que põe termo ao conflito momentâneo, perpassa também pelo restabelecimento dos canais de comunicação, de interação entre os demandantes, visto que mantém relação continuada.

Tal proposta pode, em um primeiro instante soar como utópica. Ou mesmo, como tarefa fora dos limites de atuação do direito, assimilando-se a tratamento terapêutico. Entretanto, não é esse o caso. Para visualizar tais hipóteses, facilitará a compreensão nos atermos a uma situação concreta, a título exemplificativo.

Por exemplo, em uma relação entre vizinhos. Surge um conflito envolvendo a construção de um muro, e um destes ingressa em juízo objetivando ser ressarcido dos eventuais gastos com a obra. Enquanto a conciliação simplesmente se disporia a apontar uma saída para o caso específico tratado, inevitavelmente, mesmo ante o sucesso desta, a relação e a comunicação entre os envolvidos restaria prejudicada. E muito provavelmente também, em se tratando de vizinhança outras divergências poderão surgir. Como a comunicação entre eles restou abalada, possivelmente para qualquer posterior desavença a via judicial será acionada, entupindo o Judiciário com possíveis ações, que poderiam muito bem serem solucionadas pelas próprias partes, rotineiramente.

Desta forma, apesar de não se tratar a mediação de medida terapêutica, psiquiátrica ou psicológica, ela deve se pautar por uma cautela e cuidado, redobrados. Ao inverso das conciliações, que, regra geral, hoje são feitas em uma única sessão, a mediação precisa de maior comprometimento, de um procedimento mais demorado, próprio. De acordo com a necessidade do caso, devem ser realizadas várias audiências, sendo exigido do mediador que este assuma posição de estimulador do diálogo. Seu papel, além da mera busca pela obtenção de acordo no caso concreto, é de incentivar e salientar que a obtenção do acordo só foi possível pelo diálogo, e pela comunicação das partes, fortalecendo os canais de comunicação entre elas e ressaltando sua

³⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Idem*, pp 29.

importância: logo, estas podem *por si só*, resolverem futuros conflitos, sendo esta a forma mais rápida, célere e econômica.

Alguns doutrinadores defendem tratar-se a mediação de medida não tão “célere”, visto que busca restaurar o relacionamento havido entre as partes, e, com isso, evitar novos conflitos. Busca-se evitar a “eternização” da animosidade e dos conflitos entre as partes, sendo, portanto, para aquele conflito específico abarcado pela questão, modalidade não tão “célere” de solução. Entretanto, buscando delimitar mesmo tal “demora”, e ante a otimização da aplicação do método, é que nos parágrafos únicos dos artigos 29 e 34 do PL 94/2002, estabeleceu-se o prazo máximo de 90 dias para conclusão do procedimento de mediação. Extrapolado este limite, dar-se-á continuidade ao processo, conforme previsão expressa.

4. PL 94/2002 E A MEDIAÇÃO

4.1. BREVE HISTÓRICO

Importante ressaltar um detalhe frente ao caminho de elaboração do PL 94/2002: já tramitaram dois Projetos de Lei no Congresso Nacional, para regulamentar a Mediação³⁵.

O primeiro de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, foi o Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, “que institucionaliza e disciplina a Mediação como Método de Prevenção e Solução Consensual de Conflitos”. Com apenas sete artigos, de forma concisa e clara, o Projeto de Lei 4.827/98, asseverava o que é a Mediação (art. 1º), quem pode ser mediador (art. 2º), Mediação judicial ou extrajudicial (art. 3º), Mediação endoprocessual (art. 4º), acordo como título executivo judicial (art. 5º), Audiência de Tentativa de Conciliação (art. 6º) e a publicação da lei (art. 7º).

