

ESTUDOS PRELIMINARES SOBRE MEDIAÇÃO[§]

*Judith Apda de Souza Bedê**

*Lissa Cristina Pimentel Nazareth Ferenc***

*Ivan Aparecido Ruiz****

SUMARIO: *Introdução; 2 Mediação: caracterização possível; 2.1 Escorço histórico sobre mediação; 2.2 Da natureza jurídica da mediação; 2.3 A natureza jurídica da mediação à luz da relação jurídica processual; 3 Projetos de lei sobre mediação no direito brasileiro; 4 Considerações Finais; Referências*

RESUMO: O ressurgimento dos antigos *meios alternativos de solução de conflitos*, entre eles, a mediação, tem tornado a experiência doutrinária um exercício dialético de aplicação do direito ao caso concreto. O sucesso, obtido em vários países da América Latina, Estados Unidos e Europa, além do Brasil, fez reavivar o instituto e as noções de convivência e justiça, tão caras ao direito. A mediação, pela via da valorização do aspecto emocional e psicológico, e partindo de uma concepção de atuação reflexiva, opõe-se à tradição adversarial, e propõe o diálogo entre os indivíduos, a fim de concretizar a justiça. O presente artigo pretende mostrar, brevemente, os caminhos seguidos pelo instituto da mediação, tido como um aliado da justiça real.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça; Métodos Alternativos; Mediação; Esboço Evolutivo.

PRELIMINARY STUDIES ON MEDIATION

ABSTRACT: The resurgence of old *alternatives for the solutions of conflicts*, among them, the mediation, has transformed the doctrinarian experience into a dialectic exercise for the application of law to a concrete case. The success, obtained in many Latin American countries, United States and Europe, in addition to Brazil, has revived the institute and the notions of living in society and justice,

[§] Trabalho realizado na disciplina “Técnicas alternativas para solução de conflitos”, ministrada pelo Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz.

*Mestranda em Direitos da Personalidade no Cesumar, professora da graduação em Direito na mesma instituição, licenciada em Letras, Advogada em Maringá. judithbede@cesumar.br

**Mestranda em Direitos da Personalidade no Cesumar, Advogada em Maringá. lissaferenc@yahoo.com

*** Pós-doutor em Direito Educacional e Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais, na Linha de Direito do Trabalho, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Avaliador “ad hoc” da SESU/MEC e do INEP; Docente pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. E-mail: ivanruiz@maringa.com.br

so dear to the law. Mediation, through the valorization of the emotional and psychological aspects, and starting from a conception of reflexive acting, is opposed to the adversarial tradition, and proposes the dialog among individuals in order to concretize justice. This present article intends to show, briefly, the ways followed the institution of mediation, considered as an ally of real justice.

KEYWORDS: Justice; Alternative Methods; Mediation; Evolution Draft.

ESTUDIOS PRELIMINARES SOBRE LA MEDIACIÓN

RESUMEN: La vuelta de los antiguos medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos, la mediación, tiene vuelto la experiencia doctrinataria un ejercicio dialéctico de aplicación del derecho al caso concreto. El éxito, obtenido en varios países de América Latina, EEUU y Europa, además de Brasil, hizo reavivar el instituto y las nociones de convivencia y justicia, tan agraciadas por el derecho. La mediación, a través de la valoración del aspecto emocional y psicológico, y, partiendo de una concepción de actuación reflexiva, se opone a la tradición adversaria y propone el dialogo entre los individuos, para que se concrete la justicia. El presente artículo pretende apuntar, brevemente, los caminos seguidos por el instituto de la mediación, entendido como un aliado de la justicia real.

PALABRAS-CLAVE: Justicia; Métodos alternativos; Mediación; Bosquejo evolutivo.

INTRODUÇÃO

Pesquisa realizada em 1994, pelo Instituto Gallup na Argentina, em conjunto com a Agência Internacional para o Desenvolvimento, demonstrou que 49% da população daquele país, viu a prestação jurisdicional como ruim ou muito ruim, sendo que 80% dos cidadãos, não encontram aspectos positivos na justiça. Ainda foram citados problemas como, lentidão e corrupção do Judiciário, o que desabona, ainda mais, a instituição e o poder constituído¹.

A vizinha Argentina, em nada difere do Brasil, quando se trata de prestação jurisdicional ou acesso à justiça. Embora não estejam disponíveis, no momento, dados estatísticos sobre o tema, os noticiários de televisão, as matérias jornalísticas, veiculadas pela imprensa escrita e o labor, no meio forense, demonstram que os problemas elencados são apenas alguns, diante dos tantos entraves vividos pelo Poder Judiciário e pela população, que encontra, cada vez mais, dificuldade em ver atendido o seu anseio por justiça ou a mera prestação jurisdicional, que o Estado chamou para si.

¹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003, p. 247.

De acordo com diversos doutrinadores, entre eles, Ângela Mendonça, a sociedade atual, confunde acesso à justiça com litigância, estando enraizado no sistema jurídico brasileiro, o espírito da adversariedade; tal fato afasta o natural caminho da negociação entre as partes, as quais depositam nas mãos do Estado – poder impositivo – o destino dos problemas privados.²

São poucas as pessoas que conseguem resolver sozinhas, seus conflitos interpessoais, porque encontram barreiras psicológicas contra o possível acordo ou para desenvolver soluções integrativas. Assim, surge a necessidade da intervenção de um terceiro na relação controversa.

Para sanar esse problema foram criados mecanismos autocompositivos, com o intuito de buscar uma solução, menos onerosa, para o litígio, entre eles, o objeto deste breve estudo: a mediação. Juntamente com a arbitragem, a mediação é classificada como método privado de composição de conflitos. Para alguns, o não cumprimento, pelo Judiciário, das funções que lhe cabem, sobretudo, no que pertine ao prazo esperado, traz à tona a busca por uma solução pacificadora e objetiva, uma opção facilitadora, com a redução de custos e prazos na resolução dos processos, surge o mecanismo pacificador da Mediação. A mediação, é um instituto que proporciona a solução consensual de conflitos. Baseado no modelo norte americano, surge no Brasil, a partir da década de noventa³, passando a ser estudada em algumas instituições de ensino superior.

Projeto de Lei n. 4.827/98⁴, que versa sobre a mediação de conflitos, dispõe, em seu art. 3º, que *a mediação poderá ser judicial*, sem, no entanto, esclarecer suficientemente o que seria o instituto da “mediação judicial”. Diante da necessidade de uma adequada regulamentação do tema, neste estudo, tentar-se-á demarcar os contornos da mediação judicial, analisando seus componentes e pressupostos no sistema processual brasileiro.

O alcance dos objetivos deste trabalho passa pela conceituação da mediação de conflitos, do esclarecimento sobre a atuação do mediador e sobre a existência das normas processuais positivadas, além da análise da proposta de alteração da legislação vigente.

2 MEDIAÇÃO: CARACTERIZAÇÃO POSSÍVEL

A mediação é um meio alternativo de solução de controvérsias, de resolução de conflitos. Tal instituto utiliza um conjunto, coerente, de técnicas baseadas em conhecimentos interdisciplinares, em especial, da psicologia da comunicação, da negociação e do direito, por meio das quais, um profissional, terceiro no processo, imparcial e neutro, auxilia as partes a entenderem os seus conflitos e a encontrarem os seus reais interesses.

² MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, coord. de Arnoldo Wald, São Paulo: RT, Ano 1, n. 03, p. 142 .set./dez. 2004.

³ O CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - foi 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.

⁴ Após o Projeto de Lei nº 4.827/98, foi apresentado ao Congresso um outro texto, um anteprojeto de

Não existe litigância na mediação. O mediador, por meio de conhecimentos e técnicas apropriadas, induz as partes a encontrarem a solução para a questão conflituosa. Vezzuela, ensina que a mediação “auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganham”⁵, favorecendo um diálogo, cooperativo, entre as partes, o que permite a busca das melhores e mais criativas soluções para a satisfação de todos os envolvidos.

Os conflitos de interesses são percebidos sob uma dupla dimensão: de um lado, o conflito jurídico envolvendo direitos violados ou supostamente violados, e, de outro, o conflito envolvendo relações interpessoais que desestabilizam a sociedade e nem sempre são reestruturados. Ainda que, juridicamente, tenha-se solucionado o conflito emergente, a insatisfação permanece latente entre os indivíduos. Na realidade não se trata de mera questão material, mas sim, de aspectos subjetivos e emocionais.

Figueira Junior,⁶ menciona que a insatisfação entre os litigantes é consequência de sentenças judiciais e arbitrais, nas quais, se tem a solução de um conflito em seu aspecto jurídico apenas, mencionando o autor que:

a sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não solucionam o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que, por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro.⁷

Neste contexto, a mediação funciona como forma hábil de solucionar os conflitos sociológicos viabilizando a efetiva pacificação social, além de promover o exercício da cidadania, uma vez que, o próprio indivíduo passa a exercer sua autonomia no sentido de dirimir seus conflitos e gerenciá-los. No momento em que duas ou mais pessoas se ocupam da capacidade de se autodeterminarem, o princípio da autonomia da vontade das partes, passa a ser o embasamento teórico, da própria razão de ser, do instituto da mediação.