O segundo projeto foi apresentado em 2001 pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidido pelos juristas Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover e aclamado como adequado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Buscou instituir e disciplinar a “Mediação paraprocessual como mecanismo complementar de solução de conflitos no Processo Civil”. Previa o projeto de lei em questão que os mediadores seriam obrigatoriamente advogados, com pelo menos dois anos de experiência, formados e selecionados pela Ordem dos Advogados do Brasil, recebendo honorários fixados segundo o valor atribuído à causa e pagos pelo autor.

Contudo, posteriormente, elaborou-se o PL 94/2002³⁶, como um Projeto Substitutivo, de autoria do Senador Pedro Simon, fruto da fusão das duas propostas já existentes: o Projeto de Lei 4.827/98, de autoria da deputada

³⁵ BRAGA NETO, Adolfo. *Jornal O Integrador. Jornal Brasileiro de Negociação e Resolução de Conflitos*. Disponível em: http://www.imap.pt/UserFiles/Entrevista_Braga_Neto.pdf. Acesso em 10.10.2011.

³⁶ SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela; CAETANO, José Fernando. Aspectos relevantes da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 321, jan.-abr. 2004.

Zulaiê Cobra e o Projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidido pelos juristas Kazuo Watanabe e Ada Pelegrini Grinover³⁷.

No dia 21 de junho de 2006, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado aprovou o PL 94/2002 e, posteriormente, o Plenário do Senado Federal confirmou a aprovação do texto.

Seguiu-se a isto, o encaminhamento em 1º de agosto, à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, que o recebeu dia 07 de Agosto. Após essa data, enorme silêncio se deu em torno do Projeto, chegando mesmo a se cogitar na hipótese de sua paralisação³⁸ e uma eventual constatação de “desnecessidade” ocasionada pelo surgimento do PLS 166/2010, o Anteprojeto do novo CPC, o qual, em seu bojo, também vem disciplinando o instituto. Enfim, várias foram as suposições.

Entretanto, em 12 de julho último³⁹, a CCJ da Câmara, efetua a aprovação do PL 94/2002, retornando para ele o foco dos debates acerca da disciplina da mediação.

O PL 94/2002, como já afirmado, pretende criar a mediação paraprocessual, que nada mais é que uma mediação obrigatória para quem pretende demandar em juízo. Tem enorme abrangência, já que deverá ser realizada anteriormente ou no curso de todo processo de conhecimento de natureza civil.

Com efeito, o PLS 166/2010 realmente também se incumbe da tarefa de introduzir no ordenamento processual pátrio, o método, destinando-lhe em conjunto com a Conciliação, Seção específica, como se observa:

Seção V Dos conciliadores e dos mediadores judiciais

Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

³⁷ BRAGA NETO, Adolfo. Jornal O Integrador. Jornal Brasileiro de Negociação e Resolução de Conflitos. Disponível em: http://www.imap.pt/UserFiles/Entrevista_Braga_Neto.pdf. Acesso em 10.11.2011.

³⁸ PINHO, H. D. B. . A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil. In: FARIA, Juliana Cordeiro de.. (Org.). Processo Civil: novas tendências em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. 1, p. 295-313.

³⁹ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>
Acesso em 23/11/2011.

§ 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

Entretanto, apesar de existirem alguns pontos de contato e também de contradições, o que se pode perceber com nitidez é que prevalece uma relação de complementariedade entre os diplomas legais, no que tange à disciplina e introdução do método da mediação.

Se o Anteprojeto do novo CPC cuidou de traçar diretrizes de forma mais geral ao instituto da mediação, seus princípios, com destaque para o regramento da atuação, seleção e fiscalização dos mediadores; ao PL 94/2002, coube a tarefa de disciplinar, em detalhes, como se dará a aplicação concreta do método, os limites impostos, as técnicas utilizadas, norteando todo o procedimento.

Mas é esperado que ainda ocorram alguns “condicionamentos”, de forma a permitir a coexistência otimizada dos diplomas no ordenamento, sem maiores conflitos.

Entretanto, o que merece destaque, de fato, é mesmo a perceptível relação de complementariedade entre os Projetos, no que tange à disciplina da mediação, que ao que tudo indica, deverá ser mantida.