Desta feita, o mais elevado escopo da mediação não é a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas sim, o apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia, percebendo-se como indivíduos sociais. As partes envolvidas no conflito mantêm, em todos os momentos, o controle da relação conflituosa, buscando de próprio punho, o caminho da resolução pacífica do mesmo⁸.

A mediação, possui ampla aplicabilidade, podendo ser utilizada nos mais diversos contextos, tais como, conflitos familiares, de vizinhança, de condomínios, de empresas, e até mesmo, entre particulares com uma pretensão resistida. Na mediação, o acordo é uma consequência possível, mas nem sempre, ele acontece.

iniciativa da Escola Nacional de Magistratura e OAB de São Paulo, versando sobre mediação paraprocessual.

⁵ VEZZUELLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995, p.176.

⁶ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: RT, 1999, p.126.

⁷ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p.98-102.

⁸ SCHNITMAN, Dora Fried (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999, p.17.

É importante frisar que na mediação, os conflitos tratados são, geralmente, patrimoniais disponíveis ou direitos, relativamente, indisponíveis. Isso, porque apenas esses direitos podem ser objeto de acordo extrajudicial. Feito um acordo, este pode ou não ser homologado pelo Judiciário, a critério das partes.

A mediação, também pode ser utilizada em questões penais, nos casos de crimes sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada, onde por meio da mediação, poderá ocorrer a renúncia da queixa-crime ou da representação. Nos casos sujeitos à ação penal pública incondicionada, a mediação, é possível, não para que se transacione sobre o direito de ação, que pertence ao Estado, mas apenas, para que as partes dialoguem, para que não entrem em conflito.

A diferença básica entre arbitragem, mediação e conciliação, consiste no poder conferido ao árbitro de impor a solução às partes. Enquanto que a mediação e a conciliação, são apenas veículos para que as partes cheguem a um acordo, na arbitragem, se as partes não celebram transação, o árbitro deverá decidir a controvérsia, tal como se fosse o juiz da causa.

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE MEDIAÇÃO

A mediação, embora pareça um instituto recente, teve origem com Confúcio, na China, quatro séculos antes do início do calendário cristão, como meio mais adequado para a solução dos conflitos. A história revela, que as soluções de conflitos entre grupos humanos se efetivaram, de forma constante e variável, por meio da mediação. Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas, têm longa e efetiva tradição no uso da mediação. É uma prática antiga, identificada já no Velho Testamento, embora seja comum ser representada como um novo paradigma, uma inovadora metodologia de resolução de conflitos.⁹

Contemporaneamente, a mediação surge nos Estados Unidos da América, na década de 1970. Sua evolução ocorreu de forma rápida e eficaz, sendo logo incorporada ao sistema legal. Em alguns Estados, a mediação tornou-se obrigatória, na fase que antecede o procedimento judicial.¹⁰ No final da década de 70, a mediação chegou à Inglaterra, passando a ser aplicada por alguns advogados independentes.

Sua primeira manifestação no Brasil decorreu das Ordenações Filipinas, depois, regulamentada nacionalmente, na Carta Constitucional do Império, de 1824, a reconhecer a atuação conciliatória do Juiz de Paz, ante o desenvolvimento dos processos. Na legislação brasileira, a mediação teve sua importância reconhecida, inicialmente, na reforma do Código de Processo Civil de 1994 (audiências de conciliação prévia) e igualmente na Lei n. 9.099/95, dos Juizados Especiais.

Destacado o espaço da mediação na atualidade jurídica, um segundo passo está em se verificar a importância da mediação nas políticas sociais de saúde pública. O tema

⁹ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 105.

¹⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. São Paulo: Lúmen Júris, 2000, p.165.

ganha importância ao se vislumbrar que, por vezes, o conflito intersubjetivo pressupõe a ocorrência de patologia social, enquanto choque desequilibrado de interesses opostos, de fundo psicológico, econômico e sociológico. Diante disso, dependendo do nível de realidade em que esses interesses forem compostos, vislumbra-se na mediação, a resolução do conflito como terapêutica pacificadora.

Segundo José Alcebiades de Oliveira Júnior, isso ocorre porque,

de imediato, enquanto o direito tradicional moderno tem por finalidade dar uma solução jurídica – legal – a um conflito, sem nenhuma responsabilidade com a sua extinção, a mediação – num plano sociopsicológico para além do legal – renasce com essa pretensão.¹¹

Tecnicamente, a terapêutica da mediação está na busca dos interesses ao fundo do conflito, os quais ficam encobertos pelo teatro dos antagonismos, agressões e valores econômicos em disputa. Isso é possível pelo estudo no âmbito da realidade intersubjetiva, dentro do contexto terapêutico acerca dos desequilíbrios pessoais, em razão dos quais, resultou aquele litígio. Assim, conhecimentos como da Antropologia, Pedagogia, Psicologia e Sociologia, apresentam-se como fontes complementares de investigação. Neles, o mediador pode encontrar subsídios à atuação transdisciplinar para a paz. Isso implica na propositura de novas formas de capacitação do operador do Direito, com um fim específico: ser um solucionador eficaz de conflitos, enquanto assistente da paz intersubjetiva e social.

Atualmente, ainda não se pode conceber, sem divergências doutrinárias, quais variáveis permeiam o instituto da mediação. Não se afirma, com veemência, quais pessoas poderiam ou deveriam participar de uma mediação sem conhecer a natureza do processo que o mediador deveria conduzir. O fragmento do artigo abaixo explicita, com clareza, o quanto o instituto da mediação suscita controvérsias e oferece um universo a ser explorado:

[...] Até agora a maioria dos doutrinadores, bem como mediadores, advogados e outras pessoas que trabalham com mediação, não têm uma imagem definida do que é, ou deveria ser, a mediação. Em razão disso, quase toda troca de idéias sobre mediação sofre de ambigüidade – é o problema do *ser* e do *dever ser*. [...] As regras de ética formal não tratam com clareza, tampouco coerentemente desse assunto. [...]. Pessoas bem intencionadas discutem se a mediação deve ser empregada nos casos que envolvam direitos constitucionais, violência doméstica ou

¹¹ GOMMA, André de Azevedo. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. (org.). – Brasília : Brasília Jurídica, 2002. (Este artigo foi publicado na Harvard Negotiation Law Review Vol. 1:7, 1996; o direito de tradução e reprodução no Brasil foi concedido ao Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pelo Autor e pela Harvard Negotiation Law Review. Tradutor: Henrique Araújo Costa).

atividade criminosa. Planejadores de programas de mediação diferem na maneira de selecionar mediadores. Instrutores desentendem-se sobre a escolha do lugar das reuniões privadas. Doutrinadores discutem se o mediador deveria assumir responsabilidade sobre as conseqüências de mediação que verse sobre o meio-ambiente. Advogados e juízes discutem sobre a possibilidade de um juiz poder ordenar que as partes realizem uma conferência conciliatória, acompanhados de seus advogados. Partes temem uma postura parcial do árbitro, que pode também não ser um especialista no assunto. E muitos advogados e clientes perguntam-se o que exatamente é a mediação e no que ela difere dos outros métodos de resolução¹².

2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA MEDIAÇÃO

A mediação é um instituto de Direito Material. É direito concreto, pois existe, é estudado, exercido e praticado, independentemente, da existência de uma lei.¹³ Sua natureza jurídica é contratual, destacando Cachapuz que:

É firmada na soberania da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato¹⁴, tem como objeto o comportamento humano, pois sua finalidade é a resolução dos conflitos relativos à interação do ser na sociedade.¹⁴

Como procedimento que privilegia a composição entre as partes e o restabelecimento das relações sociais, o objetivo principal da mediação é o apaziguamento das partes envolvidas no conflito. Neste sentido, Warrat, faz uma análise do desenvolvimento da mediação entre os indivíduos:

[...] à diferença do que ocorre em um processo judicial, no qual na realidade são os advogados que intervêm e manejam o conflito, na mediação são as partes os principais atores, as donas do conflito que mantêm, em todos os momentos, o controle do mesmo, dizendo quais são as questões que estão envolvidas, assim como o modo de resolve-las. O acordo decorrente de uma mediação, satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que

¹² CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 106.

¹³ CACHAPUZ, Rosane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. 1ª ed., 4ª. Tiragem. Curitiba: 2003. p. 41

¹⁴ WARAT, Gisela Betina. Mediação: Uma possibilidade de transformação das relações e das pessoas. In: Warat, Luiz Alberto (org). **Em nome do acordo. A mediação no direito**. Argentina: ALMED, s/d.

verdadeiramente precisam e não o que a lei lhe reconhecera. Permite o encontro de alternativas que escapam das possibilidades que a justiça ou o árbitro podem oferecer, limitados pelas disposições legais e jurisprudenciais.¹⁵

Como já mencionado, a mediação tem a natureza jurídica de um contrato, pois está pautada na manifestação da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual, estão presentes os elementos formadores do contrato. Desta feita, vale lembrar, que só poderá ser objeto da mediação todo negócio jurídico, no qual não incidam sanções penais e que não atentem contra a moral e os bons costumes.