5. PL 94/2002: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Ante a ausência de tradição quanto à utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos (*ADR's*) e, mais especificamente no que tange a disciplina da mediação (*Uniform Mediation Act*), pode-se inferir, mesmo como uma decorrência natural, que surjam algumas dúvidas, alguns questionamentos, por ocasião da provável introdução do método em nosso ordenamento nos moldes previstos no PL 94/2002.

Questões como, por exemplo, se as opções adotadas para recepcionar o instituto da mediação no ordenamento pátrio, ferem de algum modo o princípio do acesso à justiça? E ainda, o modelo previsto é o que permite, frente a toda gama de possibilidades, o maior aproveitamento, maior eficiência na aplicação do método?

De antemão, afirmamos já existir, inclusive, enorme debate jurídico, doutrinário acerca de alguns pontos discutíveis do PL 94/2002.

A resposta a estas e a outras perguntas é que nos disporemos a perquirir a partir de agora, sendo este, de fato, o cerne de nosso estudo.

5.1. A OPÇÃO PELA MEDIAÇÃO “PASSIVA”

Como já citado, as *ADR's* encontram-se amplamente desenvolvidas no modelo norteamericano. Com a edição do “*Alternative Dispute Resolution Act*”⁴⁰, em vigor desde 1988, enxertou-se por lá, paulatinamente, uma cultura

⁴⁰ Seguem os principais excertos do “Act”: “(...) (2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...) (b) AUTHORITY Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the

de pacificação⁴¹, com o aumento e a compreensão da importância dos meios alternativos, em detrimento da cultura em torno da decisão judicial, para solução da lide.

Entendendo que o modelo adotado pelo PL 94/2002 muito se assemelha ao modelo norteamericano, eminentemente paraprocessual e parajudicial, há que se interrogar o porquê da não adoção também, da mediação na modalidade “ativa”, modalidade prevalecente no sistema americano⁴² e que permite uma intervenção maior por parte do mediador, propiciando a obtenção de resultados de forma muito mais célere.

É de se estranhar tal opção, até porque nossa tradição não é por essa modalidade de atuação. Desde 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais, nossa população se habituou com a figura do “conciliador”, ou seja, um terceiro atuando para obtenção de solução consensual, com a mesma margem de liberdade da mediação “ativa”. Por isso mesmo, pode-se afirmar que não se estaria incorrendo em qualquer possível lesão a valor protegido pelo presente ordenamento, haja vista as conciliações, já pautarem-se sob esta égide.

Pode-se concluir, portanto, que houve um lapso por parte do PL 94/2002, em optar pela mediação passiva, procedimento mais demorado que depende extremamente da habilidade do mediador para que se obtenha êxito.

HUMBERTO DALLA⁴³ chega a afirmar mesmo, que caso não se forneça treinamento adequado ao mediador, “a opção do legislador não passará de norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática”.

litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (...). Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 07 de novembro de 2011.

⁴¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Idem*, pp 13.

⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Idem*, pp 25.

5.2. A OAB E OS CARGOS DOS MEDIADORES JUDICIAIS

Como já devidamente salientado, não se trata a mediação de modalidade de tratamento terapêutico, psiquiátrico, a que se submetem as partes, sob a pena mesmo de perder-se o foco, tornando infundável e infrutífera a medida. Deve o mediador se ater aos limites objetivos de sua tarefa, apesar de perseguir não só a solução do conflito singular, mas também, um eventual restabelecimento da comunicação e da relação havida entre as partes.

Porém trata-se de tarefa que exige redobrada cautela, envolvendo conflitos que a fundo, tem uma enorme carga de natureza interpessoal.

Assim sendo, ante a peculiaridade do método e dos conflitos tratados pela mediação, não se limitando a tarefa exclusivamente jurídica, seria louvável que o profissional da mediação detivesse conhecimentos em psicologia, e, sobretudo, prática em lidar com relações humanas e sociais.