2.3 A NATUREZA JURÍDICA DA MEDIAÇÃO À LUZ DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Várias são as características apresentadas como vantagens oferecidas pelo instituto da mediação, entre elas, a privacidade, visto que se desenvolve em ambiente sigiloso, sendo divulgado, somente, mediante autorização das partes; além da economia de tempo, uma vez que o conflito é solucionado no menor lapso temporal possível.

Na mediação, há a transcendência da solução do conflito com a transformação do contexto adversarial em colaborativo, de modo a proporcionar o restabelecimento da relação social, entre as partes. Este meio autocompositivo, oferece um aprendizado, que muito contribui, para a formação do indivíduo como cidadão responsável por seus atos e conseqüências, valorizando a responsabilidade de cada um, a apropriação das escolhas pessoais, a aceitação do diferente, a cooperação e a tolerância.

Vale lembrar, que a mediação, como um novo paradigma, a ser instituído na resolução de conflitos, visto como uma forma de resolução de problemas, mais ampla e com maior potencial de transformação da sociedade, educa-a para a aceitação das diferenças individuais, produzindo o crescimento e propiciando mais felicidade, para todos.¹⁶

A ausência de formalidades caracteriza o procedimento da mediação, salvo a contratação da mediação e o acordo escrito, que precisa ser formalizado. Tratando-se da relação jurídica processual da mediação, os ritos a serem seguidos, são os que viabilizem o consenso ou a realidade do acordo. Esse acordo é manifestado por escrito em documento que é denominado usualmente “Termo de Mediação”; assinado esse termo, que deve conter todas as regras que regem a mediação, tais como prazos, reuniões, decisões, redação de acordos, custas e remuneração do mediador, tem início o procedimento de mediação.

As partes podem escolher instituições, entidades especializadas ou os chamados mediadores *ad hoc*, isto é, aqueles desvinculados de entidades ou instituições especializadas para o exercício da atividade do mediador. Podem, ainda, as partes,

¹⁵ WARAT, Gisela Betina. Mediação: Uma possibilidade de transformação das relações e das pessoas. In: Warat, Luiz Alberto (org). **Em nome do acordo. A mediação no direito**. Argentina: ALMED, s/d.

¹⁶ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 107.

serem representadas mediante procuração, repassando poderes de decisão ao representante, sendo, também, facultada a presença de advogado e assessores técnicos, desde que, convencionado entre as partes e o mediador considere útil e pertinente.

Na primeira etapa do procedimento de mediação, haverá uma entrevista com as partes, separadamente ou em conjunto, para os seguintes esclarecimentos: a) descrição da controvérsia e exposição de expectativas; b) esclarecimentos sobre o processo da mediação onde serão determinados os procedimentos e as técnicas empregadas, bem como, o tempo programado para a resolução da disputa.

As reuniões devem ser realizadas, preferencialmente, em conjunto com as partes. Salvo, se houver necessidade e concordância entre as partes, o mediador poderá reunir-se, separadamente, com cada uma delas, desde que respeitado o sigilo e a igualdade de oportunidades.

Quando o mediador for único, ele pode recomendar a co-mediação (auxílio de outro mediador) se julgar isto um benefício para o bom resultado da mediação. O papel do mediador é conduzir os procedimentos, cuidando para que haja equilíbrio de participação e poder decisório entre as partes, mas, são as próprias partes, que por meio de um acordo, põem fim à controvérsia. O mediador limita-se a auxiliá-las para que cheguem a um acordo.

Caso exista um acordo entre as partes, extingue-se o processo de mediação, que se encerra com a assinatura do Termo de Acordo, pelas partes. Conclui-se, também, a mediação, por uma declaração escrita do mediador justificando que a composição teve êxito ou não; por uma declaração conjunta das partes dirigidas ao mediador com o efeito de encerrar a mediação ou por uma declaração escrita de uma parte para a outra e também dirigida ao mediador, manifestando a vontade de encerrar a mediação.¹⁷

As informações da mediação devem ser confidenciais e não devem ser reveladas a terceiros, tanto por parte dos mediadores quanto, pelas partes envolvidas. Os documentos apresentados ou produzidos, durante a mediação, devem ser devolvidos às partes. Os custos do procedimento, ou seja, as despesas administrativas e os honorários do mediador, serão rateados entre as partes, salvo, disposição diversa no Termo de Mediação.

Quando as partes não chegarem a um acordo, pode-se optar pela arbitragem. O mediador, nesse caso, ficaria excluído de participar do procedimento arbitral ou mesmo no processo judicial, pois, tal participação, não seria oportuna. Isso se justifica, pelo fato de que o mediador, durante o procedimento de mediação, pode ter se comportado ou se envolvido com a questão, objeto do conflito, até o ponto de perder a imparcialidade. Entretanto, as partes, mesmo diante do risco em análise, podem deliberar que o mediador seja também, o árbitro, pois, ambos os institutos, são resultado de acordo de vontades.

O mediador deverá, além da imparcialidade, agir com sigilo e cuidado no intuito de melhor atender as partes, oportunizando a solução da questão apresentada. É unânime a doutrina no sentido de que deva ser pessoa idônea, que goze de credibilidade, atuando de modo a lograr uma solução nascida das próprias partes.

¹⁷ CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (criado em 1997).

3 PROJETOS DE LEI SOBRE MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Os estudos de Fialho Colares informam que, apesar da larga utilização da mediação no Brasil, apenas recentemente houve preocupação com a positivação do procedimento. Segundo esta autora, existem os Códigos de Ética, como o do Conima¹⁸, que possui um caráter mais de divulgação do que de positivação. Apenas há legislação específica sobre mediação no âmbito trabalhista, ocorrendo dentro das negociações individuais e coletivas.

Há diversos grupos ligados ao estudo e desenvolvimento da mediação, o Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil (IMAB); o Centro Latino americano de Mediação e Arbitragem no Brasil; o Instituto Brasileiro de Executivos Financeiros (IBEF), além da Comissão de Arbitragem da OAB/RJ. Do mesmo modo, a fundamental colaboração do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação, o famoso GT Arbitragem da UnB; além do Centro de Mediação e Arbitragem (CMA), da PUC, que funciona em cooperação com o Serviço de Assistência Judiciária da instituição. Em Curitiba, funciona o projeto piloto de mediação no Juizado Especial Cível, num trabalho integrado com a Defensoria Pública do Estado do Paraná¹⁹. Todos preocupados com a divulgação, expansão e aprofundamento da mediação a fim de oferecer o mais amplo e eficaz acesso à justiça.

O Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz²⁰, apresentou um anteprojeto de lei sobre mediação como proposta de alteração da legislação. O anteprojeto, prevê a criação e instalação do procedimento obrigatório prévio de mediação, delineando princípios gerais, determinando a circunscrição territorial, bem como as matérias de atribuição dos órgãos mediadores, oferecendo diretrizes para organização e funcionamento dos órgãos de mediação. Nas disposições gerais, fica clara a intenção de promover a comunicação entre as partes no intuito de solucionar, da melhor maneira possível, o litígio que se apresenta. Não descuida, ainda, dos princípios orientadores da mediação, entre eles, a neutralidade do mediador, a flexibilidade e publicidade do sistema, todos voltados para a solução pacífica dos conflitos. Por fim, não descuida o professor Ivan Ruiz da qualificação do profissional da mediação, que deverá, sempre, atuar com imparcialidade, neutralidade, independência, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência.

Ainda, no artigo de Elizabeth Fialho Colares, encontra-se um pequeno histórico sobre os projetos de lei de mediação em terras brasileiras, estudo que se tomou por base, para a descrição que se segue²¹.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.827/88, de autoria da deputada Zulaiê Cobra, que propõe a institucionalização e disciplina da mediação como método de

¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática de mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 168-169.

¹⁹ RUIZ, Ivan Aparecido. Proposta de alteração da legislação vigente ante-projeto de lei sobre mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, coord. de Arnoldo Wald, São Paulo: RT, Ano 02, n. 05, p.292 a 306, abr./jun. 2005.

²⁰ COLARES, Elizabeth Fialho. Mediação de Conflitos – Um mecanismo de acesso à justiça apud SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). **Estudos sobre a Efetivação do Direito na atualidade: a Cidadania em Debate**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005, p. 100-101.

²¹ WALD, Arnoldo. **Revista de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: RT, ano 02, n. 05, 2005, p.300.

prevenção e solução consensual de conflitos. O projeto de lei é bastante resumido, pois conta com apenas sete artigos, prevê duas formas de mediação: a judicial e a extrajudicial; admitindo a solução total ou parcial da controvérsia para matérias passíveis de conciliação, reconciliação, transação ou acordo, desde que, consentidos por lei civil ou penal.