Movidos por isso, duas correntes se posicionaram, envolvendo doutrinadores das duas esferas de conhecimento. Infelizmente o cerne dos debates não foi movido pela simples preocupação com a introdução e o desenvolvimento adequado do método da mediação em nosso ordenamento. Preponderaram-se mesmo, os interesses corporativistas envolvidos.

De um lado os setores da psicologia defendiam que a eles deveriam destinar-se os cargos de mediadores judiciais.

Entretanto, ocorreu um “lobby” fortíssimo da OAB⁴⁴ e dos demais setores da advocacia, alcançando êxito.

Assim, então, dispõe o art. 11 do PL 94/2002:

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.

De fato, mesmo ante os objetivos a que se dispõe a mediação, não nos parece que deveria necessariamente tratar-se de advogado para execução da tarefa de mediador judicial. O que deveria primar-se, com efeito, deveria ser

⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

a necessidade de formação do mediador – advogado ou não – para que este esteja preparado para solucionar conflitos presentes em relações que tendem a perdurar no tempo. Um exemplo digno de ser mencionado, é o do modelo americano, em que os mediadores se submetem a um curso mesmo, recebendo ao final um diploma. E no curso, além das noções básicas técnicas, que estes necessitam para o bom desempenho de suas tarefas, são disponibilizados ainda, conhecimento acerca de técnicas de administração das eventuais situações concretas que poderão se deparar. Resumindo: recebem uma correta formação. Este deveria ser o modelo seguido por nós.

Entretanto, cedendo às pressões corporativistas da OAB e demais entidades, o texto do PL reservou, em seu artigo 11, os cargos de mediadores judiciais somente para os advogados com pelo menos três anos de efetiva atividade jurídica. Escolha essa questionável quanto à sua provável eficiência futura.

5.3. OBRIGATORIEDADE X VOLUNTARIEDADE

De fato, a questão que tem ocasionado a maior polêmica doutrinária: a obrigatoriedade de submissão a procedimento de mediação para todo processo de conhecimento de natureza civil.

Assim sendo, dispõe o art. 34 do PL 94/2002, que a mediação incidental será “obrigatória” no processo de conhecimento, elencando algumas pontuais exceções:

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.

Menção relevante, neste ponto, é que o próprio PLS 166/2010 não prevê a respectiva “obrigatoriedade”. Em seu texto, a previsão é de que deve haver incentivos para que as partes se submetam a tal processo. Dispõe ainda que os aplicadores devem atuar como incentivadores de tais práticas, facultando a cada tribunal, por meio de lei de organização judiciária, a criação de setores específicos de mediação.

Dentre outras inúmeras disposições e argumentos que caberiam serem citados, contrários à opção pela “obrigatoriedade” da mediação, observemos o afirmado no art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Européia, que define mediação como “um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador”. Destaque-se, portanto, a citação da “voluntariedade” como elemento essencial à mediação.

Afirma ainda neste sentido o doutrinador HUMBERTO DALLA B. DE PINHO⁴⁵:

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

Logo, não se deve deixar de observar ao requisito da voluntariedade para ingresso em um procedimento de mediação, sob pena mesmo de ver-se perdida a essência do instituto, ferindo a garantia fundamental do amplo acesso, erigindo-se faticamente, uma barreira à apreciação judicial da demanda.

⁴⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, in Revista Eletrônica de Direito Processual–REDP. Volume V. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 63, Oliveira Rocha, 2004.

HUMBERTO DALLA sugere saída alternativa, frente à situação atual que se descortina em nosso sistema e a necessidade de medidas mais drásticas: que se proceda à uma ampliação do conceito processual de “interesse em agir”, por meio de uma interpretação neoconstitucional, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação e evitar a procura desnecessária ao Judiciário. Assim sendo, para ingressar em juízo a parte deveria demonstrar que ocorreu tentativa infrutífera de solução consensual anterior, por qualquer meio. Uma carta, um e-mail, um contato telefônico registrado, etc. seriam entendidos assim, como tentativa conciliadora de solução, se opondo ao propugnado pela atual redação do PL 94/2002, no que tange à obrigatoriedade da mediação.

Insta-nos ainda lembrar o ocorrido com as “Comissões de Conciliação Prévia” introduzidas por meio da Lei 9.958/2000, nas alíneas “a” a “h” no artigo 625 da CLT. O intuito seria também de dotar de obrigatoriedade de submissão inicial quaisquer pedidos, tendo o STF pacificado a questão, ao manifestar-se nas ADI’s 2139 e 2160⁴⁶ no sentido da impossibilidade de tal exigência, tratando-se de injustificável embaraço ao livre acesso ao Poder Judiciário.

Mas ainda, sob uma ótica mais “tecnicista”, podemos concluir também pela não-razoabilidade de tal coerção. Segundo nos instruem os mais modernos estudos acerca da temática, para cada tipo de demanda, há um meio mais eficiente para se alcançar o fim pretendido, qual seja, o da

⁴⁶ INFORMATIVO Nº 546 STF

TÍTULO CLT: Procedimento Sumaríssimo e Comissão de Conciliação Prévia - 2

PROCESSO ADI 2139 e ADI 2160

PLENÁRIO

“Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade — ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio- CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, pelo Partidodos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT — para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000 — que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia — a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão — v. Informativos 195 e 476. Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, e Cezar Peluso, que indeferiam a liminar.”

ADI 2139 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009.

ADI 2160 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009.

pacificação social. Portanto, seria errôneo submeter “obrigatoriamente” todos os pedidos a uma prévia mediação.

Afinal, a mediação, bem como os demais meios alternativos de conflito, de fato são mecanismos que podem, com sua introdução, trazer enormes benesses pro nosso atual sistema. Desde que, entretanto, sua utilização seja pautada pelas vias da lógica, da racionalidade e do bom senso.

Faz-se necessário a esta altura, realizar menção à louvável pesquisa realizada pelo doutrinador HUMBERTO DALLA. Ante nossa ausência de tradição na aplicação das *ADR's* e frente ao pioneirismo e extremo desenvolvimento das técnicas apresentadas pelo sistema norteamericano, este se dispôs em realizar minucioso estudo⁴⁷, junto ao *Program on Negotiation da Harvard Law School*⁴⁸, obtendo satisfatórias conclusões:

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

Em outras palavras; havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (business to business – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (business to person – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (person to person – P2P)⁴⁹.

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

É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação.

De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido

⁴⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro, in REDP - ANO 4 - 5º volume - Janeiro a Junho de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.

⁴⁸ Para maiores informações dos interessados em atender aos Seminários de mediação e negociação promovidos pelo Programa de Negociação de Harvard Law School, e/ou obter material específico sobre o tema, cf o sítio em <http://www.pon.harvard.edu>.

⁴⁹ Mnookin, Robert H. *Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict*, *The Ohio State Journal on dispute resolution*, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249. [2011 apud PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.]

adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente.

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

Frente às conclusões obtidas, e a aplicação dos métodos alternativos no modelo norte-americano, podemos inferir que a mediação não deve ser mesmo utilizada indiscriminadamente, quer prévia, quer incidentalmente, nos processos. De nada contribuirá para o acesso à justiça e para a diminuição, a médio e longo prazos, do número de ações, culminando com aumento da tão almejada celeridade.

É necessário que se proceda a uma triagem inicial, com base mesmo na natureza do conflito, submetendo a lide ao mecanismo que detém a melhor técnica para lidar com as peculiaridades em jogo, potencializando a obtenção de soluções.

Assim sendo, é necessário, a fim de se evitar que de fato se utilize um método alternativo como forma simplesmente de postergação de um conflito, que se decomponha os valores envolvidos previamente, para ministração do remédio mais adequado.