O então projeto de lei, da deputada Zulaiê Cobra, passou pela análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo sido apresentado parecer do relator Pedro Simon,²² onde se evidencia a importância da introdução da mediação, para o relator, “o Brasil vive momento especialmente favorável às iniciativas que buscam desafogar o Poder Judiciário, trazendo à luz mecanismos modernos de solução de conflitos”. Pedro Simon salienta a importância da qualificação profissional do mediador, lembrando que o item é, de tal forma fundamental, que pode chegar a comprometer o próprio instituto da mediação, de modo que foi apresentado substitutivo ao projeto.

Audiência pública, realizada em setembro de 2003, teve por objetivo discutir o tema e propor a fusão do projeto de lei com o anteprojeto criado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura.

De acordo com Colares, a versão consensuada estaria ligada ao processo civil, “referindo-se à mediação prévia e incidental, conforme fosse realizada antes ou após o início do processo judicial; também autorizava e incentivava, além da mediação judicial, a prática da mediação extrajudicial como instrumento de sensibilização”; para tanto, o papel de mediador judicial deveria ser, de acordo com o projeto, exercido por advogados com, no mínimo, três anos de exercício efetivo da advocacia; enquanto o mediador extrajudicial, poderia ser indivíduo independente ou qualquer instituição/entidade, especializada no tema.

Entre os doutrinadores, até então pesquisados, parece haver consenso quanto aos benefícios advindos da assunção da mediação no meio jurídico, entretanto, Rodrigues Junior, mostra-se temeroso e, em recente artigo (2006) afirma: “Corre-se o risco de se instituir a mediação no Brasil e, pior, a mediação obrigatória, sem qualquer discussão com a sociedade e os operadores jurídicos. Sequer projetos-piloto foram desenvolvidos”²³.

Com o devido respeito ao ponto de vista do autor, parece haver uma incoerência essencial, senão observe-se, que ele próprio, na página 169, do mesmo artigo, afirma haver um plano piloto em desenvolvimento na cidade de Curitiba, e ainda, destaca o trabalho realizado pela PUC de Minas Gerais, analisando inclusive, os resultados obtidos.

Tem-se notícia, por exemplo, da instalação de Tribunais de Arbitragem e Mediação em cidades-pólo de regiões metropolitanas. Além da existência de um grupo, respeitadíssimo da UnB, o GT Arbitragem, coordenado pelo professor André Gomma de Azevedo; bem como a Revista de Arbitragem e Mediação, coordenada por Arnaldo

²² RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática de mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 190.

²³ RUIZ, Ivan Aparecido. **Estudo sobre mediação no Direito brasileiro**: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais. Tese defendida em 2/7/2003 no Doutorado em Direito das relações sociais, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, perante a seguinte banca examinadora: Dr. João Batista Lopes (orientador), Dr. Sidnei Beneti, Dr. Francisco Fernandes de Araújo, Dr. Araken de Assis e Dr. José Miguel Garcia Medina.

Wald, com mais de dez números lançados, contando com artigos em língua estrangeira, resenhas e doutrina. Isso, sem falar nas quase vinte obras consultadas para a realização desta pesquisa. Hoje, no Brasil, no que se refere aos métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, a bibliografia não é vasta, mas é significativa, e várias são as teses de doutorado defendidas²⁴ nesse ambiente, além das dissertações de mestrado.

Assim, cumpre destacar, que não assiste razão ao temor de Rodrigues Junior quanto à discussão do tema pelos operadores, entretanto, outro ponto que preocupa o autor é o da obrigatoriedade. Para ele, o melhor modo de implantar uma mudança de mentalidade na população, a fim de que esta dê preferência à via consensual, não é o da obrigatoriedade, mas sim, o da informação, mesmo porque – assevera – o acordo não é obrigatório, tão somente, obriga-se o indivíduo a passar pelo processo de mediação. Realmente, o que é obrigatório, quando se exige a mediação prévia, é o procedimento e a tentativa de mediação, não a obrigatoriedade, quanto a eventual acordo.