Ressalte-se ainda, que não cabe ao legislador taxativamente proceder a uma divisão entre as modalidades conflituosas e o remédio cabível. Esta análise, de fato, só pode ser feita pelo aplicador no caso concreto, observando as peculiaridades da lide.

E para a realização concreta de tal tarefa, o doutrinador HUMBERTO DALLA⁵⁰ sugere que haja envolvimento de todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes. Afinal de contas, todos têm a ganhar com a obtenção de uma solução mais célere, nessa situação. Mais ainda, a sociedade.

⁵⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro, in REDP - ANO 4 - 5º volume - Janeiro a Junho de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.

6. COTEJO ANALÍTICO FINAL

Como já transcrito inicialmente, vivenciamos na atualidade uma enorme crise no sistema Judiciário, podendo de forma simplista explicar como sendo resultado do descompasso entre a “enxurrada de ações” clamando por solução, e o enorme déficit na evolução do maquinário Judicial. Saldo final: morosidade na prestação judicial e descrédito ante a população.

FIGUEIRA JÚNIOR⁵¹ diz que como decorrência, estamos passando por uma tendência universal de reestruturação do processo civil, que se prepara para atender às exigências do mundo contemporâneo, através de uma busca incessante por um “processo de resultados”, um processo que seja um instrumento político de pacificação social, hábil a prestar a efetiva tutela perseguida pelos jurisdicionados.

Alternativas precisam ser alcançadas.

Nesse ínterim, emerge o PL 94/2002 e a possível introdução efetiva e correta da mediação em nosso ordenamento pátrio.

Como já afirmado, este mecanismo, acrescido pelos demais meios alternativos de solução de conflitos (ADR's), são possíveis ferramentas aptas em nos auxiliar frente a atual situação. Afinal possuem comprovado poder para minimizar racionalmente o volume de processos, sem inferir lesões em quaisquer garantias fundamentais, nem mesmo na garantia do amplo acesso à justiça, desde que utilizados da forma devida.

Entretanto, ante a nossa inaptidão nata para aplicação e utilização de tais instrumentos, inúmeras dúvidas, controvérsias, naturalmente eclodem. Afinal, temos mesmo tradição pelo litígio, e pela cultura das sentenças, como já oportunamente salientado.

É possível com clareza identificarmos pontos de resistência bastante fortes frente à introdução dos mecanismos em nosso sistema, em especial, frente à introdução da mediação por meio do PL 94/2002. Tais pontos precisam ser combatidos. E o ponto de partida, para o estabelecimento mesmo de estratégias à superação de tais barreiras, é identificá-las.

⁵¹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

Pautando-se sobre a mesma ótica do doutrinador HUMBERTO DALLA⁵², perceptivelmente sob a influência das publicações de Robert H. Mnookin⁵³, ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford e Diretor do PON – Program on Negotiation da Harvard Law School, e ainda, analisando nossas peculiaridades sociais, podemos resumir em três posições básicas, os pontos de resistência.

A primeira diz respeito à “desinformação generalizada” quanto ao cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e conseqüências jurídicas. Temática já exaustivamente tratada. Se nem mesmo os aplicadores locais do direito buscarem, antes de proferir eventuais pareceres acerca das implicações da mediação, aprofundar seu conhecimento, embasá-lo, possivelmente o PL 94/2002 ver-se-á frustrado quanto à obtenção de suas metas. E por simples desconhecimento.

O dicionário Michaelis nos fornece a seguinte definição de “preconceito”: conceito ou opinião formados antes de ter os conhecimentos adequados.⁵⁴

Nesse termo, “preconceito”, podemos resumir o quadro fático que vem se descortinando a nossa frente, ante o descaso pela obtenção de informação necessária acerca do tema por parte de alguns aplicadores do direito. Isto tem ocasionado, ante o desconhecimento das propostas reais do PL 94/2002, o recebimento do mesmo com extremo descaso. E se os próprios técnicos do direito não incumbirem-se da tarefa de fornecer informações corretas á sociedade, certamente a população leiga, por si só, não alcançará tal compreensão.