É o próprio Rodrigues Junior quem explica a sistematização da versão consensual das propostas de lei de mediação existentes (à época)²⁵; hoje projeto de lei, aprovado pelo Senado em data de 11/07/2006, à espera de sanção presidencial. Segundo ele, a versão propõe *dois modelos de mediação: a prévia e a incidental; a mediação prévia* pode ser facultativa, judicial ou extrajudicial. Caso seja solucionado o conflito, cabe lavratura de um termo de acordo onde constem as assinaturas do mediador, dos sujeitos e seus dos advogados; uma vez assinado o termo, não poderá mais ser o objeto, o litígio, de apreciação por parte do Judiciário, exceção feita ao inadimplemento das obrigações assumidas, quando o termo de acordo se constituirá em título executivo extrajudicial, ou, ainda, a *ação de anulação*, da mesma forma que se anula os atos jurídicos em geral, desde que observados os requisitos para tanto. Por outro lado, no caso de restar sem acordo a mediação, nos 180 dias seguintes, poderá ser utilizada como meio de dispensa da mediação incidental, seguindo deste ponto em diante o processo regular.

A mediação poderá, igualmente, ser judicial ou extrajudicial, sendo que a mediação incidental poderá ser realizada por entidade privada, devidamente cadastrada no Tribunal de Justiça, com mediadores independentes e aptos. O prazo para conclusão da mediação incidental é de 60 dias, salvo desejo contrário das partes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é novo na história da humanidade, o hábito de revisitar institutos e costumes, reabilitando crenças ou resgatando modelos de ideologia e talvez, por esse motivo, a mediação, como elemento retomado das primeiras civilizações, tenha o condão de oferecer à sociedade pós-moderna, alternativas para o caos instaurado na consciência do homem, nas relações econômicas e sociais.

²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática de mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191.

A assunção, por parte do Judiciário, dos meios acadêmicos e da doutrina, acerca da necessidade de atender, de forma mais humanizada, aos anseios daquele que se vê lesado em seu direito (ou expectativa/preensão) faz com que a coletividade seja repensada, redimensionada e valorizada, como espaço de atuação do homem que pensa e convive. A utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, sobretudo da mediação, faz crer que o ser humano do século XXI ainda tem opção, pois não se fechou de todo nas amarras da letra fria da lei, mas, ao contrário, tem procurado solucionar suas pendências usando os binômios razão e emoção; direito e dever; percepções de justo e injusto, na busca da harmonia pessoal e social.

No mundo orientado pelo Neoliberalismo bárbaro, dirigido pela ânsia da disputa e da competitividade, sendo a justiça distribuída pela litigiosidade e não como resultado de um caminho de negociação, entre as partes; é bom saber que há outras opções, ainda há esperança. Os agora chamados, meios alternativos de solução de conflitos de interesses, os antigos meios de resolver controvérsias; anteriores à positivação, à tutela estatal, voltam à baila e retomam o lugar perdido, fazendo com que esta sociedade volte a se comunicar e busque a solução pacífica de seus problemas, num legítimo direito de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y El acceso a justicia**. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação, v.3. Série Grupos de Pesquisas, n.1, Brasília, 2004, **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo:RT, ano 2, v. 3, n.07, p. 392-394, out./dez. 2005.

BRASIL. Propostas legislativas. Projeto de lei de mediação 4.827 de 1998. Projeto de lei sobre mediação e outros meios de pacificação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 11. São Paulo: Atlas, out./nov. 2006.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REVISTA JURÍDICA Consulex em CD-Rom. Coleção jan. 1997 a jun. 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

COSTA et. al. **Julgados de paz e mediação**: um novo conceito de justiça. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2002.

HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladys. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n. 03. p. 142-153. São Paulo: RT, set./dez. 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NEVES, Gustavo Kloh Muller et. al. **Acesso à justiça**. Segunda Série. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

NOGUEIRA, Leandro Gadelha Dourado. **Mediação, psicologia e hermenêutica**. n. 11, out./nov. 2006.

ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. **Mediación em la violencia familiar y em la crisis de la adolescência**: teoría y pratica. Buenos Aires: Editorial Universidad, [s. d.].

RIBEIRO, Cláudio da Silva; NOGUEIRA, Leandro Gadelha Dourado. Mediação, psicologia e hermenêutica. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, ano 03, n. 10, p. 07-19, jul./set. 2006.

RISKIN, Leonard L. **Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador**: um padrão para perplexos. [s. l.]: [s. n.], 1991.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática de mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Estudo sobre mediação no Direito brasileiro: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais**. Tese (Doutorado em Direito das relações sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

RUIZ, Ivan Aparecido. Proposta de alteração da legislação vigente ante-projeto de lei sobre mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, ano 02, n. 05, p.292-306, abr./jun. 2005.

SALES, Lilia Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SERPA, Maria de Nazaré. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso à justiça**. Segunda Série. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SZKKAROWSKY, Leon Frejda. A lei de arbitragem no seu décimo aniversário. **Consulex**, Brasília (DF), ano XI, n. 240, p. 52-54, 15 jan. 2007.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.