A segunda barreira refere-se à tradição arraigada em nossa sociedade pela presença da figura de autoridade. É a crença errônea de que somente com a presença de um “Juiz Hércules”, soberano, que o conflito poderá ser satisfatoriamente solucionado. Temos tradição pelo litígio: é fato. Enxertado em nossa sociedade está a cultura das sentenças, um pouco

⁵² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro, in REDP - ANO 4 - 5º volume - Janeiro a Junho de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.

⁵³ Mnookin, Robert H. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict, The Ohio State Journal on dispute resolution, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249.

⁵⁴ <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=preconceito>. Acesso em 09/11/2011.

amenizada com o advento da Lei dos Juizados e com a população se acostumando com a figura do conciliador. Precisamos, de uma vez por todas, superar esse tabu. E o PL 94/2002 vem nesse sentido em muito boa hora.

A terceira barreira, como o advento do PL 94/2002, está prestes a ver-se solucionada. Era um impasse a introdução e fomento à prática da mediação em nosso sistema frente à falta de normatização e sistematização do método, aliando-se a noção de que sempre, de alguma forma, caberia algum tipo de recurso ou medida a ser distribuída ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução do conflito.

Outro ponto necessário de se salientar, é a necessidade de fornecimento de treinamento satisfatório para os mediadores, com a utilização de técnicas mesmo de otimização, estratégias, nos moldes do que é feito no sistema norte-americano, como nos ensina Mnookin⁵⁵. Isto caso se objetive, de fato, a introdução e difusão do método de solução de conflitos. Não basta colocar no papel, é necessário o fornecimento de treinamento adequado, satisfatório, para os futuros aplicadores do método.

Tomando mesmo, por exemplo, o molde adotado no *Program on Negotiation da Harvard Law School*, como nos informa o professor Mnookin, deve-se instruir aos mediadores que a “barganha” é a ferramenta que deve ser habilmente manipulada. Cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro. Cabe ao mediador ter em mente que o processo deve ser encarado, como forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, ao invés de implicar, necessariamente, em grandes perdas pra um em detrimento do outro. Um negócio bem feito, é aquele em que se potencializa os ganhos de ambas as partes⁵⁶.

⁵⁵ Mnookin, Robert H. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict, *The Ohio State Journal on dispute resolution*, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249. [2011 apud PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.]

⁵⁶ Essa idéia de ganhos recíprocos e a permanente preocupação com esse parâmetro sempre foi um dos pilares da teoria clássica da negociação em Harvard. Para maiores esclarecimentos veja-se FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in*, op. cit..

Assim sendo, é imprescindível que as partes transijam com boa-fé, abertas ao maior número de opções possíveis, expondo suas necessidades, preferências.

Outras técnicas são sugeridas, numa cartilha que propicia realmente, o treinamento adequado dos mediadores, preparando-os para as diversas situações fáticas com que estes se depararão.

Tratemos de mais duas hipóteses contidas na referida cartilha, a título mesmo exemplificativo, como constatação da possível eficiência de uma eventual futura adoção de treinamento similar pro nosso sistema de mediação, claro que refeito frente às peculiaridades do nosso caso.

Uma hipótese constatada por lá, e incentivada inclusive, é que o mediador mantenha contato direto com as partes. Que se preconize a presença pessoal destas nas audiências, em detrimento de eventual preposto, representante. Na grande maioria das situações fáticas, quando a parte encaminha um preposto - negociador, advogado, agente – tendo em vista o desconhecimento de todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis, este abstém-se de negociar, de transigir.

O segundo exemplo concerne mesmo, de uma barreira cognitiva, “intimamente ligada à limitação da capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas”. Afirmo o texto, em sua versão traduzida⁵⁷: é da essência do ser humano ter medo de perder; esta insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem de dar conta de que, em não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, até porque a solução consensual, não costuma ser disponibilizada por muito tempo, eis que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida.

Enfim, deve-se propiciar treinamento adequado ao mediador com vistas a que ele obtenha êxito em sua árdua tarefa de propiciar a solução do conflito. Numa ótica acima, driblando-se a um obstáculo estratégico e permitindo a difusão da mediação como modalidade eficiente de solução de

⁵⁷ Mnookin, Robert H. *Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict*, *The Ohio State Journal on dispute resolution*, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 290. [2011 apud PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.]

conflitos, obtendo todos os fins perquiridos pelo ordenamento, com a provável inserção do PL 94/2002.

7. CONCLUSÃO

Diante da exposição ora feita, antevendo mesmo a efetiva aprovação e vigência do PL 94/2002 nos termos ora definidos, pode-se depreender, sem dúvida, que advirão inúmeras benesses pro nosso ordenamento, com a efetiva disciplina e introdução dos métodos de implemento à realização da mediação. E em clara persecução à efetividade dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da duração razoável do processo, da celeridade e em maior destaque, do acesso à justiça.

Obviamente se pode inferir que o alcance de tais objetivos não necessariamente se dará com a mera introdução e aplicação do método, mas, de fato, a longo e médio prazo. De imediato, se busca um enxugamento do número de ações, por meio da aplicação de uma técnica correta, sem lesões às garantias fundamentais. E inclusive, mais propícia para lidar com certas modalidades de demandas com as quais a própria jurisdição tem dificuldade.

Com efeito, como já exaustivamente discursado, há sim inúmeras lacunas e controvérsias ainda envolvendo o tratamento dado ao instituto pelo PL 94/2002, se comparado aos ordenamentos que já possuem tradição pela utilização dos instrumentos de pacificação – *ADR's (Alternative Dispute Resolutions)*.

Entretanto, como inclusive nos ensina BARBOSA MOREIRA⁵⁸, sempre que se enxerta em um ordenamento método alienígena, do qual este não possui tradição, é plausível que ocorram adaptações fáticas, que só poderão ser confirmadas mesmo após a introdução. Justamente buscando minimizar o impacto e a possibilidade de futura “rejeição” ao transplante, aconselha o ilustre doutrinador que se proceda o enxerto legislativo de minucioso diagnóstico.

Assim ocorreu com a introdução das conciliações, por meio da Lei dos Juizados. Apesar de toda desconfiança inicial, paulatinamente foi-se percebendo todos os créditos que o instrumento nos trouxe. Pode-se comemorar pois hoje já é um método amplamente aceito pela população e, de

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In Temas de Direito Processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

certo modo, representou evidentemente um marco na introdução dos instrumentos de obtenção de solução consensual.

Devemos sim receber com entusiasmo e disposição a mediação nos termos do PL 94/2002. O que devemos deixar de mão, como já afirmado, são os preconceitos que já rodeiam a temática, e que podem levar à sua inaplicabilidade, representando isto sim, tremendo retrocesso em um sistema que se encontra à beira de um “colapso” frente ao número crescente de demandas e tradição pelo litígio e pela “cultura da sentença”.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078>> Acesso em 20/09/2011.

BRAGA NETO, Adolfo. O Integrador. *Jornal Brasileiro de Negociação e Resolução de Conflitos*. Disponível em: http://www.imap.pt/UserFiles/Entrevista_Braga_Neto.pdf Acesso em 10/10/2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMEN TE AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives. Acesso em 10/10/2011.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>.

Acesso em 23/11/2011.

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=preconceito>.

Acesso em 09/11/2011.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *In Temas de Direito Processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>.

Acesso em 12/01/10.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURÇO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a*

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil. In: FARIA, Juliana Cordeiro de.. (Org.). *Processo Civil: novas tendências em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. 1, p. 295-313.

SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela; CAETANO, José Fernando. Aspectos relevantes da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 321, jan.-abr. 2004.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.